

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120224-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 28. November 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. November 2012 (EK120379)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 20. November 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf für eine Forderung von Fr. 28'648.80 nebst Zins zu 5% seit 30. September 2011 und Fr. 28'000.-- nebst Zins zu 5% seit 31. Dezember 2011 zuzüglich Fr. 100.-- Inkasso- und Fr. 50.-- Mahnkosten sowie Fr. 215.-- Betreuungskosten abzüglich Teilzahlungen von Fr. 47'765.25 den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde, bei der Kammer am 23. November 2012 eingegangen, beantragte die Schuldnerin unter Beilage eines Schreibens der Gläubigerin vom 22. November 2012 die Aufhebung des Konkursdekretes (act. 2 und 4). Ebenfalls am 23. November 2012 überbrachte sie eine ergänzende Eingabe samt verschiedenen Unterlagen (act. 8 und 9/1, /4 und /6-9). Darin ersuchte sie zusätzlich um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und machte Ausführungen zu ihrer Zahlungsfähigkeit. Schliesslich leistete sie gleichentags bei der Obergerichtskasse einen Barvorschuss von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren und stellte die Kosten des Konkursamtes sowie des erstinstanzlichen Verfahrens sicher (act. 10 und 12).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch 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. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Einreichen der Beschwerde legte die Schuldnerin ein Schreiben der Gläubigerin vom 22. November 2012 vor, wonach sie dieser mit Valuta vom

5. November 2012 Fr. 11'238.-- bezahlte (act. 4 = act. 9/6). Auf telefonische Nachfrage bestätigte die Gläubigerin, dass mit dieser Zahlung die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten beglichen ist (act. 11). Demnach bestand im Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Konkurshinderungsgrund der Tilgung. 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 Betreuungskosten auch die Kosten des konkursrichterlichen Verfahrens (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 172 N 3). Da die Schuldnerin der entsprechenden Aufforderung in der Anzeige zur Konkursverhandlung, die Gerichtskosten von Fr. 200.-- zu zahlen (act. 7/4), soweit ersichtlich vorerst nicht nachgekommen war und der Vorinstanz überdies das Vorliegen des Konkurshinderungsgrundes nicht rechtzeitig mitgeteilt hatte (act. 2), eröffnete diese den Konkurs dennoch zu Recht.

Inzwischen stellte die Schuldnerin wie dargelegt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Gerichtskosten sowie den Barvorschuss für das Beschwerdeverfahren sicher (act. 10 und 12). Ergibt sich, dass die Schuld einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten vor der Konkurseröffnung getilgt wurde, wird praxisgemäss von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, auch wenn der Schuldner die Kosten des Konkursgerichtes zusammen mit jenen des Konkursamtes erst nach der Konkurseröffnung – aber innert der Rechtsmittelfrist – sichergestellt hat.

Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache selbst wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

4. Die Kosten beider Instanzen sowie des Konkursamtes hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch ihre Säumnis das Verfahren verursacht hat. Es ist ihre Sache, das Konkursgericht über vorgenommene Zahlungen in Kenntnis zu setzen, liegt es doch in ihrem Interesse, durch die rechtzeitige Mitteilung an das Gericht die Eröffnung des Konkurses wenn möglich abzuwenden.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. November 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsbüher wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt B._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.-- (Fr. 1'800.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.-- 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 8, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt B._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt ..., 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: