

Rückzug des Konkursbegehrens

Der Rückzug des Konkursbegehrens ist kein Konkursabweisungsgrund im Sinne von Art. 172 SchKG, sondern ein Klagerückzug im Sinne von Art. 241 ZPO

Kosten des Konkursamtes

Wird der Konkurs aufgehoben, weil er vom Konkursgericht gar nicht hätte eröffnet werden dürfen, sind die Kosten des Konkursamtes nicht mehr adäquate Folge der Zahlungssäumnis des Schuldners

Erwägungen:

1. Am 17. August 2011 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet. Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragt sie die Aufhebung des Konkurses.

Die Akten des Konkursgerichts wurden beigezogen. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde bewilligt, nachdem die Schuldnerin ergänzende Unterlagen beigebracht hatte. Die Schuldnerin hat der Obergerichtskasse einen Barvorschuss von Fr. 750.-- bezahlt.

2. Die Beschwerde kann mit Tatsachen begründet werden, die sich vor der Konkurseröffnung ereigneten (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass das Konkursbegehren noch vor Konkurseröffnung zurückgezogen wurde. Das ist zwar kein Konkursabweisungsgrund nach Art. 172 SchKG, aber ein noch fundamentaleres Hindernis für die Eröffnung des Konkurses, nämlich ein Klagerückzug im Sinne von Art. 241 ZPO. Der Konkurs kann allerdings auch aufgehoben werden, wenn das Konkursbegehren erst *nach* der Konkurseröffnung, aber noch während der Beschwerdefrist zurückgezogen worden ist - dann muss der Schuldner aber nicht nur diesen Umstand nachweisen, sondern zusätzlich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen (Art. 174 Abs. 2 Einleitung und Ziff. 3 SchKG).

Im vorliegenden Fall zog die Gläubigerin ihr Konkursbegehren mit Schreiben vom 16., zur Post gegeben am 17. und beim Gericht eingegangen am 18. August 2011 zurück (act. 3/8). Wenn es darauf ankäme, wäre der Rückzug erst nach der

Konkurseröffnung erfolgt (denn dafür kommt es auf den Eingang beim Konkursgericht an), und es wäre zur Aufhebung des Konkurses die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen. Die Gläubigerin hat ihren Rückzug aber schon am 16. August 2011, also am Tage vor der Konkurseröffnung, per Fax an das Bezirksgericht geschickt, mit dem Vermerk "Fax; Original folgt per Post". Wegen eines internen Fehlers am Bezirksgericht gelangte dieser Fax nicht bis zur zuständigen Richterin. Eine Fax-Eingabe hat streng genommen keine prozessrechtlichen Wirkungen, sie gilt so viel oder so wenig wie eine telefonische Mitteilung. Nur: Unter den gegebenen Umständen hätte die Richterin den Fax nicht einfach unbeachtet gelassen, wenn er ihr vorgelegt worden wäre. Sie hätte entweder den Entscheid über den Konkurs informell bis zum Eingang des angekündigten Briefes ausgesetzt oder mit der Zustellung des Entscheides zugewartet oder allenfalls bei der Gläubigerin nachgefragt oder nachfragen lassen. Jedenfalls wäre es nicht zu der heute angefochtenen Konkurseröffnung gekommen. Damit ist diese aufzuheben, ohne dass Weiterungen hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erforderlich sind.

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet.

3. Die Kosten des Konkursgerichts hat die Schuldnerin zu tragen, da das Konkursbegehren durch die Zahlungssäumnis verursacht wurde und das Verfahren der Konkursrichterin auch dann nicht kostenlos hätte erledigt werden können, wenn dieser der Rückzug des Konkursbegehrens rechtzeitig vorgelegt worden wäre. Hingegen ist auf das Erheben von Kosten für das Beschwerdeverfahren zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 ZPO), und auch die Kosten des Konkursamtes sind auf die Staatskasse zu nehmen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 23. August 2011
Geschäfts-Nr.: PS110149-O/U.doc

Anmerkung: vgl. auch PS110095-O/U vom 6. Juli 2011 für die Variante, dass das Konkursgericht von einem Konkursabweisungsgrund nicht wusste