

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120227-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. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 20. Dezember 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. November 2012 (EK121654)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 14. November 2012 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 26. November 2012 beantragte die Beschwerdeführerin innert Frist die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung der Konkursforderung vor Eröffnung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 27. November 2012 entsprochen (act. 11). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 14).

2. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (vgl. BGE 136 III 294 zur Rechtslage bis Ende 2010, und ZR 110/2011 Nr. 5 zur Praxis unter der neuen ZPO). Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich die Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss sie nachweisen, dass sie neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessentschädigung an die Gläubigerin im Konkurseröffnungsverfahren insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (ZR 110 Nr. 79). Wird der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels, oder weil die Schuldnerin (wie hier) neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde, so wird nach ständiger Praxis der

Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7 und 12).

3. Die Forderung der Beschwerdegegnerin wurde von der Beschwerdeführerin einschliesslich Zinsen und Betreibungskosten mit Zahlung an das Betreibungsamt C._____ am 22. Oktober 2012, mithin vor Konkurseröffnung am 14. November 2012 bezahlt (act. 5/5 = act. 5/10). Die Gerichtsgebühr des Konkursgerichts wurde auf Fr. 400.-- festgesetzt (act. 3). Diese sowie die konkursamtlichen Kosten wurden ferner mit der Zahlung von Fr. 1'200.-- beim Konkursamt D._____ sichergestellt (act. 5/5 = act. 5/10, act. 9). Der über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben.

4. Die Kosten beider Instanzen hat die Beschwerdeführerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren überhaupt erst veranlasst hat. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.-- festzulegen und aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss zu beziehen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. November 2012, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'200.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie 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 C._____, 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. K. Houweling-Wili

versandt am: