

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120108-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 17. Juli 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____ und / oder vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. Mai 2012 (EK120690)

Erwägungen:

1. Am 29. Mai 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 4 = act. 6 = act. 7/5). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Der Beschwerde wurde mit Verfügung der Kammer vom 14. Juni 2012 die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht zuerkannt, da sich aus den eingereichten Unterlagen nicht eindeutig ergab, ob die Schuldnerin neben der Konkursforderung auch die Kosten des Konkursamts für die Zeit zwischen Konkurseröffnung durch die erste Instanz und einer allfälligen Aufhebung des Konkurses im Rechtsmittelverfahren inklusive denjenigen des angefochtenen Konkurserkenntnisses sichergestellt hatte. Mit derselben Verfügung wurde der Schuldnerin eine zehntägige Frist angesetzt zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– (act. 9). Unter Bezugnahme auf die Verfügung der Kammer vom 14. Juni 2012 beantragte die Schuldnerin mit Eingabe vom 22. Juni 2012 erneut, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Als Begründung gab sie im Wesentlichen an, die Gläubigerin habe bereits mit Schreiben vom 8. Juni 2012 bestätigt, dass sämtliche Ausstände bezahlt worden seien (act. 5/3). Die zurückerstatteten Ausstände hätten auch den von ihr – der Gläubigerin – an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– beinhaltet. Die Gläubigerin sei somit bereits vor der Konkurseröffnung vollumfänglich befriedigt gewesen und trage deshalb bei einer Aufhebung des Konkurses kein Kostenrisiko. Zudem seien beim Konkursamt die von der Vorinstanz überwiesenen Fr. 1'400.– (Rest Barvorschuss) sichergestellt. Dieser Betrag reiche ohne Weiteres aus, um die beim Konkursamt für die ersten Vorkehrungen nach der Konkurseröffnung anfallenden Kosten zu decken. Ordnungshalber reiche sie ein zweites Schreiben der Gläubigerin vom 14. Juni 2012 zu den Akten (act. 12/1), worin diese präzisierend bestätige, dass die Schuldnerin neben der Hauptforderung auch den von der Gläubigerin vor Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückerstattet habe (act. 11). In der Folge erteilte die Kammer mit Verfügung vom 22. Juni 2012 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung

(act. 13). Der Kostenvorschuss ging innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (act. 15).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 Ziff. 6 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er *innert der Rechtsmittelfrist* aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294 und OGer ZH PS110061 vom 11. Juli 2011).

3.1 Die Konkursforderung beträgt Fr. 8'463.90 nebst Zins zu 7.5 % seit 20. April 2011, Fr. 130.– für ausserordentliche Aufwendungen sowie Fr. 217.– für Betreuungskosten (act. 4). Für die Verwirklichung des Konkurshinderungsgrundes der Tilgung müssen neben der Konkursforderung auch die Entscheidegebühr des Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes sichergestellt sein. Die Schuldnerin nahm das vorinstanzliche Urteil vom 29. Mai 2012 am 4. Juni 2012 entgegen (act. 7/7). Die zehntägige Beschwerdefrist endete damit am 14. Juni 2012. Fristgerecht reichte die Schuldnerin die Bestätigung der Gläubigerin vom 8. Juni 2012 über die vollständige Tilgung der Ausstände zu den Akten. Wie bereits erwähnt, geht aus diesem Schreiben nicht eindeutig hervor, ob die Gläubigerin auch den von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückerhalten hat oder ob diese Kosten beim Konkursamt sichergestellt worden sind. Dazu reichte die Schuldnerin nach Ablauf der Beschwerdeschrift ein zweites Schreiben der Gläubigerin zu den Akten. Darin bestätigte die Gläubigerin präzisierend, dass

die Schuldnerin ihr am 11. Mai 2012 – also vor der Konkurseröffnung am 29. Mai 2012 – Fr. 13'186.60 überwiesen habe, was sämtliche Forderungen wie die Hauptforderung nebst Zins, die ausserordentlichen Aufwendungen, die Betreuungskosten sowie den an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss beinhalte (act. 12/1). Damit ist zweifellos belegt, dass die Schuldnerin die gesamte Konkursforderung inkl. Kostenvorschuss bereits vor der Konkurseröffnung getilgt hat. Da das zweite Schreiben vom 14. Juni 2012 dasjenige vom 8. Juni 2012 lediglich präzisiert, ist es trotz Eingang nach Ablauf der Beschwerdefrist für die Beurteilung des Zeitpunkts der Tilgung der Forderung zu berücksichtigen. Wenn die vollumfängliche Tilgung der Vorinstanz bekannt gewesen wäre, hätte dies gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt.

3.2 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 (ZR 110/2011 Nr. 79, 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 29. Mai 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 ver-

rechnet. Auch die von Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11 und 12/1, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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: