

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160213-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

Urteil vom 15. November 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. November 2016 (EK161675)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 2. November 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend Vorinstanz) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) den Konkurs (act. 3 = act. 6/6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses. Zur Begründung führt sie aus, sie habe die Konkursforderung bereits am 31. Oktober 2016 getilgt (act. 2). Mit Verfügung vom 8. November 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes sowie des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sicherzustellen sind. Zudem wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten des Beschwerdeverfahrens angesetzt (act. 7). Mit Eingabe vom 11. November 2016 belegte die Schuldnerin, dass die Kosten des Konkursverfahrens sowie des erstinstanzlichen Verfahrens beim Konkursamt Aussersihl-Zürich sichergestellt wurden (act. 12/2). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde ebenfalls fristgerecht geleistet (act. 12/1; act 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers 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.

Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. 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 Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des

Konkursamtes) erst nach der Konkureröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79), obwohl die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes zur Schuldentilgung gehört.

Die Schuldnerin reichte im Beschwerdeverfahren ein Schreiben der Gläubigerin vom 31. Oktober 2016 ein, worin diese dem Betreibungsamt sowie der Vorinstanz bestätigte, die Schuldnerin habe ihr einen Betrag von Fr. 1'394.65 überwiesen und ihre Forderung sei damit bezahlt (act. 4/1-2). Mit dieser Zahlung wurde die Konkursforderung (Fr. 1'166.40) samt Zins (5% seit 1. Juni 2016 = Fr. 24.60) und Betreuungskosten (Fr. 154.60) bereits vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 2. November 2016 getilgt. Ausserdem stellte die Schuldnerin während laufender Beschwerdefrist die Kosten des Konkursverfahrens und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten beim Konkursamt sicher (act. 12/2). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt.

3. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Die Mitteilung durch die Gläubigerin ging erst am 3. November 2016 und damit einen Tag nach Konkureröffnung beim Konkursgericht ein (act. 6/8). Auch wenn die Bezahlung einige Tage vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich die Schuldnerin nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wäre. Vielmehr war es an ihr, selber auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen. Überdies hätten für eine Abweisung des Konkursbegehrens auch die Kosten des Konkursgerichts sichergestellt sein müssen. Darauf hatte die Vorinstanz bereits in ihrer Vorladung hingewiesen (act. 4/1 Ziff. 5). Indem die Schuldnerin die erfolgte Zahlung an die Gläubigerin der Vorinstanz nicht rechtzeitig zur Kenntnis brachte und es versäumte, die erstinstanzlichen Gerichtskosten rechtzeitig vor dem Konkursverhandlungstermin zu begleichen, hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkureröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die

Entscheidgebür für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. November 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebür wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebür von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (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 4, 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. Kröger

versandt am:
15. November 2016