
Datum: 03.01.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 W 268/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0103.2W268.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 19 T 125/99
Schlagworte: Nachweis der Forderung des Gläubigers im Eröffnungsverfahren
Normen: KO §§ 105, 107, 108

Leitsätze:

Wenn der Konkursgrund (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) unabhängig davon gegeben ist, ob die Forderung des Antragstellers gegen den Gemeinschuldner besteht, setzt die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht voraus, daß der Richter vom Bestehen dieser Forderung überzeugt ist. Dann genügt zur Eröffnung des Konkursverfahrens - neben der Überzeugung des Richters vom Vorliegen des Konkursgrundes - vielmehr, daß diese Forderung glaubhaft gemacht ist (Abgrenzung zu Senat, ZIP 1989, 789 f).

Rechtskraft: unanfechtbar

Tenor:

Auf die sofortige weitere Beschwerde der Antragstellerin vom 29. November 1999 wird der Beschluß der 19. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 12. November 1999 - 12 T 125/99 - geändert und wie folgt neu gefaßt: Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin vom 22. September 1999 gegen den Beschluß des Amtsgerichts Köln vom 14. September 1999 - 73 N 262/98 - wird zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens der Erstbeschwerde zum Landgericht und der weiteren Beschwerde zum Oberlandesgericht hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 22. Juli 1998, der am 24. Juli 1998 bei Gericht eingegangen ist, beantragt, den Konkurs über das Vermögen der Antragsgegnerin zu eröffnen. Durch Beschluß vom 8. Oktober 1998 - 73 N 262/98 - hat das Amtsgericht Köln diesen Antrag mit der Begründung als unzulässig zurückgewiesen, daß der Antragstellerin das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehle. Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 27. Oktober 1998 hat das Landgericht Köln durch Beschluß vom 26. Januar 1999 - 19 T 283/98 - den Beschluß des Amtsgerichts vom 8. Oktober 1998 aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung über den Konkursantrag an das Amtsgericht zurückverwiesen. Die gegen diesen Beschluß des Landgerichts gerichtete sofortige weitere Beschwerde der Antragsgegnerin vom 11. Februar 1999 hat der Senat durch Beschluß vom 25. März 1999 - 2 W 41/99 - als unzulässig verworfen.

Mit Beschluß vom 4. Mai 1999 hat das Amtsgericht den Beteiligten zu 3) beauftragt, ein schriftliches Gutachten darüber abzugeben, ob Tatsachen vorliegen, die den Schluß auf die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Antragsgegnerin ermöglichen, und ob eine die Verfahrenskosten deckende Masse vorhanden ist. In seinem Gutachten vom 26. August 1999 hat der Beteiligte zu 3) unter anderem ausgeführt, die Antragsgegnerin verfüge über keinerlei liquide bzw. liquidierbare Mittel, und angeregt, den Konkursantrag mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abzulehnen. Nachdem die Antragstellerin den im Beschluß des Amtsgerichts vom 26. August 1999 bezeichneten Massekostenvorschuß von DM 5.000,-- eingezahlt hatte, hat das Amtsgericht Köln durch Beschluß vom 14. September 1999 - 73 N 262/98 - das Konkursverfahren über das Vermögen der Antragsgegnerin eröffnet, weil diese zahlungsunfähig und überschuldet sei, und den Beteiligten zu 3) zum Konkursverwalter ernannt.

Gegen diesen ihren Verfahrensbevollmächtigten am 21. September 1999 zugestellten Eröffnungsbeschluß hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 22. September 1999, der bei dem Amtsgericht am 23. September 1999 eingegangen ist, sofortige Beschwerde eingelegt. Durch den angefochtenen Beschluß vom 12. November 1999 - 19 T 125/99 - hat das Landgericht auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin den Beschluß des Amtsgerichts vom 14. September 1999 aufgehoben und den Antrag der Antragstellerin vom 22. Juli 1998 auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Antragsgegnerin abgewiesen. Das Landgericht hat ausgeführt, anders als für die Zulassung des Konkursantrages reiche es zur Eröffnung des Konkursverfahrens nicht aus, daß der Konkursgrund überwiegend wahrscheinlich sei. Vielmehr müsse der Konkursgrund bei der Eröffnung zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen. Sei in diesem Zeitpunkt der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung nur gegeben, wenn (auch) die Forderung des Antragstellers bestehe, so müsse das Konkursgericht vom Bestehen dieser Forderung überzeugt sein, weil sich dann allein hierauf die Überzeugung vom Vorliegen des Konkursgrundes stützen könne. Vorliegend sei es zwar wahrscheinlich, daß der von der Antragstellerin geltend gemachte, ihrem Konkursantrag zugrunde gelegte Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von DM 2.120.000,-- bestehe; dies stehe aber derzeit nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts fest. Da die Antragsgegnerin die Forderung bestreite und das Verfahren der Konkurseröffnung als Eilverfahren nicht bestimmt und geeignet sei, rechtlich zweifelhafte oder bestrittene Forderungen zu klären, hänge das Bestehen eines Konkursgrundes vom Ausgang des - bei dem Landgericht Köln unter dem Aktenzeichen 2 O 262/99 - anhängigen Rechtsstreits wegen des von der Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin erhobenen Anspruchs auf Schadensersatz ab. Somit seien

derzeit die Voraussetzungen für die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Antragsgegnerin nicht erfüllt.

Gegen diesen ihren Verfahrensbevollmächtigten am 19. November 1999 zugestellten Beschluß des Landgerichts wendet sich die Antragstellerin mit der am 30. November 1999 bei dem Landgericht eingegangenen sofortigen weiteren Beschwerde, deren Zurückweisung die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 17. Dezember 1999 beantragt. 6

II. 7

Die weitere Beschwerde ist zulässig und begründet. Das Amtsgericht hat zu Recht das Konkursverfahren über das Vermögen der Antragsgegnerin eröffnet. 8

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. Da der Konkursantrag der Antragstellerin im Juli 1998 gestellt worden ist, sind im vorliegenden Verfahren gemäß Art. 103 Satz 1 EGVsO auch nach dem 1. Januar 1999 die bisherigen Bestimmungen der Konkursordnung anzuwenden. Die weitere Beschwerde ist daher gemäß § 73 Abs. 3 KO statthaft. Sie ist in rechter Frist (§§ 73 Abs. 3 KO, 577 Abs. 2 ZPO (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, § 73, Rdn. 10, 10 a) eingelegt worden. Die Voraussetzungen des auch im Verfahren nach § 73 Abs. 3 KO anzuwendenden § 568 Abs. 2 Satz 2 ZPO (vgl. Senat, ZIP 1989, 789 [790]; Senat, ZIP 1995, 1832 ff; Senat, ZIP 1995, 1835 f; OLG Hamm, ZIP 1980, 258; OLG Stuttgart, NZI 1999, 491; Kilger/Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl. 1997, § 73, Anm. 4 b; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O., § 73, Rdn. 10 e) sind vorliegend erfüllt: Die Antragstellerin wird durch den angefochtenen Beschluß vom 12. November 1999 neu und selbständig beschwert, weil das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts vom 22. September 1999 aufgehoben und den Antrag der Antragstellerin vom 22. Juli 1998 auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Antragsgegnerin abgewiesen hat. 9 10

1. Die weitere Beschwerde ist auch begründet. Das Landgericht hat das Vorliegen eines Konkursgrundes zu Unrecht verneint. Der Eröffnungsbeschluß ergeht, wenn der Konkursantrag zulässig sowie ein Eröffnungsgrund gegeben ist und kein Grund für die Abweisung des Antrages nach § 107 KO vorhanden ist (vgl. Kilger/Karsten Schmidt, a.a.O., § 108, Vorbem. vor Anm. 1). Diese Voraussetzungen der Eröffnung des Konkursverfahrens sind vorliegend erfüllt. 11 12

a. Im hier gegebenen Fall einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist Konkursgrund nach § 63 Abs. 1 GmbHG sowohl die Überschuldung als auch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. 13 14

Daß und warum im Streitfall der Konkursgrund der Überschuldung nicht auf die von der Antragstellerin geltend gemachte Forderung gestützt werden kann, hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend dargelegt. Während der Antrag eines Konkursgläubigers auf Eröffnung des Konkursverfahrens gemäß § 105 Abs. 1 KO schon dann zuzulassen ist, wenn die Forderung des Gläubigers und der Konkursgrund glaubhaft gemacht sind (vgl. Senat, ZIP 1988, 664; OLG Frankfurt, KTS 1983, 148; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl. 1973, § 105, Rdn. 1; Kilger/Karsten Schmidt, a.a.O., § 105, Anm. 1; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O., § 105, Rdn. 3; Pape, NJW 1993, 297 [298]), setzt die Eröffnung des 15

Konkursverfahrens voraus, daß der Konkursgrund zur Überzeugung des Gerichts feststeht (vgl. Senat, ZIP 1989, 789 [790]; OLG Frankfurt, KTS 1983, 148; OLG Hamm, ZIP 1980, 258 [259]; LG Tübingen, KTS 1961, 158 [159]; Kilger/Karsten Schmidt, a.a.O., § 105, Anm. 4 a; Pape, NJW 1993, 297 [298]). Auch in diesem Stadium des Verfahrens braucht zwar der Richter regelmäßig nicht vom Bestehen der Forderung des Gläubigers überzeugt zu sein. Wie bei der Vorprüfung der Zulassung des Konkursantrages genügt auch bei der Hauptprüfung, ob das Verfahren zu eröffnen ist, grundsätzlich, daß die Forderung des Antragstellers glaubhaft gemacht ist (vgl. OLG Hamm, ZIP 1980, 258 [259]; Jaeger/Weber, a.a.O., § 105, Rdn. 2; Pape, NJW 1993, 297 [299]). Dies reicht indes dann nicht mehr aus, wenn die dem Konkursantrag des Gläubigers zugrunde liegende Forderung die einzige ist, aus der sich für den Fall ihres Bestehens der Konkursgrund ergeben würde. Das Konkursgericht muß dann bei der Eröffnung des Konkursverfahrens vom Bestehen dieser Forderung überzeugt sein, weil davon die - erforderliche - Überzeugung vom Konkursgrund abhängt (vgl. BGH ZIP 1992, 947; Senat, ZIP 1988, 664 [665]; Senat, ZIP 1989, 789 [790]; OLG Frankfurt, KTS 1973, 140 [141]; OLG Hamm, OLGZ 1971, 64 [65]; OLG Hamm, ZIP 1980, 258 [259]; AG Düsseldorf, KTS 1988, 177 [178]; Jaeger/Weber, a.a.O.; Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O., § 105, Rdn. 3 f). Diese Überzeugung hat das Landgericht nicht gewinnen können; der Senat schließt sich dieser Beurteilung an. Die Antragsgegnerin bestreitet die Forderung unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen in dem zwischen ihr und der Antragstellerin anhängigen Rechtsstreit (Verfahren zur Hauptsache, 2 O 262/99, Landgericht Köln), der durch den Eröffnungsbeschluß des Amtsgerichts vom 14. September 1999 gemäß § 240 ZPO unterbrochen ist, und eine Klärung dieser Streitfrage ist dem Erkenntnisverfahren vorbehalten. Der dagegen mit der weiteren Beschwerde vorgebrachte Einwand der Antragstellerin, bei der hier gegebenen Sachlage müsse - wie sich aus Rechtsprechung und Schrifttum ergebe - die Überzeugung vom Bestand der Forderung des Antragstellers bei dem Konkursgericht bestehen, so daß es auf eine abweichende Beurteilung durch das Beschwerdegericht nicht ankommen könne und zur Bestätigung des Eröffnungsbeschlusses genügen müsse, daß - wie hier ausweislich des Eröffnungsbeschlusses geschehen - das Amtsgericht diese Überzeugung gewonnen habe, geht fehl. Im Rechtsmittelverfahren nach § 73 Abs. 3 KO sind die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die sofortige Beschwerde und die sofortige weitere Beschwerde anzuwenden. Anzuwenden ist daher hier auch § 570 ZPO, so daß das Landgericht als das Gericht der Erstbeschwerde und das Oberlandesgericht als das Gericht der weiteren Beschwerde Tatsacheninstanzen sind (vgl. Baumbach/Lauterbach/ Albers, ZPO, 58. Aufl. 2000, Übersicht vor § 567, Rdn. 1 und § 570, Rdn. 2; Stein/Jonas/ Grunsky, ZPO, 21. Aufl. 1994, § 570, Rdn. 1; vgl. auch OLG Frankfurt, KTS 1973, 140; OLG Frankfurt, KTS 1983, 148 [149]; LG Itzehoe, KTS 1989, 730). Wenn das Rechtsmittel gegen einen Eröffnungsbeschluß zulässig ist, ist dieser Beschluß im Beschwerdeverfahren nach der Konkursordnung deshalb von dem Rechtsmittelgericht nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen, so daß die erforderliche Überzeugung vom Bestehen des Konkursgrundes und damit - sofern es dafür auf das Bestehen der Forderung des Antragstellers ankommt - auch vom Bestehen dieser Forderung bei dem Rechtsmittelrichter vorhanden sein muß, damit er die Eröffnung des Konkursverfahrens bestätigen kann.

Das Landgericht hat auch zutreffend dargelegt, daß und warum im Konkursverfahren der Streit zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs der Antragstellerin nicht geklärt werden kann. Zwar gilt im Konkurs(eröffnungs)verfahren nach § 75 KO der Grundsatz der Amtsermittlung. Indes ist - abgesehen davon, daß das Konkurseröffnungsverfahren als Eilverfahren nicht bestimmt und geeignet ist, Beweis zur Klärung der Frage des Bestehens bestrittener Ansprüche zu erheben

(vgl. Senat, ZIP 1989, 789 [790]; AG Düsseldorf, KTS 1988, 177 [178]; Kuhn/ Uhlenbruck, a.a.O., § 105, Rdn. 3 f), - das Konkursverfahren ein Verfahren der Zwangsvollstreckung (Gesamtvollstreckung), während die Klärung des Streits über das Bestehen materiell-rechtlicher Ansprüche dem Erkenntnisverfahren vorbehalten ist (vgl. Senat, ZIP 1989, 789 [790]; Baur, JZ 1961, 209 [211]). Nicht nur, wenn eine Beweisaufnahme erforderlich wäre, sondern auch wenn die rechtliche Beurteilung der Schlüssigkeit des Vorbringens des Gläubigers oder der Erheblichkeit des Bestreitens des Schuldners nicht eindeutig ausfällt, müssen das Konkursgericht und die ihm im Rechtsmittelzug nachgeordneten Beschwerdeinstanzen die Klärung dem ordentlichen Prozeßverfahren überlassen (vgl. BGH ZIP 1992, 947; Senat, ZIP 1989, 789 [790]; OLG Frankfurt, KTS 1983, 148 [149]; AG Düsseldorf, KTS 1988, 177 [178]; Gerhardt, EWiR § 102 KO 1/89, 701 [702 unter 3.]; vgl. auch Pape, NJW 1993, 297 [300], der ein qualifiziertes Bestreiten des Schuldners als erforderlich ansieht). So liegt es hier. Mit dem rechtskräftigen Urteil des Landgerichts Köln vom 25. März 1999 - 2 O 343/98 - steht die ihm zugrunde liegende behauptete Forderung der Antragstellerin nicht rechtskräftig fest, weil dieses Urteil im Arrestverfahren ergangen ist. Da es für den Erlaß eines dinglichen Arrestes erforderlich, aber auch ausreichend ist, daß - neben dem Arrestgrund - der Arrestanspruch glaubhaft gemacht wird (§ 920 Abs. 2 ZPO), daß also das erkennende Gericht das Bestehen dieses Anspruchs als überwiegend wahrscheinlich ansieht, ergibt sich aus diesem Urteil nur eine zur Feststellung des Konkursgrundes nicht ausreichende überwiegende Wahrscheinlichkeit, nicht aber die erforderliche Gewißheit, daß der Anspruch der Antragstellerin besteht.

- a. Dies - und die Frage, ob eine Überschuldung der Antragsgegnerin auch

ohne Berücksichtigung der streitigen Forderung der Antragstellerin zu bejahen ist, -

bedarf hier indes keiner Vertiefung, weil jedenfalls der Konkursgrund

der Zahlungsunfähigkeit (§ 63 Abs. 1 GmbH) der Antragsgegnerin gegeben ist, ohne daß

es dafür auf das Bestehen der im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Forderung

der Antragstellerin ankommt. Die Begründung des angefochtenen Beschlusses des

Landgerichts, die lediglich darauf abstellt, daß die geltend gemachte Forderung der

Antragstellerin nicht zur vollen Überzeugung des Konkursgerichts feststehe, ist deshalb nicht

geeignet, die Aufhebung des Beschlusses des Amtsgerichts vom 14. September 1999 und

die Ablehnung des Konkursantrages der Antragstellerin zu tragen. Damit, ob der - von dem

Amtsgericht bejahte - Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit hier unabhängig vom Bestehen

der Forderung der Antragstellerin gegeben ist, weil die Antragsgegnerin sich auch zur

Erfüllung anderer, nicht bestrittener oder nicht bestreitbarer Forderungen nicht in der Lage

sieht, hat sich das Landgericht ausweislich der Gründe des Beschlusses vom 12. November

1999 nicht befaßt.

17

18

19
- Der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit (§§ 102 KO, 63 Abs. 1 GmbHG) liegt vor,

wenn der Schuldner aus Mangel an Zahlungsmitteln voraussichtlich dauernd nicht in der

Lage ist, seine fälligen, sofort zu erfüllenden Geldverbindlichkeiten zu begleichen (vgl. BGH

NJW 1985, 1785; BGH NJW 1992, 624; Kilger/Karsten Schmidt, a.a.O., § 30, Anm. 5 und §

102, Anm. 2 a; Kuhn/ Uhlenbruck, a.a.O., § 102, Rdn. 2; Karsten Schmidt in: Scholz,

GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 63, Rdn. 6). Diese Voraussetzung ist hier ausweislich der

Feststellungen im Gutachten des Beteiligten zu 3) vom 26. August 1999 und der von ihm

mitgeteilten Anmeldungen zur Konkurstabelle, auf die sich die Antragstellerin im

Rechtsmittelverfahren berufen und zu denen die Antragsgegnerin Stellung genommen hat,

erfüllt.

20

Wie in dem Gutachten vom 26. August 1998 im Anschluß auch an die Angaben im Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin vom 12. August 1998 an den Gutachter festgestellt ist, verfügt die Antragsgegnerin über keinerlei liquide oder liquidierbare Mittel, so daß sie nicht in der Lage ist, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die einzigen insoweit in Betracht kommenden Mittel, nämlich das Guthaben bei der Postbank Köln - per Saldo vom 30. Juni 1999 - in Höhe von DM 2.524,19 steht zur Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten der Antragsgegnerin nicht zur Verfügung, weil das Guthaben gepfändet ist, würde aber zudem auch nicht ausreichen, um die nachstehend bezeichneten Verbindlichkeiten zu decken. Die von der Antragsgegnerin behaupteten Ansprüche gegen ihre Geschäftsführerin, Frau Loos, und gegen die F. AG, eine Gesellschaft mit Sitz in Liechtenstein, sind unabhängig von den im Gutachten vom 26. August 1998 bei der Erörterung der Frage der Überschuldung dargelegten Bedenken, die den Gutachter veranlaßt haben, sie als wertlos einzustufen, jedenfalls nicht geeignet, die Feststellung des Gutachters zu entkräften, daß die Antragsgegnerin nicht liquide ist. Zwar sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit auch Refinanzierungsmöglichkeiten und die Möglichkeit zu berücksichtigen, vorhandenes Aktivvermögen für die Begleichung von Verbindlichkeiten flüssig zu machen (vgl. Karsten Schmidt in: Scholz, a.a.O., § 63, Rdn. 6 mit weit. Nachw.). Davon, daß ein Dritter bereit wäre, für den Erwerb der behaupteten Forderungen gegen die F. AG und die Geschäftsführerin der Antragsgegnerin einen nennenswerten Betrag zu zahlen, kann angesichts der jedenfalls ungeklärten Fragen der Verität der genannten Forderungen und der Bonität ihrer Schuldner nicht ausgegangen werden. Daß sie über liquide Mittel zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten verfügen würde, hat die Antragsgegnerin nicht dargetan. Die Ankündigung im Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 20. Dezember 1999, nach Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Beschlusses des Landgerichts Zahlungen an bestimmte Gläubiger leisten zu wollen, zeigt nicht auf, daß die Antragsgegnerin entgegen den Feststellungen des Gutachters über liquide Mittel verfügt, um diese erklärte Absicht in die Tat umzusetzen. Die in demselben Schriftsatz behauptete Absicht der - dort als Muttergesellschaft der Antragsgegnerin bezeichneten - F. AG, der Antragsgegnerin Geldmittel zur Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebes zur Verfügung zu stellen, ist durch nichts belegt und bereits deshalb nicht geeignet, Zweifel an der von dem Gutachter festgestellten Illiquidität der Antragsgegnerin zu begründen. Dies gilt um so mehr, als die Muttergesellschaft jedenfalls bislang - auch in dem Zeitraum von mehr als einem Jahr zwischen der Zustellung des Konkursantrages an die Antragsgegnerin und der Eröffnung des Konkursverfahrens - ersichtlich keine Anstalten gemacht hat, der Antragsgegnerin die zur Begleichung der nachstehend bezeichneten Verbindlichkeiten erforderlichen Mittel zu überlassen, obwohl die Möglichkeit einer Eröffnung des Konkursverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit der Antragsgegnerin nicht von der Hand zu weisen war. Die jetzt angeblich gegebene Absicht, der Antragsgegnerin liquide Mittel zur Verfügung zu stellen, kommt daher kein wirtschaftliches Gewicht zu; sie ist nicht geeignet, die gegebene Illiquidität der Antragsgegnerin aufzuheben.

Aufgrund ihrer fehlenden Liquidität ist die Antragsgegnerin ausweislich des Inhalts der Akten auch dann, wenn man den behaupteten Anspruch der Antragstellerin außer Betracht läßt, nicht in der Lage, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dabei können, wie die Antragsgegnerin zu Recht einwendet, allerdings diejenigen Verbindlichkeiten, die erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens durch den Beschluß des Amtsgerichts vom 14. September 1999 fällig geworden sind, nicht berücksichtigt werden, weil es der Antragsgegnerin - unabhängig von der Frage ihrer Zahlungsfähigkeit - jedenfalls durch diesen Beschluß gemäß § 6 Abs. 1 KO verwehrt war, über ihr Vermögen zu verfügen und (noch) Zahlungen zu leisten. Aus den im Rechtsmittelverfahren von der Antragstellerin in Bezug genommenen Anmeldungen zur Konkurstabelle ergibt sich indes, daß die Antragsgegnerin

auch vor der Eröffnung des Konkursverfahrens fällig gewordene - und vollstreckbare - Verbindlichkeiten nicht beglichen hat, was nur durch ihre vom Gutachter festgestellte Illiquidität zu erklären ist.

Von der Stadt Köln sind mit Schreiben vom 9. November 1999 öffentlich-rechtliche Forderungen, nämlich Ansprüche auf Zahlung von Gewerbesteuer für das Jahr 1996 und auf Zinsen hierauf in Höhe von insgesamt DM 18.033,-- angemeldet, worden, die sämtlich noch im Jahre 1998, nämlich teilweise am 13. Juli 1998 und im übrigen am 28. September 1998 fällig geworden sind. Daß diese Ansprüche entstanden sind, wird durch die Anmeldung der Stadthauptkasse vom 9. November 1999 bewiesen und auch von der Antragsgegnerin nicht in Abrede gestellt. Ihr Einwand, diese Ansprüche seien längst - durch Zahlung an den Vollstreckungsbeamten - erfüllt worden, steht im Widerspruch zu der Urkunde vom 9. November 1999 und ist zudem weder näher substantiiert noch belegt. 23

Ausweislich einer weiteren Anmeldung der Stadthauptkasse vom selben Tage stehen der Stadt Köln gegen die Antragsgegnerin darüber hinaus Ansprüche auf Erstattung der Kosten eines zwischen der Stadt Köln und der Antragsgegnerin geführten Rechtsstreits, nämlich des Verfahrens 5 O 85/96, Landgericht Köln, in Höhe von (noch) DM 28.439,81 zu. Dieser Kostenerstattungsanspruch ist - mit dem Kostenfestsetzungsbeschuß des Landgerichts vom 20. Februar 1998 - titulierte und spätestens seit dem Tage des Erlasses dieses Festsetzungsbeschlusses fällig. Auf die festgesetzten Kosten von DM 42.175,52 hat die Antragsgegnerin bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens indes nur (DM 42.175,52 - DM 28.226,54 =) DM 13.948,58, mithin weniger als ein Drittel gezahlt, so daß auch der titulierte Kostenerstattungsanspruch im wesentlichen unbeglichen geblieben ist, was mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nur durch das von dem Gutachter festgestellte Fehlen liquider Mittel erklärt werden kann. 24

Tituliert - durch den Kostenfestsetzungsbeschuß des Landgerichts Köln vom 3. September 1999 (2 O 343/98) - ist auch ein Anspruch der Antragstellerin auf Erstattung der Kosten des Arrestverfahrens in Höhe von DM 7.241,-- nebst Zinsen. Auch dieser Anspruch ist noch vor der Eröffnung des Konkursverfahrens am 14. September 1999 fällig geworden. Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch entsteht aufschiebend bedingt mit der Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses, auflösend bedingt mit dem Erlaß der Kostengrundentscheidung des Gerichts und endgültig und unbedingt mit dem Eintritt der Rechtskraft dieser Kostengrundentscheidung (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 21. Aufl. 1999, vor § 91, Rdn. 10 mit weit. Nachw.). Bei Erlaß des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 3. September 1999 war das ihm zugrunde liegende Urteil des Landgerichts Köln vom 25. März 1999 bereits rechtskräftig, der Kostenerstattungsanspruch der Antragstellerin also bereits unbedingt entstanden. Fällig geworden ist er spätestens am 9. September 1999 mit der Zustellung des Kostenfestsetzungsbeschlusses an die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin, also noch vor Konkurseröffnung. Die Wartefrist des § 798 ZPO berührt nicht die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs, sondern soll dem Schuldner Gelegenheit geben, den fälligen und titulierten Anspruch noch vor der möglichen Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen zu erfüllen. 25

Anhaltspunkte dafür, daß die Antragstellerin andere fällige Ansprüche erfüllt hätte, sind weder dargetan noch - auch und gerade angesichts des Umstandes, daß ihr nach den Feststellungen des Gutachters jegliche liquiden Mittel fehlen - sonst ersichtlich. Da somit davon auszugehen ist, daß die Antragsgegnerin wegen nicht nur vorübergehenden Fehlens liquider Mittel nicht in der Lage ist, ihre fälligen und ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten zu erfüllen, ist unabhängig vom Bestehen des behaupteten Schadensersatzanspruchs der 26

Antragstellerin jedenfalls der Konkursgrund der Zahlungsunfähigkeit gegeben.

a. Auch die übrigen Voraussetzungen für die Eröffnung des Konkursverfah-	27
rens liegen vor. Der Eröffnungsantrag der Antragstellerin ist zulässig. Die	28
Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 KO sind erfüllt. Wie das Landgericht in dem	
angefochtenen Beschluß vom 12. November 1999 im Anschluß an seine Entscheidung vom	
26. Januar 1999 - 19 T 283/98 - zutreffend dargelegt hat, ist das Bestehen des	
Schadensersatzanspruchs der Antragstellerin, auf den diese ihren Konkursantrag gestützt	
hat, jedenfalls überwiegend wahrscheinlich. Dieser Anspruch ist damit glaubhaft gemacht.	
Die Antragstellerin hat gegen die Antragsgegnerin wegen dieses Anspruchs, eines Anspruchs	
auf Zahlung von DM 2.120.000,--, das vorstehend bezeichnete, rechtskräftige Arresturteil des	
Landgerichts Köln vom 25. März 1999 - 2 O 343/98 - erwirkt. Der Erlaß eines dinglichen	
Arrests setzt voraus, daß - neben dem Arrestgrund - auch der Arrestanspruch, also der mit	
dem Arrest zu sichernde materielle Anspruch, glaubhaft gemacht ist (§ 920 Abs. 2 ZPO). Dies	
hat das Landgericht in dem rechtskräftigen Urteil vom 25. März 1999 bejaht und sich dabei	
auf eine eidesstattliche Versicherung eines Mitarbeiters der Antragstellerin vom 9. Juli 1998	
gestützt, die gemäß § 294 Abs. 1 ZPO ein taugliches Mittel der Glaubhaftmachung ist. Durch	
die Darlegung der Motive, aus denen die Antragsgegnerin gegen das Urteil vom 25. März	
1999 nicht angefochten haben will, wird die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Bestehens	
der darin bezeichneten, dem Arrest zugrunde liegenden Forderung nicht entkräftet, so daß	
die Forderung der Antragstellerin als der Gläubigerin im Sinne von § 105 Abs. 1 KO	
hinreichend glaubhaft gemacht ist. Die Antragstellerin hat auch aus den zutreffenden und	
fortbestehenden Gründen des - rechtskräftigen - Beschlusses der Beschwerdekammer des	
Landgerichts Köln vom 26. Januar 1999 - 19 T 283/98 - das erforderliche	
Rechtsschutzinteresse für den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens.	
Ein Grund für die Ablehnung des Konkursantrages gemäß § 107 Abs. 1 KO ist nicht	29
gegeben. Zwar ist nach den Feststellungen im Gutachten vom 26. August 1999 mangels	
liquider Mittel der Antragsgegnerin (auch) eine zur Deckung der Kosten des Verfahrens	
ausreichende Masse nicht vorhanden. Dies führt indes nicht zur Abweisung des Antrages	
nach § 107 Abs. 1 Satz 1 KO, weil die Antragstellerin den mit der Verfügung des Richters des	
Amtsgerichts vom 26. August 1999 im Anschluß an die Ausführungen des Gutachters	
angeforderten Kostenvorschuß von DM 5.000,-- eingezahlt hat, § 107 Abs. 1 Satz 2 KO.	
1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Eröffnungsbe-	30
schluß vom 14. September 1999 muß daher unter entsprechender Abänderung der mit	31
der weiteren Beschwerde angefochtenen Entscheidung des Landgerichts vom 12.	
November 1999 zurückgewiesen werden.	
Die Entscheidung über die Kosten der beiden Rechtsmittel beruht auf den §§ 91 Abs. 1,	32
97 Abs. 1 ZPO.	
Beschwerdewert : DM 10.000,-- (geschätzt nach den §§ 3 ZPO, 12 Abs. 1	33
GKG)	34
