

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130188-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 4. November 2013

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Oktober 2013 (EK131637)

Erwägungen:

1. Am 16. Oktober 2013 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 5). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 22. Oktober 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt (act. 7).
2. Das Konkursöffnungsbegehren vom 10. September 2013 ging am 12. September 2013 beim Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich ein (act. 6/1). Die Schuldnerin bezahlte dem Betreibungsamt Zürich ... die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung in zwei Teilraten, nämlich am 24. September 2013 und am 1. Oktober 2013 (act. 4/1-2 = act. 10/1-2). Selbst wenn das Betreibungsamt der Schuldnerin die Auskunft erteilt haben sollte, mit der Zahlung sei nun alles erledigt (vgl. act. 2 S. 2), lag es an der Schuldnerin, dem Konkursgericht mittels Urkunden (Quittungen) die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen. **Zudem** hätte die Schuldnerin auch die durch das Konkursöffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten im Betrag von Fr. 200.- auf der Konkursgerichtskanzlei bis zum Konkursöffnungstermin bar bezahlen müssen, worauf sie auf Seite 2 der Vorladungsverfügung unter der Rubrik "wichtige Hinweise" hingewiesen wurde (vgl. act. 6/5 bzw. act. 6/6 S. 2 Ziffer 5). **Beide** Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkursöffnung zu verhindern. Selbst bei Kenntnis der Forderungstilgung hätte demnach - mangels Leistung der Gerichtskosten - das Konkursgericht den Konkurs eröffnen müssen.
3. 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 Parteien können bei

der Beschwerdeinstanz neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

4. a) Mit der Beschwerdeschrift hatte die Schuldnerin dem Gericht die entsprechenden Zahlungsbelege für die Konkursforderung, Zinsen, Nebenforderung und Betreuungskosten eingereicht (act. 4/1-2 = act. 10/1-2). Eine vollständige Tilgung der Schuld im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG war damit aber noch nicht nachgewiesen. Das Gesetz verlangt, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt sein muss, wobei die "Kosten" auch die Kosten des Konkursamtes und jene der Vorinstanz umfassen. Darauf wurde die Schuldnerin in der Verfügung vom 22. Oktober 2013 hingewiesen (act. 7).

Das vorinstanzliche Urteil vom 16. Oktober 2013 wurde der Schuldnerin am 17. Oktober 2013 zugestellt (act. 6/11). Die Beschwerdefrist lief demnach am Montag, 28. Oktober 2013 ab. Mit Poststempel vom 28. Oktober 2013 reichte A._____ rechtzeitig die Bescheinigung des Konkursamtes ...-Zürich über die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz ein (act. 10/2). Die Schuldnerin konnte somit die vollständige Zahlung der Schuld nachweisen. Ferner hat die Schuldnerin rechtzeitig einen Barvorschuss von Fr. 750.- für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 13 i.V.m. act. 7 und 8/1).

5. a) Es wurde eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 16. Oktober 2013 eingetreten ist. Praxisgemäss ist in solchen Fällen von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG abzusehen.

b) Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Die Beschwerde erweist sich als begründet.
6. a) Die Schuldnerin beantragte, die Verfahrenskosten seien der Gläubigerin aufzuerlegen, da diese bzw. das Betreibungsamt das Konkursbegehren

nicht zurückgezogen habe (act. 9 S. 2). Wie bereits erwähnt, war es nicht Aufgabe des Betreibungsamtes, das Konkursgericht über den Zahlungseingang zu informieren. Zudem hätte das Amt das Konkursbegehren der Gläubigerin nicht zurückziehen können. Die Gläubigerin war nicht verpflichtet, aufgrund der Schuldentilgung ihr Konkurseröffnungsbegehren zurückzuziehen. Sie hatte im Hinblick auf die Auflage der Verfahrenskosten gute Gründe, dies zu unterlassen. Im Falle eines Rückzuges des Konkursbegehrens wird nämlich, wenn der Schuldner die Verfahrenskosten nicht bezahlt hat, der Gläubiger für die bis anhin entstandenen Kosten des Konkurseröffnungsverfahrens kostenpflichtig (vgl. Vorladungsverfügung S. 2, "Wichtige Hinweise" Ziffer 7, act. 6/5 bzw. act. 6/6).

b) Die Kosten beider Instanzen hat deshalb die Schuldnerin zu tragen. Sie hat durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Oktober 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt ...-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.- (Fr. 700.- 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 auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ..., 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: