

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240196-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss und Urteil vom 21. Oktober 2024

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____,

gegen

Stiftung C._____,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Hinwil vom 23. September 2024 (EK240262)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil eröffnete mit Urteil vom 23. September 2024 den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 3'196.90, Fr. 50.00 Nebenforderungen und Fr. 185.70 Betreuungskosten (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wald-Fischenthal ZH; Verfahren EK240262-E) sowie die weitere Forderung von Fr. 3'196.90 und Fr. 147.60 Betreuungskosten (Betreibung Nr. 2 des Betreibungsamtes Wald-Fischenthal ZH; Verfahren EK240278-E, welches mit dem Verfahren EK240262-E vereinigt wurde).

2. Dagegen erhob B._____, einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin mit Einzelzeichnungsberechtigung (vgl. act. 5), mit Eingabe vom 14. Oktober 2024 (Poststempel, hierorts eingegangen am 15. Oktober 2024) rechtzeitig Beschwerde bei der hiesigen Instanz (act. 2 und Beilagen act. 4/2-9; zur Rechtzeitigkeit vgl. nachstehend Ziff. 3). Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.– überwies die Schuldnerin zuhanden der Obergerichtskasse am 9. Oktober 2024 (act. 2 S. 3, act. 4/5 und act. 6).

3. Die Zustellung des Konkursurteils vom 23. September 2024 an die Schuldnerin war gescheitert. Die Post retournierte die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz (vgl. 8/13).

Die Beschwerdefrist beginnt am Tag nach der förmlichen Zustellung des Konkursentscheides zu laufen (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO und Art. 142 Abs. 1 ZPO). Stellt das Gericht einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht entgegengenommen, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Der Schuldnerin konnte die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden (act. 8/7 Couvert). Sie hatte somit Kenntnis vom

Verfahren. Es bestand ein Prozessrechtsverhältnis und die Schuldnerin musste mit der Zustellung von behördlichen Akten rechnen. Gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ist daher von einer fiktiven Zustellung am letzten Tag der Abholfrist, d.h. am 4. Oktober 2024 (vgl. act. 8/13) auszugehen (vgl. Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, N 52 ff. zu Art. 138 ZPO; BGE 130 III 396 Erw. 1.2.3). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann somit am Folgetag der fiktiven Zustellung, d.h. am 5. Oktober 2024, zu laufen (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO) und endete am 14. Oktober 2024. Die gleichen Tags der schweizerischen Post übergebene Beschwerde (vgl. vorstehend Ziff. 2) erfolgte somit rechtzeitig.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-13). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel von act. 2 zuzustellen.

5. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Dies bedeutet praxisgemäss, dass zusätzlich zur Tilgung bzw. Hinterlegung der Konkursforderung auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes beim zuständigen Konkursamt rechtzeitig sicherzustellen sind (vgl. dazu OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011; PS230230 vom 14. Dezember 2023 E. 2.2; PS240007 vom 30. Januar 2024 E. 3.1; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 10 zu Art. 174 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen ab Zustellung des angefochtenen Entscheides beim Obergericht einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe mit Urkunden nachzuweisen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Ent-

scheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

6. B._____ führte in der Beschwerdeschrift (act. 2) aus, der Kontostand der Schuldnerin betrage per 10. Oktober 2024 Fr. 59'882.24. Im Falle der Gutheissung der Beschwerde werde dem Gericht beantragt, das Konkursamt Wald ZH anzuweisen, den Betrag von Fr. 7'056.75 zulasten des schuldnerischen Kontos an die Gläubigerin zu überweisen (act. 2 S. 2 und act. 4/3). Des Weiteren machte er Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin geltend und reichte hiezu diverse Beilagen ein (act. 2 S. 3 ff. und act. 4/6-9).

7. Mit den vorstehenden Ausführungen macht die Schuldnerin weder gesetzliche Konkurshinderungsgründe gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG geltend noch weist sie solche nach (vgl. vorstehend Ziff. 5). Zwar hat die Schuldnerin belegt, die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes mit der Zahlung von Fr. 1'500.– sichergestellt zu haben (act. 4/4). Sie verkennt jedoch, dass sie für die Aufhebung der Konkursöffnung innert der Beschwerdefrist, d.h. vorliegend spätestens am 14. Oktober 2024, auch die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten hätte tilgen oder hinterlegen und dies (oder einen Gläubigerverzicht) entsprechend hätte nachweisen müssen. Der umgekehrte Ablauf, dass zuerst die Konkursöffnung aufgehoben und dann zwecks Tilgung das Konkursamt zur entsprechenden Zahlung an die Gläubigerin angewiesen wird, ist nicht möglich, weil die Tilgung wie gesagt eine gesetzliche Voraussetzung der Konkursaufhebung ist. Da die Beschwerde am letzten Tag der Rechtsmittelfrist der schweizerischen Post übergeben wurde und folglich erst nach deren Ablauf hierorts einging (vgl. vorstehend Ziff. 2 und 3), entfiel die Möglichkeit einer partiellen Gewährung der aufschiebenden Wirkung als Anweisung an das Konkursamt, den Betrag in Höhe der Konkursforderung freizugeben. Denn eine rechtzeitige Hinterlegung bei der Obergerichtskasse war zufolge bereits abgelaufener Beschwerdefrist ausgeschlossen (vgl. dazu OGerZH PS170157 vom 9. August 2017, E. 2.3.1).

Nach dem Gesagten ist bereits die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht erfüllt, weshalb sich

die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erübrigt. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

8. Der Antrag der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2) wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos und ist abzuschreiben.

9. Abschliessend ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-Diggelmann, a.a.O., N 3 zu Art. 195 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreibung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

10. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die zu entschädigen wären. Es ist deshalb für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wald ZH, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Wald-Fischenthal ZH und an die Grundbuchämter D._____, E._____, F._____ und G._____, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.

4. 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. D. Tolic Hamming

versandt am:
22. Oktober 2024