

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120165-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 25. Oktober 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Pensionskasse B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. September 2012 (EK121289)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 11. September 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 3'036.60 nebst Zins zu 8% seit 9. März 2012 zuzüglich Fr. 80.-- Mahn- und Bearbeitungsgebühren und Fr. 154.30 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes und reichte eine Abrechnung des Betreibungsamtes C. _____ vom 11. September 2012 ein (act. 2 und 4). Mit Verfügung vom 18. September 2012 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Sodann wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass innert der Beschwerdefrist nebst der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten auch die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursamtes (Fr. 400.-- bzw. Fr. 600.-- gemäss Auskunft des Konkursamtes, also total Fr. 1'000.--) sichergestellt werden müssen. Schliesslich wurde ihr Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde 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. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3.a) Gemäss der eingereichten Abrechnung des Betreibungsamtes C._____ bezahlte die Schuldnerin am 11. September 2012, 10.08.08 Uhr die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten (act. 4). Die Zahlung an das Betreibungsamt tilgt die Forderung unmittelbar (Art. 12 SchKG). Da die Berechnung des Endbetrages durch das Betreibungsamt, die Entgegennahme des Geldes sowie die Erstellung der Abrechnung einige Zeit beanspruchen, ist davon auszugehen, dass die Zahlung der Konkursforderung kurz vor der Konkurseröffnung gleichentags um 10.00 Uhr vorgenommen wurde. Demnach bestand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Konkurshindernungsgrund der Tilgung. Praxisgemäss wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn die Konkursforderung vor Konkurseröffnung getilgt wurde. Zu den Kosten, die der Schuldner dem Gläubiger gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abwendung des Konkurses zu zahlen hat, gehören aber nebst den Betreibungskosten auch die Kosten des konkursrichterlichen Verfahrens (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 172 N 3). Da die Schuldnerin der entsprechenden Aufforderung in der Anzeige zur Konkursverhandlung, diese Kosten an die Gerichtskasse zu leisten, soweit ersichtlich nicht nachgekommen und der Vorinstanz überdies das Vorliegen eines Konkurshindernungsgrundes nicht rechtzeitig mitgeteilt worden war, eröffnete diese den Konkurs zu Recht.

b) Inzwischen bezahlte die Schuldnerin auch den Barvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren sowie die Kosten für das Konkursgericht und das Konkursamt an die Obergerichtskasse (act. 10-11). Wie in der Verfügung vom 18. September 2012 dargelegt, sind die genannten Kosten innert der Beschwerdefrist zu begleichen (act. 8). Diese endete am 24. September 2012 (Art. 142 ZPO, act. 7/7). Die Kasse meldete als Einzahlungsdatum den 26. September 2012 (act. 10-11), womit die Zahlung verspätet wäre. Für die Fristwahrung ist indes die Belastung des Kontos des Einzahlers ausreichend (Art. 143 Abs. 3 ZPO). Deshalb wurde der Schuldnerin mit Verfügung vom 9. Oktober 2012 Frist angesetzt, um die rechtzeitige Zahlung zu belegen oder gegebenenfalls ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung zu stellen (act. 12).

Am 10. Oktober 2012 und damit rechtzeitig gelangte die Schuldnerin mit einem Wiederherstellungsgesuch an die Beschwerdeinstanz und bringt vor, sie habe die fraglichen Kosten aufgrund eines finanziellen Engpasses mit ein paar Tagen Verspätung bezahlt. Aus der beigelegten Postquittung ergibt sich, dass die Zahlung in der Tat erst am 26. September 2012 und damit verspätet getätigt wurde (act. 14 und 15/1). Gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG kann jemand, der durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, die zuständige Behörde um Wiederherstellung der abgelaufenen Frist ersuchen. Somit kommt eine Wiederherstellung nur bei objektiver oder unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit, höherer Gewalt oder entschuldbarem Fristversäumnis in Betracht (BSK SchKG I-Nordmann, 2. Aufl., Art. 33 N 10 ff.). Das Gesuch wäre demzufolge allenfalls gutzuheissen, wenn die Schuldnerin dargetan hätte, dass sie trotz vorhandener Geldmittel z.B. wegen eines Unfalls, einer plötzlichen schweren Erkrankung oder einer falschen Rechtsauskunft der zuständigen Behörde, sofern die Unrichtigkeit nicht leicht festzustellen war, nicht in der Lage gewesen ist, die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes rechtzeitig zu begleichen. Solches macht sie indes nicht geltend, sondern verweist einzig auf einen finanziellen Engpass. Fehlende Mittel allein stellen jedoch keinen Wiederherstellungsgrund im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG dar. Das Gesuch um Restitution ist demnach abzuweisen. Da die Bezahlung der genannten Kosten somit verspätet erfolgte, sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses trotz Bezahlung der Konkursforderung vor Konkurseröffnung nicht erfüllt.

Demzufolge erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

4. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **25. Oktober 2012, 09.10 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt D._____ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr einbezahlten Betrag von Fr. 1'000.-- dem Konkursamt D._____ zuhanden der Konkursmasse zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2 und 14, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt D._____, ferner durch besondere Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie das Betreibungsamt C._____, 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. S. Bohli Roth

versandt am: