

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110206-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Urteil vom 28. November 2011

in Sachen

A. _____

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Bülach vom
27. Oktober 2011 (EK110444)

Erwägungen:

I.

Am 27. Oktober 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Bülach für eine Forderung von Fr. 4'075.45 (Forderung inklusive Zins, Mahn- und Bearbeitungsgebühr sowie Betreuungskosten) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 2 = act. 6 = act. 7/8).

Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte sie daraufhin mit Eingabe vom 1. November 2011 dessen Aufhebung (act. 1; vgl. auch act. 7/9). Neben dem vorinstanzlichen Entscheid reichte sie die Quittung eines Einzahlungsscheins vom 1. November 2011 mit einer Zahlung von Fr. 4'091.42 an die Vorinstanz sowie einen Saldoausdruck eines ...kontos desselben Datums über Fr. 7'184.65 zu den Akten (act. 3/1+2). Da aus den eingereichten Unterlagen lediglich die Hinterlegung der Konkursforderung (inklusive Zins, Gebühren und Kosten) hervorging und die Schuldnerin daher mangels Belegs der Konkursamtskosten (inklusive derjenigen der Vorinstanz) zunächst keinen ausreichenden Konkurshinderungsgrund gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG bewiesen hatte, wurde dem Rechtsmittel mit Verfügung vom 4. November 2011 die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert. Im gleichen Entscheid wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und die Vorinstanz angewiesen, die bei ihr hinterlegte Summe an die Obergerichtskasse zu überweisen. Zudem wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass innert Beschwerdefrist auch die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen sei (act. 8). Die Vorinstanz kam der Aufforderung am 10. November 2011 nach, und am 21. November 2011 ging der Kostenvorschuss der Schuldnerin für das obergerichtliche Verfahren ein (act. 10). Mit Eingabe vom 21. November 2011 (auch Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin weitere Unterlagen nach (act. 11 und act. 12/1-12), und am 25. November 2011 (Eingangdatum) bestätigte das Konkursamt D._____ die Bezahlung seiner Kosten für die Zeit zwischen Konkurseröffnung und allfälliger Aufhebung im Rechtsmittelverfahren im Betrag von Fr. 1'250.00 (act. 13).

II.

Die Schuldnerin bestätigte den Empfang der Verfügung vom 4. November 2011 betreffend Kostenvorschuss (act. 8) am 8. November 2011 unterschriftlich (act. 9/1). Der Betrag ging allerdings erst nach Ablauf der auferlegten Zehntagesfrist bei der Obergerichtskasse ein (act. 10). Die Nichteinhaltung der Zahlungsfrist würde der Schuldnerin allerdings aus den folgenden Gründen nicht schaden. Ein Nichteintretensentscheid nach Art. 101 Abs. 3 ZPO darf nämlich erst nach Ansetzung einer Nachfrist gefällt werden, was vorliegend (noch) nicht geschah. Da der nach Ablauf der Frist Bezahlende nicht schlechter gestellt sein darf als der bis zur Ansetzung der Nachfrist Zuwartende, ist auf die Beschwerde somit einzutreten (OGer ZH, PS110012-O vom 7. März 2011).

III.

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Neue Tatsachen können im Beschwerdeverfahren einerseits geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Über konkurshindernde Tatsachen sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zudem selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid erfolgt sind. Da die Beschwerde innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen ist, muss der Schuldner allerdings sowohl den Nachweis eines Konkurshinderungsgrunds als auch seiner Zahlungsfähigkeit *innert Rechtsmittelfrist* erbringen. Es besteht weder die Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen noch zur Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt (ZR 110/2011 Nr. 5 unter Hinweis auf BGE 136 III 294).

Die Schuldnerin bestätigte den Empfang der Konkursöffnung vom 27. Oktober 2011 am 31. Oktober 2011 unterschriftlich (act. 7/9). Demnach lief die Beschwerdefrist am 10. November 2011 ab. Die Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt ist nach dem Gesagten ausgeschlossen, weshalb die nach Ablauf der Beschwerdefrist vorgelegten weiteren Dokumente zur Liquidität (act. 12/1-12) und der Begleichung der Konkursamtskosten (act. 13) nicht berücksichtigt werden können. Zwar können Fristen nach Art. 33 Abs. 4 SchKG grundsätzlich wiederhergestellt werden, allerdings muss das Gericht diesbezüglich nicht von Amtes wegen tätig werden, sondern nur auf Antrag einer Prozesspartei (BSK SchKG I-NORDMANN, Art. 33 N 14 ff.). Die Schuldnerin hat bis heute keinen solchen Antrag gestellt und für die fehlende rechtzeitige Einreichung der Unterlagen auch keine Umstände im Sinne objektiver oder unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit, höherer Gewalt oder entschuldigbarer Fristversäumnis dargelegt (BSK SchKG I-NORDMANN, Art. 33 N 10 ff. mit den Rechtsprechungsbeispielen Unfall, schwere plötzliche Erkrankung, Militärdienst, Übermittlungsfehler und falsche Rechtsauskunft der zuständigen Behörde mit nicht leicht feststellbarer Unrichtigkeit für den Empfänger). Vor dem Hintergrund, dass sowohl die Vorinstanz (act. 2 S. 3 = act. 6 S. 3 = act. 7/8 S. 3) als auch die Kammer vor bzw. während laufender Beschwerdefrist auf die notwendige Einreichung der Unterlagen bis zum Fristablauf hinwiesen, scheint zudem die Berufung auf eine falsche Rechtsauskunft ausgeschlossen. Die mit den Eingaben vom 21. und 24. November 2011 zu den Akten gereichten Dokumente können daher im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden.

Durch Einreichung der Quittung des Einzahlungsscheins vom 1. November 2011 mit der Zahlung von Fr. 4'091.42 an die Vorinstanz (act. 3/1) wies die Schuldnerin die Hinterlegung der Konkursforderung inklusive Zins, Gebühren und Kosten ausreichend nach. Wie bereits mit Verfügung vom 4. November 2011 hingewiesen, gehören zu den gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG zu tilgenden Kosten jedoch auch diejenigen des angefochtenen Konkurserkennnisses sowie die zwischen Konkursöffnung und deren allfälliger Aufhebung im Rechtsmittelverfahren anfallenden Auslagen des Konkursamts (BSK SchKG II-GIROUD, Art. 174 N 21).

Innert Beschwerdefrist wurden zur Sicherstellung dieser Kosten keine Unterlagen eingereicht. Sowohl die Zahlung selber als auch deren Nachweis erfolgte vielmehr erst deutlich nach Ablauf der bis am 10. November 2011 laufenden Rechtsmittelfrist (act. 12/11 S. 1 und act. 13). Die Zahlung kann daher im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden, weshalb der Schuldnerin der Beleg eines Konkursaufhebungsgrunds nicht gelingt. Mangels urkundlichen Nachweises eines der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe ist die Beschwerde demnach abzuweisen. Weiterungen, wie etwa die Prüfung der Zahlungsfähigkeit, erübrigen sich damit von vornherein. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich aus der Bestätigung des Konkursamts D._____ nicht ergibt, ob mit der Zahlung der Fr. 1'250.00 auch die Kosten der Vorinstanz sichergestellt wurden (act. 13).

IV.

Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr des Rechtsmittelprozesses der Schuldnerin aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 4'091.42 ans Konkursamt D._____ auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Bülach und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, je gegen Empfangsschein.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Findeisen

versandt am: