

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140060-O/U

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

Urteil vom 24. März 2014

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG, Inkasso Management

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. März 2014 (EK140182)

Erwägungen:

1. Am 5. März 2014 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 470.-- zuzüglich Fr. 30.-- Mahn- und Fr. 100.-- Bearbeitungsgebühren sowie Fr. 140.30 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichtem "Rekurs" vom 12. März 2014 beantragte diese, es seien der Konkurs gemäss Art. 195 SchKG und die Vorladung des Konkursamtes Aussersihl-Zürich auf den 18. März 2014 zu "widerrufen". Wie aus der beigelegten Abrechnung des Betreibungsamtes hervorgehe, habe sie die Konkursforderung bereits vor der Konkurseröffnung beglichen, den Beleg aber aufgrund eines Missverständnisses dem Konkursgericht nicht eingereicht (act. 2).

Mit Verfügung vom 13. März 2014 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde innert der Beschwerdefrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurshinderungsgrundes (Kosten des Konkursamtes und der ersten Instanz) ergänzen kann. Sodann wurde ihr Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren angesetzt und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Am 14. März 2014 reichte die Schuldnerin ein Schreiben der Gläubigerin nach, worin diese den Eingang von Fr. 200.-- und damit die vollständige Zahlung der Konkursforderung bestätigt (act. 10-11). Mit Eingabe vom 18. März 2014 belegte die Schuldnerin schliesslich die Bezahlung des Kostenvorschusses sowie die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes sowie der ersten Instanz (act. 12 und 13/1-2, act. 14).

2. Da die Voraussetzungen für einen Konkurswiderruf nach Art. 195 SchKG offensichtlich nicht gegeben sind, wurde die Eingabe als Rechtsmittel gegen die Konkurseröffnung im Sinne von Art. 174 SchKG entgegengenommen. Gemäss Praxis der Kammer zur neuen Zivilprozessordnung schadet die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels nicht. Die als "Rekurs" betitelte Eingabe ist deshalb als Beschwerde zu behandeln (Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO).

3. Mit der Beschwerde können unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Zudem sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zu den drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) selbst dann zulässig, wenn sie erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Stützt sich der Schuldner auf solche erst nach der Konkursöffnung eingetretene Tatsachen, so hat er zusätzlich zu deren Nachweis seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurs hinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Nachfristen sind keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

Weist der Schuldner im Beschwerdeverfahren nach, dass er die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkursöffnung bezahlt hat, ist für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt werden. In diesen Fällen sieht die Kammer nach ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab; dies ungeachtet dessen, dass der Schuldner – mit Blick auf die Sicherstellung der Konkurskosten – auch auf erst nach der Konkursöffnung verwirklichte Tatsachen abstellt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

4.a) Mit Einreichung der Beschwerde belegte die Schuldnerin mit einer Abrechnung des Betreibungsamtes, dass sie am 7. Februar 2014 und damit vor der Konkursöffnung die Konkursforderung samt Gebühren und Betreibungskosten bezahlt hatte (act. 4/3). Die Zahlung an das Betreibungsamt tilgt die Forderung unmittelbar (Art. 12 SchKG). 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; act. 7/5, Ziffer 5 der wichtigen Hinweise). Da die Schuldnerin die mit der Anzeige verlangten

Fr. 200.-- an die Gläubigerin nicht geleistet und die Vorinstanz überdies über die Tilgung nicht rechtzeitig informiert hatte, wurde der Konkurs zu Recht eröffnet.

b) Am 8. März 2014 bezahlte die Schuldnerin diese Fr. 200.-- an die Gläubigerin (act. 4/2, 4/4-5 und 11). Die Gerichtskosten fallen aber nur dann in dieser Höhe an, wenn eine Erklärung des Gläubigers (Rückzug des Konkursbegehrens oder Stundung) oder vom Schuldner nachgewiesene Gründe im Sinne von Art. 172 ff. SchKG der Konkurseröffnung entgegenstehen. Vorliegend wurde der Konkurs jedoch eröffnet, weshalb sich die effektiven Gerichtskosten auf Fr. 400.-- belaufen (act. 6). Mit Verfügung vom 13. März 2014 wurde die Schuldnerin explizit darauf hingewiesen, dass die noch offenen Fr. 200.-- sowie die Kosten des Konkursamtes ebenfalls sicherzustellen sind, was mit einer Bestätigung des Konkursamtes innert der Beschwerdefrist zu belegen ist (act. 8). Die Beschwerdefrist lief am 17. März 2014 ab (act. 7/14, Art. 142 ZPO). Die erst am 18. März 2014 beim Konkursamt erfolgte Sicherstellung der gesamten noch offenen Kosten erfolgte damit verspätet (act. 12-13/1). Die Schuldnerin äussert sich mit keinem Wort dazu, dass bzw. weshalb sie die rechtzeitige Sicherstellung versäumt hat. Somit wird kein Grund dargelegt, welcher eine Wiederherstellung der verpassten Frist im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG rechtfertigen könnte. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind demnach trotz Bezahlung der Forderung vor Konkurseröffnung nicht erfüllt. Daran ändert nichts, dass die Schuldnerin die Verfügung vom 13. März 2014 erst am 17. März 2014 und damit am letzten Tag der Frist entgegennahm (act. 9/1). Namentlich vermochte sie dadurch die Frist zum Nachweis der vollständigen Tilgung nicht zu verlängern.

Da sich innerhalb der Beschwerdefrist kein Konkurshinderungsgrund verwirklicht hat, erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, ohne dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen wäre. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung erteilt, weshalb der Konkurs neu zu eröffnen ist.

5. 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 **24. März 2014, 15.45 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, 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. S. Bohli Roth

versandt am: