

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120142-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 27. August 2012

in Sachen

A._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X._____,

gegen

B._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. August 2012 (EK121035)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 7. August 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 4). Dagegen erhob die Gläubigerin mit Eingabe vom 8. August 2012 rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Sie beantragt, es sei die Konkursöffnung aufzuheben und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu zuerkennen. Mit Verfügung der Kammer vom 10. August 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist angesetzt zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– (act. 9). Der Kostenvorschuss ging innert Frist ein (act. 12).

2. Die Gläubigerin macht geltend, die Konkursöffnung sei auf ein Versehen ihrerseits zurückzuführen und daher aufzuheben. Am 27. Juli 2012 – also vor der Konkursöffnung – habe sie als Zedentin (handelnd für die C. _____ AG, für D. _____ AG und für die E. _____ AG; act. 5/3) mit der Schuldnerin eine Vereinbarung abgeschlossen, worin auch für die Konkursforderung von Fr. 58'900.– ein Tilgungsplan festgelegt worden sei (act. 5/6). Diese Vereinbarung habe auch sie – die Gläubigerin – als rechtsverbindlich angesehen und genehmigt. Gemäss Vereinbarung müsse die Schuldnerin bis zum 31. Dezember 2012 insgesamt Fr. 150'000.– bezahlen. Die Konkursforderung sei deshalb zum Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht fällig gewesen, weshalb sie das Konkursbegehren (act. 5/4) unverzüglich habe zurückziehen wollen. Fälschlicherweise sei am 31. Juli 2012 anstelle des Konkursbegehrens das Betreibungsbegehren beim Betreibungsamt zurückgezogen worden (act. 5/7). Dieses Versehen sei erst mit der Zustellung des vorinstanzlichen Urteils vom 7. August 2012 bemerkt worden.

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 auch, dass die Gläubigerin der Schuldnerin vor der Konkursöffnung Stundung gewährt hat, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

3.2 Im Beschwerdeverfahren ist der Gläubigerin der Nachweis der Stundung gelungen (act. 5/6). Demnach bestand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Konkurshindierungsgrund der Stundung, weshalb kein Grund für die Konkurseröffnung gegeben war. Da dem Konkursrichter dieser Sachverhalt aber nicht rechtzeitig mitgeteilt wurde, eröffnete er den Konkurs zu Recht.

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 die Gläubigerin wie hier neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung gestundet worden sei (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 Gläubigerin leistete vor Vorinstanz einen Barvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.–. Davon bezog die Vorinstanz Fr. 400.– für ihre Spruchgebühr und überwies den Restbetrag von Fr. 1'400.– dem Konkursamt F. _____ (act. 6). Die Kosten für das vorinstanzliche Verfahren hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch ihren Zahlungsrückstand die Einreichung des Konkursbegehrens verursacht hat. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die beim Konkursamt bis zur Konkurseröffnung angefallenen Kosten sind von der Gläubigerin zu tragen, da sie diese Kosten verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 7. August 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Gläubigerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Die von Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt F. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich und das Konkursamt F. _____, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt G. _____, 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: