

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120080-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 15. Mai 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch B1.\_\_\_\_\_ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. April 2012 (EK120539)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.1999 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie betreibt zusammengefasst den Handel mit und die Herstellung von Inneneinrichtungsgegenständen und Accessoires (act. 5).

2. Mit Urteil vom 30. April 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 7'529.95 nebst Zins zu 5% seit 24. Juni 2011 zuzüglich Bearbeitungsgebühren von Fr. 400.00 und Betreuungskosten von Fr. 146.00 (act. 3 = act. 6). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 2. Mai 2012, gleichentags dem Obergericht überbracht, beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2).

Zur Begründung verweist die Schuldnerin auf eine Rückzugserklärung der Gläubigerin vom 26. April 2012 (act. 4/2).

3. Mit Verfügung vom 3. Mai 2012 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt und wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8).

Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 10).

### **II.**

1. Die Schuldnerin hat innert der Rechtsmittelfrist für die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ einen Barvorschuss von Fr. 1'800.00 geleistet. Das Konkursamt bestätigte, dass damit die Konkurskosten sichergestellt seien (act. 4/2-3).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist.

Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund vor der Konkureröffnung verwirklichte (wobei an die Stelle des Gläubigerverzichts bei Verwirklichung vor Konkureröffnung wesengemäss der Rückzug des Konkursbegehrens tritt). Darauf wurde die Schuldnerin hingewiesen (act. 8 S. 2).

Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkureröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt.

3. Die Gläubigerin hat das Konkursbegehren, wie eingangs bereits angeführt, mit Schreiben vom 26. April 2012 zurückgezogen. Die eingeschrieben zugestellte Rückzugserklärung traf jedoch gemäss Vermerk des Konkursgerichts erst am 30. April 2012 mittags bei diesem ein (act. 4/2, act. 7/7). Laut dem Dienst "Sendungen verfolgen" der Post wurde die Sendung am 27. April 2012 der Post übergeben (act. 11).

Wie bereits in den Erwägungen zur Verfügung vom 3. Mai 2012 angegeben, ist für die Frage, ob sich der Rückzug des Begehrens vor der Konkureröffnung verwirklichte, auf die Übergabe an die Schweizerische Post abzustellen (act. 8).

Der Konkursaufhebungsgrund hat sich demnach am 27. April 2012 und damit vor der Konkureröffnung verwirklicht.

4. Wie dargelegt, hat die Schuldnerin inzwischen sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die erst- und zweitinstanzliche Spruchgebühr sichergestellt. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt und die Beschwerde erweist sich als begründet.

Somit ist die Konkureröffnung aufzuheben, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

### III.

1. Die Schuldnerin hat es versäumt, das Konkursgericht rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils vom erfolgten Rückzug des Konkursbegehrens in Kenntnis zu setzen. Auch wenn sie bereits einige Tage vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren Kenntnis von der Rückzugserklärung hatte, trug die Schuldnerin das Risiko einer verspäteten Zustellung der Rückzugserklärung an das Konkursgericht, und durfte die Schuldnerin sich daher nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wäre. Vielmehr war es nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 30. April 2012 (act. 7/3-4) an der Schuldnerin, das Konkursgericht entsprechend zu informieren. Dieses Versäumnis ist der Schuldnerin entgegen zu halten.

Damit hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkureröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die des Konkursamtes zu tragen. Die ihr auferlegte Gerichtsgebühr ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 30. April 2012 (EK120539-L), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.00 (Fr. 1'800.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: