

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160233-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 13. Dezember 2016

in Sachen

A._____ Gastro GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 1. Dezember 2016 (EK161858)

Erwägungen:

I.

Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Dezember 2016 wurde nach vorangegangener Betreuung auf Begehren der Gläubigerin über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3 und 5). Mit Eingabe an das Obergericht vom 8. Dezember 2016 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde und beantragte sinngemäss, die Konkursöffnung aufzuheben. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Schuld am 28. November 2016 beim Betreibungsamt Zürich 1 getilgt zu haben (act. 2 und 4/2).

Mit Verfügung vom 9. Dezember 2016 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–10). Die Schuldnerin bevorschusste die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens mit Fr. 750.– (act. 10).

II.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 SchKG).

Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von der allgemeinen zivilprozessualen Regel ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

2. Die Schuldnerin belegt mit einer Quittung des Betreibungsamtes Zürich 1, dass sie bei diesem die Konkursforderung einschliesslich Zins und Betreuungskosten 3 Tage vor der Konkurseröffnung bezahlt hat (act. 4/2; vgl. Art. 12 SchKG). Mit einer Bestätigung des Konkursamtes Zürich (Altstadt) vom 6. Dezember 2016 belegt sie sodann, dass sie während der Beschwerdefrist und damit nach der Konkurseröffnung auch noch für die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des eröffneten Konkursverfahrens Sicherheit geleistet hat (act. 4/3).

Die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet, gehört (jedenfalls soweit der Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat) zur Schuldtilgung (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Der von der Schuldnerin im Beschwerdeverfahren neu geltend gemachte Konkursverhinderungsgrund der Schuldtilgung hat sich somit zum Teil erst nach der Konkurseröffnung verwirklicht. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG wäre deshalb grundsätzlich die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen. Nach der Praxis der Kammer bleibt jedoch der Umstand, dass die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, bei dieser Konstellation unberücksichtigt, sofern die Schuldtilgung im Übrigen ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit wird in diesem Fall abgesehen (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014, PS150137 vom 20. August 2015, PS160210 vom 9. November 2016).

Somit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Konkurseröffnung aufzuheben.

3. Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen. Sie hat die Verfahren dadurch veranlasst, dass sie die in Betreuung gesetzte Forderung erst nach dem Konkursbegehren tilgte, dem Konkursgericht die Tilgung nicht nachwies und auch die Kosten des Konkursgerichtes nicht rechtzeitig vor der Konkursverhandlung sicherstellte.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Dezember 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– 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 auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich (Altstadt), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: