

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 6. März 2012

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Februar 2012 (EK120103)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 14. Februar 2012 für eine Forderung von Fr. 35'695.80 nebst Zins zu 5% seit 12. Mai 2011, abzüglich die Teilzahlungen von Fr. 20'974.65 vom 28. Juli 2011 und Fr. 10'000.-- vom 14. Dezember 2011, zzgl. Fr. 600.-- Bearbeitungsgebühren und Fr. 236.-- Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes D._____, act. 7/2/1-2) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 6 = act. 7/5). Am 22. Februar 2012 zahlte die Schuldnerin zuhanden der Kasse des Obergerichtes des Kantons Zürich den Betrag von Fr. 3'000.-- ein zwecks Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sowie zwecks Deckung der Kosten des Beschwerdeverfahrens (act. 1 S. 3; act. 4/4; act. 10) und liess mit gleichentags und somit rechtzeitig eingereichter Beschwerde die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 1). Mit Verfügung vom 23. Februar 2012 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

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

Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich die betriebene Partei erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss sie nachweisen, dass sie neben den Kosten des Konkursgerichtes und einer allfälligen Prozessentschädigung an die Gläubigerin im Konkursöffnungsverfahren insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat. Da der Konkurs mit dem Urteil des Konkursgerichtes als eröffnet gilt (Art. 175 SchKG), wird das Konkursamt sofort tätig und es entstehen damit auch sofort

Kosten. Für diese haftet die betreibende Gläubigerin mit dem geleisteten Vorschuss (Art. 169 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, N 2 zu Art. 169). Es ist nicht gerechtfertigt, der Gläubigerin die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt aufzubürden, mit der Begründung, sie hätte dem Konkursgericht von der Zahlung Mitteilung machen und damit die Konkursöffnung verhindern können und müssen. Regelmässig zahlen die Schuldner erst während des laufenden Verfahrens beim Konkursgericht. Die Kosten für das Anlegen des Dossiers, das Studium der Unterlagen und die Vorladungen sind daher schon angefallen. Wenn die Schuldnerin wie vorliegend beim Betreibungsamt zahlt, hat die Gläubigerin möglicherweise gar nicht rechtzeitig Kenntnis von der Zahlung. Vor allem aber ist es in erster Linie Sache der sozusagen bis zur letzten Minute säumigen Schuldnerin, das Konkursgericht von der Zahlung zu informieren. Eine Aufhebung des Konkurses darf daher nur in Frage kommen, wenn sicher gestellt ist, dass die Gläubigerin den ganzen Vorschuss zurück erhält (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011).

2.2 Die Schuldnerin lässt geltend machen, sie habe einen Tag vor Eröffnung des Konkurses beim Betreibungsamt D._____ zu Gunsten der Gläubigerin den Betrag von Fr. 16'424.55 für Forderung, Zins und Kosten bezahlt und damit die in Konkurs gesetzte Forderung weit mehr als getilgt. Zu dieser „Überzahlung“ sei es gekommen, weil das Betreibungsamt von der früheren Teilzahlung vom 14. Dezember 2011 in Höhe von Fr. 10'000.-- direkt an die Gläubigerin keine Kenntnis gehabt habe (act. 1 S. 2). Aus der von der Schuldnerin eingereichten Abrechnung ist ersichtlich, dass das Betreibungsamt D._____ am 13. Februar 2012 unterschriftlich bestätigt hat, in der Betreuung Nr. ... den Betrag von Fr. 16'424.55 – und somit wie zu Recht geltend gemacht mehr als die noch offene Restforderung – von der Schuldnerin erhalten zu haben (act. 4/3; vgl. auch act. 6 S. 1). Bei dieser Ausgangslage ist von einer konkurshindernden Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG auszugehen, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 14. Februar 2012 eingetreten ist.

2.3 Die Sicherstellung der Konkurskosten innert der Beschwerdefrist konnte die Schuldnerin mit Urkunde nachweisen. Sie hinterlegte u.a. hiezu wie vorerwähnt am 22. Februar 2012 bei der Obergerichtskasse einen Barbetrag von Fr. 3'000.-- (act. 1 S. 3 und act. 10).

2.4 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 die Schuldnerin nachweist, dass die Schuld bereits vor der Konkursöffnung getilgt wurde (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011). Der über die Schuldnerin am 14. Februar 2012 eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben.

3. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Februar 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 in Höhe von Fr. 3'000.-- verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kasse des Obergerichtes wird angewiesen, den von der Schuldnerin bei ihr einbezahlten Restbetrag (nach Verrechnung des Vorschusses gemäss Ziff. 2 vorstehend) in Höhe von Fr. 2'250.-- dem Konkursamt E. _____ zu überweisen.

4. Das Konkursamt E._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'650.-- (Fr. 2'250.-- Zahlung der Schuldnerin gemäss Ziff. 3 vorstehend 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt E._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.
6. 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. D. Tolic

versandt am: