

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120057-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 19. April 2012

in Sachen

A. _____ AG

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

1. **B. _____**

2. **C. _____**

Gläubiger und Beschwerdegegner,

Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil
vom 19. März 2012 (EK120055)

Erwägungen:

1. Am 19. März 2012 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 8/12). Mit Beschwerde vom 23. März 2012 beantragte sie die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Mit Verfügung vom 26. März 2012 wurde letztere gewährt und Frist zur Zahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– angesetzt. Mit Eingabe vom 3. April 2012 (Datum Poststempel) reichte die Beschwerdeführerin weitere Belege zu den Akten (act. 11 u. 12/1-3.5). Am 16. April 2012 ging seitens der Gläubiger ein Schreiben ein (act. 17). Darin wird ausgeführt, sie hätten vom Gemeindeammann- und Betriebsamt D_____ am 5. April 2012 zwar eine Zahlung über Fr. 9'483.15 erhalten. Da sich die Konkursforderung jedoch auf Fr. 10'002.– belaufe, sei damit die Forderung noch nicht vollständig getilgt worden. Überdies seien am 27. März 2012 gegen die Beschwerdeführerin drei weitere Betreibungen eingeleitet worden (act. 17; act. 18/1-7).

2. Die Beschwerdeführerin wird durch E._____, einziges Verwaltungsratsmitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung, vertreten (act. 3/1 = act. 4). Der Vertreter der Beschwerdeführerin führt in seiner Beschwerdeschrift aus, er habe noch bevor ihm von der Vorinstanz das Urteil vom 19. März 2012 zugestellt worden sei, am 21. März 2012 durch das Konkursamt von der Konkursöffnung Kenntnis erhalten. Es habe ihm das Urteil gleichentags per Fax zugestellt (act. 1 S. 2).

Diese Faxzustellung gilt nicht als ordentliche Zustellung einer Gerichtsurkunde gemäss Art. 138 ZPO, weshalb dadurch die zehntägige Beschwerdefrist (noch) nicht ausgelöst worden ist. Vielmehr ist auf die vom Vertreter der Beschwerdeführerin unterzeichnete Empfangsbestätigung über die Zustellung des Urteils vom 19. März 2012 abzustellen (act. 13). Daraus geht hervor, dass die Gerichtsurkunde am 20. März 2012 zur Abholung gemeldet worden ist. Die siebentägige Abholfrist endete somit am 28. März 2012. Gemäss Empfangsbestätigung nahm der Vertreter die Gerichtsurkunde am 30. März 2012 via Postschalter entgegen, nachdem er am 28. März 2012 die Abholungsfrist verlängert hatte. Diese Verlän-

gerung ist für die fristauslösende Zustellung nicht zu berücksichtigen, da eine eingeschriebene Postsendung von Gesetzes wegen am siebten Tag als zugestellt gilt. Zurückbehaltungsaufträge oder postgelagerte Sendungen sind nämlich unbeachtlich, wenn zuvor ein Prozessrechtsverhältnis begründet worden ist (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; vgl. dazu Urteil BGer 5D_20/2008 vom 25. März 2008 E. 3.1). Wie noch zu zeigen sein wird, wurde aufgrund der rechtsgültig zugestellten Vorladung für die Konkursverhandlung ein Prozessrechtsverhältnis begründet. Folglich gilt die Zustellung des Urteils als am 28. März 2012 erfolgt. Die Beschwerdefrist endete somit am 10. April 2012. Die zweite Eingabe der Beschwerdeführerin vom 3. April 2012 (act. 11) erfolgte daher innert Frist.

3. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung 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. Diesfalls wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7 u. 12).

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren jedoch auch aufgehoben werden, wenn der Schuldner durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. In diesem Fall hat der Schuldner zusätzlich seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4.1 Die Beschwerdeführerin gibt an, ihr Organ und Vertreter E._____ habe am tt.mm.2012 einen schweren Skiunfall erlitten und sei nach einem ersten Spitalaufenthalt in F._____ ins ...spital nach I._____ verlegt worden, wo er sich wegen mehreren gebrochenen Wirbeln einer komplizierten Operation habe unterziehen müssen. Durch das ...spital I._____ sei E._____ vom tt.mm.2012 bis zum 23. März 2012 (vgl. act. 3/3.1), und mittlerweile um weitere drei Wochen, zu

100 % arbeitsunfähig geschrieben worden. Die vorinstanzliche Vorladung vom 27. Februar 2012 auf den Montag, 19. März 2012 (vgl. act. 3/3.4), sei ihm erst am Wochenende vom 17./18. März 2012 zugestellt worden (act. 1).

Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass der Vertreter der Beschwerdeführerin die Post beauftragte, seine Postsendungen bis voraussichtlich am 13. März 2012 postlagernd zurückzubehalten (act. 9). Am 13. März 2012 nahm jedoch seine Ehegattin die Gerichtsurkunde mit der Vorladung am Postschalter entgegen (act. 9). Somit gilt diese am 13. März 2012 als rechtsgültig zugestellt. Dass der Vertreter vom Inhalt der Gerichtsurkunde erst am 17./18. März 2012 – also am Wochenende vor der Verhandlung – Kenntnis erhalten haben will, ist in rechtlicher Hinsicht nicht von Belang, da ihm die Kenntnisnahme durch seine Ehegattin als seine Eigene anzurechnen ist.

4.2.1 Weiter macht der Vertreter der Beschwerdeführerin geltend, er habe dem Konkursgericht noch vor der Konkursverhandlung mittels Faxschreiben mitgeteilt, dass sowohl die Konkursforderung von Fr. 10'030.40 an das Betreibungsamt D_____ als auch die vorinstanzlichen Gerichtsgebühren von Fr. 300.– an das Bezirksgericht Hinwil gleichentags noch vor der Verhandlung einbezahlt worden seien. Die Zahlungen seien auf den Zahlungsbelegen mit dem Status "gebucht" vermerkt (act. 1; act. 8/10 = act. 3/3-3.3). Mit der Faxmitteilung sei auch das Arztzeugnis des ...spital I._____ eingereicht worden, welches seine Arbeitsunfähigkeit bescheinige. Zudem habe er das Rechtsbegehren gestellt, es sei das Verfahren infolge Wegfalls der Gründe als erledigt abzuschreiben oder es sei eventualiter gestützt auf das Arztzeugnis eine Verschiebung der Verhandlung vorzunehmen. Die Faxmitteilung sei an den auf der Vorladung aufgeführten Sachbearbeiter G._____ des Bezirksgerichts adressiert gewesen. Weiter sei das Fax deutlich als dringend gekennzeichnet gewesen und sei – nachdem die nicht öffentlich publizierte Faxnummer des Bezirksgerichts infolge der Öffnungszeiten des Gerichts erst um Punkt 8.00 Uhr hätten erfragt werden können – dem Bezirksgericht um 8.05 Uhr per Fax zugestellt worden. Gemäss Auskunft der Swisscom sei der Fax beim Bezirksgericht Hinwil auf deren Nummer ... am 19. März 2012 um 8.07 Uhr eingegangen. Die Vorladung für die Konkursverhandlung habe auf den 19. März

2012, 09.15 Uhr gelautet. Damit seien die für den Wegfall der Konkursgründe erforderlichen Unterlagen dem Bezirksgericht auf dem – in Anbetracht der Umstände – schnellstmöglichen und geeignetsten Weg rechtzeitig zugestellt worden. Die Expresszahlungen zulasten des Postkontos der Beschwerdeführerin bzw. zugunsten der Postkonti des Betreibungsamtes D_____ und der Bezirksgerichtskasse D_____ seien logischerweise vor der Faxmitteilung ausgeführt worden. Zudem würden Expresszahlungen von einem Postkonto auf ein anderes unmittelbar erfolgen, womit die Gutschriften auf den beiden Konti spätestens zum Zeitpunkt der Erstellung der Faxmitteilung bereits erfolgt seien.

4.2.2 In den vorinstanzlichen Akten befindet sich das vom Vertreter erwähnte Faxschreiben vom 19. März 2012 mit den dazugehörigen Beilagen (Arztzeugnis; Zahlungsbelege [act. 10]). Aus dem Faxschreiben ergibt sich, dass es von seiner Faxnummer aus am 19. März 2012, 07.49 Uhr versendet worden ist und um 10.05 Uhr beim Bezirksgericht Hinwil eingegangen resp. zu diesem Zeitpunkt ausgedruckt worden ist. Gemäss den beiden Zahlungsbelegen vom 19. März 2012 wurden die Zahlungen von Fr. 10'030.40 bzw. Fr. 300.– mittels kostenpflichtiger Expresszahlung ausgelöst und befinden sich im Status "verbucht" (act. 8/10 S. 3 u. 4 = act. 3/3.2 u. 3.3). Bei Überweisungen von einem Postkonto auf ein anderes Postkonto, das dem Schuldner als Zahlstelle angegeben wird, ist der Zeitpunkt der Belastung des schweizerischen Postkontos der zahlungsverpflichteten Person ausschlaggebend. Im Übrigen werden Expresszahlungen von der Post innerst zehn Minuten ausgeführt, sofern das Konto gedeckt ist (vgl.

<https://www.postfinance.ch/help/de/help/payment/transmon/chf/national/nonrecurringorder/transferiban.index.html>; besucht am 16. April 2012).

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass zum Zeitpunkt der Faxsendung die Beträge auf dem Postkonto der Beschwerdeführerin bereits abgebucht worden sind. Dass die Beträge gemäss Telefonnotiz von G._____ um 09.32 Uhr noch nicht beim Betreibungsamt eingegangen waren (act. 8/11) ist nicht relevant, da es – wie oben dargelegt – auf die Abbuchung beim Zahlungsverpflichteten ankommt. Im Übrigen erfolgte die Buchung der Zahlungseingänge am 20. März 2012, also am Tag nach den Einzahlungen und damit nach der verkehrsüblichen Verzögerung.

rung von einem Tag, auf dem Konto des Betriebsamtes D_____ bzw. des Bezirksgerichtes (vgl. act. 14 u. 15).

Wie oben dargelegt, hängt die Rechtzeitigkeit der Tilgung der Forderung davon ab, ob das Faxschreiben des Vertreters der Beschwerdeführerin vor der angesetzten Konkursverhandlung bei der Vorinstanz einging. Ging nämlich das Faxschreiben rechtzeitig ein, wird dadurch die Rechtzeitigkeit der Einzahlungen belegt. In Anbetracht der gesamten Umstände ist zu Gunsten der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass das Faxschreiben um 07.49 Uhr, also vor der auf 09.15 Uhr angesetzten Verhandlung versendet worden ist. Weshalb das Schreiben erst um 10.05 Uhr bei der Vorinstanz ausgedruckt worden ist, ist nicht nachvollziehbar und kann der Beschwerdeführerin nicht entgegengehalten werden. Schliesslich ging ein zweites vom Vertreter der Beschwerdeführerin am 22. März 2012 um 10.27 Uhr versendete Faxschreiben gleichentags um 10.28 Uhr bei der Vorinstanz ein (vgl. act. 6/1). Anzumerken ist in diesem Zusammenhang an die Adresse der Beschwerdeführerin, dass Eingaben per Fax an Gerichte in Zivilverfahren den gesetzlichen Anforderungen des Art. 130 ZPO nicht genügen. Das Gesetz verlangt entweder eine elektronische Eingabe, die mit einer anerkannten elektronischen Signatur des Absenders versehen ist oder eine Eingabe in Papierform, die handschriftlich unterzeichnet ist. Faxeingaben sind weder elektronische Eingaben noch solche in Papierform, stellen sie doch Kopien dar und mangelt es ihnen entweder an der Signatur oder an der Originalunterschrift. Selbst wenn die Vorinstanz die Faxeingabe nicht als genügend hätte gelten lassen wollen, wäre sie nach Treu und Glauben allerdings verpflichtet gewesen, die Beschwerdeführerin auf den Mangel ihrer Faxeingabe aufmerksam zu machen und/oder das Schreiben aufgrund des beigelegten Arzzeugnisses als sinngemässes Wiederherstellungsgesuch nach Art. 148 ZPO entgegenzunehmen. Beides hat sie nicht getan.

Im Resultat ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin sowohl die Konkursforderung im Betrag von Fr. 10'030.40 als auch die vorinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 300.– rechtzeitig, also vor der Konkursverhandlung via Postkonto dem Betriebsamt D_____ bzw. der Gerichtskasse des Bezirksgerichts einbezahlte.

Folglich hätte die Vorinstanz den Konkurs nicht eröffnen dürfen. Ferner leistete die Beschwerdeführerin innert Frist die Sicherstellung für die Kosten des Konkursamtes von Fr. 1'000.– (act. 3/6) sowie den Barvorschuss für die zweitinstanzlichen Spruchgebühren von Fr. 750.– (act. 13).

Wie dargelegt, hat die Beschwerdeführerin inzwischen die Forderung getilgt bzw. alle Kosten sichergestellt. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt und die Beschwerde erweist sich daher als begründet. Die Konkursöffnung ist aufzuheben, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

4.3 Das Betreibungsamt D_____ leitete den von der Beschwerdeführerin einbezahlten Betrag von Fr. 10'030.40 irrtümlicherweise nur im Umfang von Fr. 9'483.15 an die Gläubiger weiter (act. 16 u. 17; act. 18/1). Das Betreibungsamt ist daher anzuweisen, die Restforderung im Betrag von Fr. 547.25 den Gläubigern nach Erhalt dieses Urteils unverzüglich auszubezahlen.

5. Die Kosten beider Instanzen hat die Beschwerdeführerin zu tragen, da sie durch die Einzahlung am Tage der Konkursverhandlung und Mitteilung an das Gericht in ungenügender Form per Fax das Verfahren und die Konkursöffnung veranlasst hat.

6. In Abweichung zur Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils vom 19. März 2012 leitete das Bezirksgericht Hinwil den gesamten von den Gläubigern geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– an das Konkursamt H._____ weiter, da die Beschwerdeführerin – wie oben dargelegt – die Spruchgebühren von Fr. 300.– dem Bezirksgericht Hinwil am 19. März 2012 überwiesen hatte. Zudem leitete es auch den Differenzbetrag zu den auferlegten Spruchgebühren von Fr. 50.– an das Konkursamt H._____ weiter (act. 2 S. 2; act. 20). Demzufolge ist das Konkursamt H._____ anzuweisen, den Gläubigern den gesamten geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– auszubezahlen. Weiter ist es anzuweisen, der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag der Fr. 1'050.– (Fr. 1'000.– Sicherstellung; Fr. 50.– Differenz Spruchgebühr) auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 19. März 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Betreibungsamt D_____ wird angewiesen, den Gläubigern den Betrag von Fr. 547.25 auszubezahlen.
4. Das Konkursamt H._____ wird angewiesen, den Gläubigern den gesamten von ihnen geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'800.– auszubezahlen.
5. Das Konkursamt H._____ wird angewiesen, vom bei ihnen einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'050.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 50.– Rest der beim Bezirksgericht Hinwil einbezahlten Spruchgebühr), der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, je gegen Empfangsschein (an den Beschwerdeführer unter Beilage des Doppels von act. 17)
 - das Konkursamt H._____
 - das Betreibungsamt D_____
 - das Handelsregisteramt Zürich
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil.

7. 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. M. Weibel

versandt am: