

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190016-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 7. Februar 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 28. Januar 2019 (EK180411)

Erwägungen:

1. Die Gläubigerin stellte mit Eingabe vom 18. Dezember 2018 in der Betreuung Nr. 1 ein Konkursbegehren gegen die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 2'219.25 (= Fr. 1'925.– nebst 5% Zins seit 1. April 2018 + Fr. 50.– Nebenforderung + Fr. 164.60 Betreuungskosten; vgl. act. 6/1). Mit ebenfalls vom 18. Dezember 2018 datierter Eingabe stellte die Gläubigerin in der Betreuung Nr. 2 ein weiteres Konkursbegehren gegen die Schuldnerin (vgl. act. 7/1). Am 28. Januar 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil in der Betreuung Nr. 1 den Konkurs über die Schuldnerin (vgl. act. 5 [= act. 3 = act. 6/8]). Auf das andere Konkursbegehren trat die Vorinstanz – unter Hinweis auf die erfolgte Konkursöffnung – mit Verfügung vom 28. Januar 2019 nicht ein (vgl. act. 7/8).

Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde vom 30. Januar 2019 beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses. Dabei macht sie geltend, sie habe die Forderung der Gläubigerin vor Konkursöffnung bezahlt (vgl. act. 2). Mit Verfügung vom 30. Januar 2019 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin diesen bereits geleistet hatte (vgl. act. 4/5). Die erstinstanzlichen Akten der beiden Konkursöffnungsverfahren wurden beigezogen (act. 6/1-10 und act. 7/1-9). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungs-

grund vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

Die Schuldnerin belegt mittels Kontoauszug, der Gläubigerin am 18. Januar 2019 Fr. 2'883.15 überwiesen zu haben (vgl. act. 4/1). Damit hat die Schuldnerin nicht nur die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung von Fr. 2'219.25, sondern auch die Forderung in der Betreuung Nr. 2 (Fr. 663.90; vgl. act. 7/6 unten) an die Gläubigerin bezahlt. Ferner stellte die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursverfahrens sowie die erstinstanzlichen Verfahrenskosten beim Konkursamt Wald sicher (vgl. act. 4/4). Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann folglich abgesehen werden. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 28. Januar 2019 ist aufzuheben.

3. Abschliessend bleibt Folgendes anzumerken: Dem Konkursrichter lagen – wie erwähnt – zwei verschiedene Konkursbegehren vor. In demjenigen, welches zum heutigen Verfahren führte, eröffnete er den Konkurs, auf das andere trat er nicht ein. Das ist so weit richtig, als über einen Konkursiten der Konkurs begrifflich nicht ein zweites Mal eröffnet werden kann. Es birgt allerdings für den zweiten Gläubiger (oder für den einen Gläubiger zweier Forderungen mit Bezug auf die zweite) das Risiko, dass der erste Konkurs im Beschwerdeverfahren aufgehoben wird, weil sich der Schuldner erfolgreich auf Zahlung der ersten Forderung beruft. In diesem Fall muss der zweite Gläubiger (oder der eine Gläubiger für seine zweite Forderung) ein neues Konkursbegehren stellen, was für ihn doch einen gewissen Aufwand darstellt, und im ungünstigsten Fall kann er es nicht mehr tun, weil mittlerweile die Frist von Art. 166 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist. Es wäre daher vorzuziehen, wenn der Konkursrichter in einem Fall wie dem vorliegenden die beiden parallel gestellten Konkursbegehren vereinigte. So wäre sichergestellt, dass eine Beschwerde mit der Begründung der Zahlung nur erfolgreich wäre, wenn beide Forderungen beglichen würden. Im konkreten Fall stellt sich das

Problem nicht, weil die Schuldnerin – soweit aus den Akten ersichtlich – beide Forderungen beglichen hat (vgl. E. 2 oben).

4. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich die Schuldnerin nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wären. Vielmehr war es an ihr, nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 28. Januar 2019 (vgl. act. 6/6) selber beim Konkursgericht auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen. Dies insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Indem die Schuldnerin die erfolgte Zahlung der Vorinstanz nicht rechtzeitig zur Kenntnis brachte, hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 28. Januar 2019, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 250.– wird bestätigt und ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Wald wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'800.– 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 auszuführen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wald, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wald-Fiscenthal, 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. O. Canal

versandt am:
7. Februar 2019