

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130124-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

## Urteil vom 21. August 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. Juli 2013 (EK130142)

### **Erwägungen:**

1. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen eröffnete mit Urteil vom 10. Juli 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Mit Eingabe vom 16. Juli 2013 erhob die Beschwerdeführerin rechtzeitig (vgl. act. 18/1) dagegen Beschwerde und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die Konkursforderung am 8. Juli 2013 beim Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ und somit vor Konkurseröffnung bezahlt (act. 4/1). Im Weiteren habe sie gleichentags auch die Gerichtsgebühr von Fr. 250.– einbezahlt (act. 4/2). Die Zahlung der Konkursforderung beim Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ sei der Beschwerdegegnerin mitgeteilt worden (act. 4/3). Daraufhin habe ein Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin, D.\_\_\_\_\_, gleichentags das Konkursgericht telefonisch darüber informiert. Dies sei ihr am 16. Juli 2013 im Beisein ihres Buchhalters in den Räumen der Beschwerdegegnerin bestätigt worden. Es entziehe sich ihrer Kenntnis, weshalb vom Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ keine Mitteilung über die Zahlung der Forderung an das Konkursgericht erfolgt sei. Sie bitte das Verfahren bis am 8. August 2013 ruhen zu lassen, da sie zu ihren sehr kranken Eltern nach E.\_\_\_\_\_ [Staat in Europa] fahren müsse.

2. Mit Verfügung vom 18. Juli 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass die Kosten des Konkursamtes sowie die gesamten erstinstanzlichen Kosten sicherzustellen seien und sie ihre Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist diesbezüglich ergänzen könne. Im Weiteren wurde Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8). Mit Verfügung vom 7. August 2013 wurde der Beschwerdeführerin eine einmalige Nachfrist von 5 Tagen für den Kostenvorschuss angesetzt, mit dem Hinweis, dass die Verfügung vom 18. Juli 2013 trotz des von ihr veranlassten Postrückhalte-Auftrages aufgrund der Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gültig zugestellt worden sei (act. 11). Der Kostenvorschuss ging am 12. August 2013

rechtzeitig (act. 12/1) bei der Obergerichtskasse ein (act. 13). Am 13. August 2013 ging überdies ein Faxschreiben der Beschwerdeführerin ein, in welchem das Konkursamt F.\_\_\_\_\_ bestätigt, dass die Beschwerdeführerin am 5. Juli 2012 [recte: 13. August 2013] Fr. 500.– für die erstinstanzlichen Gerichtskosten und die Kosten des Konkursamtes sichergestellt habe und aus Sicht des Konkursamtes somit nichts gegen eine Aufhebung des Konkurses spreche (act. 14 und 15).

3. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 321 Abs. 1 und 2 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 der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er 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 der Schuldner (wie hier) neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt worden sei, so wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7 und 12).

4. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe die Konkursforderung vor Konkurseröffnung bezahlt, was dem Konkursgericht von der Beschwerdegegnerin telefonisch mitgeteilt worden sei bzw. auch vom Betreibungsamt hätte mitgeteilt werden müssen (act. 2).

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist den vorinstanzlichen Akten nichts bezüglich einer Mitteilung der Beschwerdegegnerin über die er-

folgte Zahlung der Konkursforderung zu entnehmen. Die Beschwerdeführerin verkennt überdies, dass es nicht Aufgabe des Betreibungsamtes ist, das Konkursgericht über eine solche Zahlung zu informieren. Es war vorliegend vielmehr Sache der Beschwerdeführerin, das Konkursgericht über die vorgenommene Zahlung in Kenntnis zu setzen, lag es doch in ihrem Interesse, durch die rechtzeitige Mitteilung an das Gericht die Eröffnung des Konkurses abzuwenden. Sie hätte sich nicht darauf verlassen dürfen, dass die Beschwerdegegnerin dies für sie erledige. Dass die Vorinstanz über die Beschwerdeführerin den Konkurs eröffnete, ist nicht zu beanstanden.

5. Die Beschwerdeführerin ersucht in ihrer Beschwerde vom 16. Juli 2013 darum, das Verfahren bis zum 8. August 2013 "ruhen zu lassen", da sie gleichentags zu ihren sehr kranken Eltern nach E.\_\_\_\_\_ fahren müsse (act. 2 S. 2). Die entsprechende Bitte der Beschwerdeführerin kann als sinngemässes Gesuch um Wiederherstellung der Frist verstanden werden.

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. Unmittelbar nach ihrer Rückkehr aus E.\_\_\_\_\_ hat die Beschwerdeführerin bei der Obergerichtskasse den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 13) sowie die erstinstanzlichen Gerichtskosten und die Kosten des Konkursamtes beim Konkursamt F.\_\_\_\_\_ sichergestellt (act. 14 und 15). Die Forderung der Beschwerdegegnerin wurde von der Beschwerdeführerin einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten mit Zahlung an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ am 8. Juli 2013, mithin vor Konkurseröffnung am 10. Juli 2013, getilgt (act. 4/1). Da die Beschwerdegegnerin durch die Sicherstellung der Kosten in ihren Rechten nicht (mehr) tangiert ist sowie unter Berücksichtigung, dass die Beschwerdeführerin kurzfristig zu ihren kranken Eltern ins Ausland reisen musste, rechtfertigt es sich, die Frist wiederherzustellen und die Hinterlegung als rechtzeitig zu betrachten; dies umso mehr, als die Frage, wann ein Versäumnis unverschuldet ist, einen grossen Ermessensspielraum lässt.

Der über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

6. Die Kosten beider Instanzen hat die Beschwerdeführerin zu tragen, da sie diese selber 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 Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Konkurrenzsachen) des Bezirksgerichts Meilen vom 10. Juli 2013, 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 erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt F. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.– (Fr. 500.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'550.– 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 sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt F. \_\_\_\_\_, 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. Graf

versandt am: