

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130185-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 7. November 2013

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 9. Oktober 2013 (EK130426)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt. April 1976 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt den Betrieb einer Autogarage und den Handel mit Fahrzeugen aller Art (act. 6).

2. Mit Urteil vom 9. Oktober 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (Gläubigerin) von Fr. 3'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.00, abzüglich der Gutschrift vom 3. Juli 2013 von Fr. 1'500.00 (act. 3). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 11. Oktober 2013 zugestellt (act. 8/8).

Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 16. Oktober 2013 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses (act. 2).

3. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin zur Bezahlung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren aufgefordert (act. 9).

4. Mit Eingabe vom 21. Oktober 2013 (Datum Poststempel: 21. Oktober 2013) ergänzte die Schuldnerin die Beschwerde noch in Wahrung der Beschwerdefrist (act. 11).

5. Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 13). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-9). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit 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 (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkursöffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkursöffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt.

2./2.1 Die Schuldnerin macht geltend, die Gläubigerin habe in der Abrechnung vom 9. September 2013 betreffend die Police Nr. ... bestätigt, dass die Schuldnerin über ein Guthaben von Fr. 3'177.00 verfüge. Damit sei die in Betreuung gesetzte Forderung gedeckt (act. 2 S. 3, 5/5).

2.2 Die Gläubigerin macht gemäss Zahlungsbefehl vom 22. April 2013, Konkursandrohung vom 30. Mai 2013 und Konkursbegehren vom 5. August 2013 den fälligen Saldo auf dem Kontokorrent ... der Schuldnerin per 13. April 2013 geltend (act. 8/1-3).

Gemäss Schreiben vom 9. September 2013 weist die Gläubigerin als aktuellen Kontostand zum Versicherungsvertrag der Schuldnerin (Police ...) ein Guthaben der Schuldnerin über Fr. 3'177.00 aus. Dieses Guthaben entstand als Folge einer Überschussbeteiligung der Schuldnerin, die sich anhand der bezahlten Prämien von 2008 bis 2012 berechnete. Die Gutschrift wurde auf dem Konto zum erwähnten Versicherungsvertrag der Schuldnerin mit der Nummer ... verbucht (act. 5/5).

Diese Gutschrift übersteigt den in Betreuung gesetzten Negativsaldo per 13. April 2013 (abzüglich Teilzahlung vom 3. Juli 2013 über Fr. 1'500.00). Sie wurde auf dem entsprechenden Konto zum Versicherungsvertrag verbucht. Der frühere Negativsaldo wurde damit getilgt. Der Standpunkt der Schuldnerin, wonach die in Betreuung gesetzt Forderung durch die Gutschrift vom 9. September 2013 gedeckt ist, erweist sich somit als zutreffend.

Die Schuldnerin hat nach dem Gesagten eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG nachgewiesen, welche vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten ist.

2.3 Zudem hat die Schuldnerin am 11. Oktober 2013 mit einer Zahlung von Fr. 1'000.00 an das Konkursamt C._____ die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt (act. 5/8).

3. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt und die Beschwerde erweist sich als begründet. Deshalb ist die Konkurseröffnung aufzuheben, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

4. Die Schuldnerin hinterlegte für den Fall, dass die Konkursforderung durch die Verbuchung der aufgezeigten Gutschrift auf dem Konto zum Versicherungsvertrag nicht als getilgt gelten würde, bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 2'500.00 (act. 2 S. 4; act. 5/6). Beim vorliegenden Ausgang des Beschwerdeverfahrens ist dieser Betrag der Schuldnerin auszuführen.

III.

1. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 9. Oktober 2013 (act. 8/4, 8/6) lag es an der Schuldnerin, beim Konkursgericht selber auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen – insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld (Zinsen und Kosten inbegriffen) getilgt ist.

Das Versäumnis, die erfolgte Tilgung nicht selber rechtzeitig der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht zu haben, ist der Schuldnerin daher entgegen zu halten.

Damit hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die des Konkursamtes zu tragen. Die ihr auferlegte Gerichtsgebühr ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Bülach vom 9. Oktober 2013 (EK130426-C), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'500.00 auf erstes Verlangen der Schuldnerin auszuzahlen.
5. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
7. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: