

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120168-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 25. September 2012

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X. _____

gegen

B. _____ AG, c/o BC. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012 (EK121259)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 7. September 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 8'227.30 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2012 zuzüglich Fr. 400.-- Bearbeitungsgebühren und Fr. 155.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 11).

2. Mit ihrer rechtzeitig erhobenen Beschwerde beantragt die Schuldnerin mit Eingabe vom 17. September 2012, beim Gericht eingegangen am 19. September 2012, die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

Die Akten wurden beigezogen, über die aufschiebende Wirkung wurde einstweilen nicht entschieden, und der Schuldnerin wurde mündlich Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.-- angesetzt - dieser wurde bezahlt (act. 17).

3.1 Die Schuldnerin macht in der Beschwerde geltend, sie habe die *gesamte* betriebene Schuld *vor der Konkurseröffnung* an die Gläubigerin bezahlt. Das trifft nicht zu (was die Schuldnerin nachträglich einräumte; act. 6), und wenn es darauf ankäme, müsste die Beschwerde abgewiesen werden.

Richtig ist, dass die Schuldnerin knapp vor der Konkurseröffnung eine Teilzahlung an die Gläubigerin leistete. Diese erklärte gestützt darauf am 5. September 2012, zur Post gegeben am folgenden Tag, den Rückzug ihres Konkursbegehrens (act. 8). Dieser Rückzug wäre der Konkurseröffnung entgegen gestanden, wenn er dem Konkursgericht rechtzeitig bekannt geworden wäre (der Fall ist in Art. 172 SchKG zwar nicht genannt. Der Rückzug führt allerdings auch nicht zur *Abweisung* des Begehrens, sondern zum Abschreiben des Verfahrens nach Art. 241 ZPO). Das Schreiben ging dem Konkursgericht jedoch erst zu, nachdem der Konkurs am 7. September 2012 um 10 Uhr eröffnet worden war. Die Eröffnung des Konkurses war richtig.

3.2 Mit der Beschwerde können allerdings (ausnahmsweise: Art. 326 ZPO) auch neue Behauptungen aufgestellt werden, namentlich Umstände, welche die

Konkurseröffnung verhindert hätten. In diesem Sinn ist der Rückzug des Begehrens zu berücksichtigen. Allerdings kann nun nicht mehr (nur) das Verfahren des Konkursrichters beschrieben werden, sondern es muss der formell eröffnete Konkurs auch formell aufgehoben werden. In diesen Fällen wird auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners verzichtet (KuKo SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 12).

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

4.1 Es bleibt die Frage nach den Kosten des Verfahrens. Grundsätzlich gilt Folgendes: Die Kosten des Verfahrens trägt die unterliegende Partei, und der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Im Konkursverfahren besteht die Besonderheit, dass der Gläubiger erhebliche Vorleistungen erbringen muss, um überhaupt die Konkurseröffnung zu bewirken und so seinem Ziel der Befriedigung näher zu kommen. Müsste er sich beim Konkursaufhebungsgrund der *Tilgung* mit Forderung, Zins und Betreuungskosten zufrieden geben, fehlte ihm doch noch, was aus dem üblicherweise auf Fr. 1'800.- angesetzten Vorschuss im Sinne von Art. 169 SchKG bezogen wird, namentlich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes. Blicke das offen und würde das Konkurserkenntnis gleichwohl aufgehoben, müsste der Gläubiger für das Fehlende erneut von ganz vorne, mit dem Einleiten einer neuen Bertreibung, beginnen. Die Praxis verlangt daher nicht nur Tilgung von Forderung, Zins und Betreuungskosten bis und mit Konkursandrohung. Der Schuldner muss zudem nachweisen, dass er innert der Beschwerdefrist beim Konkursamt so viel Geld hinterlegt hat, dass damit die Kosten des Konkurserkenntnisses (welche aus dem Vorschuss bereits bezogen worden sind) und die Kosten des Konkursamtes gedeckt werden können. So ist sicher gestellt, dass das Obergericht bei Aufhebung des Konkurses das Konkursamt anweisen kann, dem Gläubiger Fr. 1'800.--, entsprechend seinem Vorschuss, auszuzahlen (KuKo SchKG-Diggelmann-Müller,

Art. 174 N. 10 - allerdings noch nach altem Verfahrensrecht und betreffend gerichtlicher Fristansetzung daher überholt, vgl. ZR 110/2011 Nr. 5).

Entsprechend dieser Interessenlage pflegen professionelle Gläubiger, wenn ein Schuldner um *Rückzug* des Konkursbegehrens gegen eine substanzielle Abschlagszahlung ersucht, die Höhe dieser Zahlung unter Einrechnen aller Betreuungskosten und des Vorschusses von Fr. 1'800.-- zu berechnen (was auch der rechtlichen Situation entspricht: Art. 85 Abs. 1 OR, Art. 68 Abs. 2 SchKG). Würden diese Kosten dem Schuldner auferlegt, trüge er sie doppelt. Die Parteien können vereinbaren, und das kommt vor, dass der Gläubiger das Konkursbegehren zurückziehe, und dass der Schuldner die Verfahrenskosten tragen solle. Darin liegt dann ein Vergleich, welchen das Gericht im Sinne von Art. 109 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen hat. Zieht ein Laie sein Konkursbegehren ohne Weiteres zurück, kann zweifelhaft sein, ob und wie sich die Parteien zu den Kosten geeinigt haben. Bei einem unbeholfenen Gläubiger mag sich eine Nachfrage rechtfertigen. Generell dient die gerichtliche Fragepflicht aber nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (*BGer 5A_115/2012* vom 20. Apr. 2012 E. 4.5.2, mit Hinweisen auf andere Entscheide). In der Regel, und so auch bei der heutigen Gläubigerin, einer der grossen schweizerischen Versicherungsgesellschaften, darf und muss ein Rückzug daher als solcher verstanden werden, mit entsprechenden Kostenfolgen (*OGer ZH PS120091* vom 31. März 2012).

4.2 Der heutige Fall liegt anders und kann (ausnahmsweise) anders beurteilt werden:

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens wurde dem Gericht bekannt, dass nicht nur die Zahlung von Fr. 4'000.-- direkt an die Gläubigerin erfolgt war, von welcher die Schuldnerin schon in der Beschwerdebegründung berichtet (und welche sie belegt: act. 7/1 = act. 5/4) hatte. In der Folge zahlte die Schuldnerin dem Konkursamt weitere Fr. 5'500.--, allerdings ohne klare Zuordnung (act. 7/1 Blatt 2), dann weitere Fr. 500.-- (act. 14/2) sowie noch einmal Fr. 284.-- (act. 14/3: das ist der Zins auf der betriebenen Forderung bis zur Konkurseröffnung, Art. 209 Abs. 1 SchKG). Am 20. September 2012 bestätigte daraufhin das Konkursamt, dass es der Gläubigerin die betriebene Forderung (nach Abzug der direkten Zahlung von

Fr. 4'000.--) nebst Zins und Kosten aus den bei ihm hinterlegten Beträgen vollständig zahlen könne und werde. Ferner erklärte das Amt, es seien bei ihm auch die Fr. 400.-- Kosten des Konkursgerichts sowie seine Kosten sichergestellt (act. 13).

Unter diesen besonderen Umständen muss angenommen werden, die Schuldnerin wolle mit ihren Zahlungen (auch) sämtliche Verfahrenskosten decken. Damit wäre es unangebracht, diese der Gläubigerin aufzuerlegen. - Für weitere Fälle läge es aber doch an der Gläubigerin (welche das in der Hand hat), für klare Verhältnisse zu sorgen.

Die Kosten des Obergerichts sind ebenfalls der Schuldnerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Auch die von Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Schuldnerin auferlegt und aus deren Zahlungen an das Konkursamt bezogen.
4. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag (Zahlungen der Schuldnerin und Überweisung des Konkursgerichts)
 - Fr. 1'800.-- der Gläubigerin zu überweisen;
 - der Gläubigerin den Rest der Konkursforderung (Fr. 5'066.30) zu überweisen;

- seine Kosten zu beziehen;
 - einen allfällig verbleibenden Restbetrag der Schuldnerin zurück zu geben.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie der Bestätigung des Konkursamts vom 20. September 2012 (act. 13), an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, 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: