

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170026-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 17. Februar 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 10. Januar 2017 (EK160253)

Erwägungen:

I.

Mit Urteil vom 10. Januar 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster auf Begehren der Gläubigerin nach vorangegangener Betreuung über die Schuldnerin den Konkurs (act. 3 und 6). Es erwog, die Schuldnerin habe der Gerichtskasse (zwar) die Gerichtskosten von Fr. 250.– überwiesen, aber den Nachweis der Schuldtilgung nicht erbracht; es lägen keine den Konkurs hindernden Gründe vor. Mit Eingabe an das Obergericht vom 6. Februar 2017 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss, die Konkursöffnung aufzuheben, und macht im Wesentlichen geltend, ihre Schuld am 20. Dezember 2016 beim Betreibungsamt Uster getilgt zu haben (act. 2; vgl. act. 8).

Mit Verfügung vom 7. Februar 2017 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7). Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens liess die Schuldnerin mit Fr. 750.– bevorschussen (act. 11; vgl. act. 9).

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 legt im Beschwerdeverfahren neu eine Quittung des Betreibungsamtes Uster vor, wonach sie bei diesem am 20. Dezember 2016, das heisst vor der Konkurseröffnung, die Konkursforderung einschliesslich Zins und Betriebskosten bezahlt hat (act. 5/6; vgl. act. 8 und Art. 12 SchKG). Mit einer Bestätigung des Konkursamtes Uster vom 2. Februar 2017 belegt sie sodann, dass sie diesem während der Beschwerdefrist und damit nach der Konkurseröffnung einen die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich der Kosten des Bezirksgerichtes (Fr. 450.–) deckenden Kostenvorschuss von Fr. 550.– geleistet hat (act. 5/7). Der Kasse des Konkursgerichtes hatte sie, wie die Vorinstanz festgehalten hat, schon mit Valuta vom 20. Dezember 2016 einen Kostenvorschuss von Fr. 250.– geleistet (vgl. act. 7/3).

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 Konkurshinderungsgrund 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 Konkursamtes und des Konkursgerichtes 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).

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

4. Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen, denn sie hat die Verfahren veranlasst, indem sie die in Betreuung gesetzte Forderung erst nach Stellung des Konkursbegehrens getilgt und dem Konkursgericht die Tilgung nicht nachgewiesen hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 10. Januar 2017, 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. 450.– wird bestätigt und ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'350.– (Fr. 550.– Zahlung der Schuldnerin, Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses und Fr. 250.– von der Schuldnerin dem Konkursgericht geleisteter Barvorschuss) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, 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: