

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 30. Januar 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 10. Januar 2012  
(EK111954)

### **Erwägungen:**

1. Am 10. Januar 2012, um 10.00 Uhr, wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 8/5). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Letztere wurde ihr mit Verfügung vom 25. Januar 2012 gewährt (act. 5).

2. Die Vollmacht für Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wurde von C. \_\_\_\_\_ unterzeichnet (act. 1 S.2; act. 3). Gemäss Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich vom 26. Januar 2012 ist D. \_\_\_\_\_ als einziger Verwaltungsrat und Einzelzeichnungsbevollmächtigter für die Schuldnerin eingetragen (act. 9 S. 3). Er verstarb jedoch am tt. Dezember 2011 (act. 4/3). Anlässlich der ausserordentlichen Generalversammlung der Aktionäre der Schuldnerin wurde C. \_\_\_\_\_ als alleiniger Verwaltungsrat der Schuldnerin bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung gewählt (act. 4/4). Es liegt somit eine rechtsgenügende Vollmacht vor.

3.1 Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

3.2 Die Schuldnerin macht geltend, D. \_\_\_\_\_ habe mit Valuta vom 23. Dezember 2011, also vor der Konkurseröffnung am 10. Januar 2012, die gesamte Konkursforderung getilgt. Leider sei er zwischen der Zahlung an das Betreibungsamt am 23. Dezember 2011 und der auf den 10. Januar 2012 angesetzten Konkursverhandlung völlig unerwartet und ohne Vorzeichen gestorben. Mangels Kenntnis vom Konkursverfahren hätten die Hinterbliebenen das Konkursgericht des Bezirkes Zürich nicht rechtzeitig über die Tilgung der Schuld informieren können (act. 1 S. 5 f.).

Die Forderung der Gläubigerin belief sich nebst Zinsen und Betreuungskosten (darin inbegriffen die Kosten der Konkursandrohung) auf Fr. 34'278.55 (vgl. act. 4/8). Die Überweisung weist die Schuldnerin mit dem Kontoauszug der E.\_\_\_\_\_ [Bank] vom 23. Dezember 2011 nach (act. 4/9). Zusätzlich geht die Zahlung aus der Abrechnung des Betreibungsamtes F.\_\_\_\_\_ hervor (act. 4/8). Demnach bestand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Konkurshinderungsgrund der Tilgung, weshalb kein Grund für die Konkurseröffnung gegeben war. Da dem Konkursrichter dieser Sachverhalt aber nicht rechtzeitig mitgeteilt werden konnte, eröffnete er den Konkurs zu Recht.

Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung bzw. Sicherstellung sämtlicher Kosten. Die Kosten des Konkursgerichts wurden auf Fr. 400.– festgesetzt und diejenigen für das Konkursamt auf Fr. 1'000.–. Beide Zahlungen weist die Schuldnerin mit Urkunden nach (act. 4/7; act. 4/12). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 750.– wurde ebenfalls beglichen (act. 4/6; act. 10). Im Beschwerdeverfahren ist der Schuldnerin nun der Nachweis der Tilgung gelungen.

3.3 Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen, wenn der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben wird, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels, oder weil der Schuldner wie hier neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde (KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7 u. 12).

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet, und es ist die Konkurseröffnung aufzuheben.

4. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch ihre Säumnis das Verfahren verursacht hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 10. Januar 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt G.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt G.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F.\_\_\_\_\_, 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. M. Weibel

versandt am: