

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 29. Januar 2014

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkursgericht) des Bezirksgerichtes Hinwil vom 13. Januar 2014 (EK130354)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 13. Januar 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil für eine Forderung von Fr. 915.-- den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 16. Januar 2014 beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekrets und reichte verschiedene Beilagen ein (act. 2 und 4/1-3). Am 17. Januar 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 7).

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. Die Schuldnerin macht in ihrer Beschwerdeschrift geltend, sie sei auf den 13. Januar 2014, 9.30 Uhr, zur Konkursverhandlung vorgeladen worden. An diesem Tag habe sie kurz nach 8.00 Uhr die Konkursforderung sowie die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 250.-- auf der Poststelle ... einbezahlt. Die Belege habe sie umgehend an die Vorinstanz gefaxt und dies letzterer auch mitgeteilt. Gemäss Auskunft des zuständigen Gerichtsschreibers sei der Fax indes aus unerklärlichen Gründen verschwunden, weshalb fälschlicherweise der Konkurs eröffnet worden sei. Tags darauf sei die Vorinstanz der Sache nachgegangen, wobei auch der Fax wieder aufgetaucht sei. Da eine Wiedererwägung nicht möglich sei, seien sie auf den Rechtsweg verwiesen worden (act. 2).

4. Mit Einreichen der Beschwerde reichte die Schuldnerin zwei Postquittungen ein, wonach sie die Konkursforderung und die in der Anzeige zur Konkursverhandlung erwähnten Gerichtskosten von Fr. 250.-- am 13. Januar 2014 um 9.00 Uhr bezahlte (act. 4/1-2, act. 6/5). Mit 9.00 Uhr dürfte die neunte Stunde gemeint sein, denn aus dem beigelegten Bestätigungsbericht ergibt sich, dass die Schuldnerin die beiden Quittungen mit einem kurzen Begleitschreiben um 8.34.55 Uhr an die Vorinstanz faxte (act. 4/3). Dieser Fax erreichte die innerhalb des Bezirksgerichts zuständige Stelle offenbar erst um 14.35 Uhr, wie sich dem handschriftlichen Vermerk entnehmen lässt (act. 6/10). Fehler oder Verzögerungen bei der internen Postverteilung sind indes nicht den Parteien anzulasten. Somit belegte die Schuldnerin, dass sie die Konkursforderung sowie die erstinstanzlichen Gerichtskosten vor der Konkurseröffnung um 9.30 Uhr bezahlte und dies der Vorinstanz auch rechtzeitig mitteilte. Demnach lag im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eine konkurshindernde Tatsache vor, weshalb der Konkurs nicht hätte eröffnet werden dürfen. Praxisgemäss wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkurshinderungsgrund vor der Konkurseröffnung verwirklichte.

An sich gehören zu den Kosten, die der Schuldner dem Gläubiger gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abwendung des Konkurses zu zahlen hat, auch die Kosten des Konkursamtes. Von deren Sicherstellung durch die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist war vorliegend aber abzusehen, da die Schuldnerin die beim Konkursamt durch die ohne Grund erfolgte Konkurseröffnung angefallenen Kosten nicht zu tragen hat.

Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen.

5. Die Schuldnerin verursachte durch ihre verspätete Zahlung das Konkursverfahren, weshalb sie für das erstinstanzliche Verfahren grundsätzlich kostenpflichtig wird. Da sie aber wie dargelegt die in der Anzeige zur Konkursverhandlung aufgeführten Fr. 250.-- vor der Konkurseröffnung zahlte, rechtfertigt es sich, ihr die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 300.-- nur im Umfang von Fr. 250.-- aufzuerlegen. Die verbleibenden Fr. 50.-- sind auf die Staatskasse zu

nehmen. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 13. Januar 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.-- wird im Umfang von Fr. 250.-- (bereits bezahlt) der Schuldnerin auferlegt und im Übrigen auf die Staatskasse genommen.
3. Die **Kasse des Bezirksgerichts Hinwil** wird angewiesen, den aus dem Kostenvorschuss der Gläubigerin bezogenen Betrag von Fr. 300.-- an diese auszuzahlen.
4. Die Kosten des Konkursamts C._____ werden auf die Staatskasse genommen. Das **Konkursamt** wird angewiesen, den ihm vom Konkursgericht aus dem Kostenvorschuss der Gläubigerin überwiesenen Betrag von Fr. 1'500.-- an die Gläubigerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.

6. 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: