

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130147-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur.
E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin Dr. P. Higi sowie die
Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Urteil vom 19. September 2013

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B. _____ AG, Inkasso,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom
15. August 2013 (EK130089)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Das Einzelunternehmen C. _____ ist seit dem tt. Mai 1993 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Beratung und den Verkauf von Geräten, Software und Karten im Bereich der biometrischen Sicherheitstechnik (act. 5). Inhaber mit Einzelunterschrift ist der Beschwerdeführer A. _____ (nachstehend Schuldner genannt).

1.2. Mit Urteil vom 15. August 2013 (14:00 Uhr) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Affoltern in der Betreuung Nr. ... den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung von Fr. 1'643.90 nebst Zins zu 5 % seit dem 2. Dezember 2012, Bearbeitungsgebühren von Fr. 100.– und Betreuungskosten von Fr. 159.– (act. 3 = act. 6 = act. 7/8). Grundlage der Forderung bilden drei nicht bezahlte monatliche Krankenkassenprämien der B. _____ AG (nachstehend Gläubigerin genannt; act. 7/3/1). Entgegen dem vorinstanzlichen Urteil betragen die Betreuungskosten allerdings nicht Fr. 159.–, sondern gemäss der massgeblichen Konkursandrohung vom 24. Mai 2013 betragen sie Fr. 146.– (act. 7/3/2; vgl. dazu OGer ZH NN060043 vom 3. Juli 2006). Bis zur Konkurseröffnung am 15. August 2013 belief sich die Forderung insgesamt auf Fr. 1'947.55 (Art. 209 Abs. 1 SchKG; act. 8/2).

1.3. Gegen das ihm am 16. August 2013 zugegangene Urteil (act. 7/10) erhob der Schuldner mit Eingabe vom 26. August 2013 (Datum Poststempel) rechtzeitig bei der Kammer Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde (act. 2).

1.4. Mit Schreiben vom 26. August 2013 bestätigte das Konkursamt D. _____ zuhanden der Kammer, vom Schuldner insgesamt Fr. 6'200.– erhalten zu haben und hiermit die Kosten des Konkursgerichts, die Gläubigerforderung sowie die eigenen Kosten decken zu können (act. 4/2). Zwei vom Schuldner eingereichten Direktausdrucken aus dem Internetbanking der E. _____ ist überdies zu entnehmen,

dass er der Gläubigerin am 14. August 2013 (Valutadatum) Fr. 1'947.55 (act. 4/4) und der Bezirksgerichtskasse des Konkursgerichts Affoltern am 16. August 2013 Fr. 200.– (act. 4/3) überwiesen hatte. Da mit diesen Zahlungen sowohl die Konkursforderung (inklusive Bearbeitungs- und Betreuungskosten) als auch die Gebühren und Auslagen des Konkursamts sowie die erstinstanzliche Spruchgebühr innert der Rechtsmittelfrist (Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 321 ZPO) beglichen wurden, wurde dem Gesuch um aufschiebende Wirkung mit Präsidialverfügung vom 27. August 2013 entsprochen. Gleichzeitig wurde dem Schuldner im Sinne von Art. 98 ZPO Frist angesetzt, um für das Rechtsmittelverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu leisten (act. 9). Dieser ging am 2. September 2013 rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (act. 13).

1.5. Mit Schreiben vom 29. August 2013 teilte die Gläubigerin der Kammer mit, der Schuldner habe die offene Forderung im Umfang von Fr. 1'947.55 am 15. August 2013 beglichen, weshalb sie – die Gläubigerin – im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG auf die Durchführung des Konkurses verzichte. Die Kosten des Konkursgerichts sowie des Obergerichts wie auch allfällige Kosten des Konkursamts habe der Schuldner zu tragen (act. 11).

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise (sog. Noven) über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 326 Abs. 2 ZPO). Dies stellt eine Ausnahme des Novenverbots im Sinne von Art. 326 Abs. 1 ZPO dar. Allerdings können Noven nur bis zum Ablauf der 10-tägigen Rechtsmittelfrist geltend gemacht werden, da die Beschwerdeschrift

abschliessend zu begründen ist (Art. 321 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Nachfristen sind keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

2.2. Der Schuldner führt in seiner Beschwerdeschrift aus, er habe die Konkursforderung bereits vor der Konkurseröffnung am 14. August 2013 bezahlt (act. 2 Ziff. 3) und macht damit sinngemäss geltend, es liege ein Anwendungsfall von Art. 172 Ziff. 3 SchKG vor. Als Beweis reicht er den genannten Direktausdruck aus dem Internetbanking der E. _____ vom 14. August 2013 ein (act. 4/4).

Gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG weist das (erstinstanzliche) Gericht das Konkursbegehren ab, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Dieser vom Schuldner zu erhebende Einwand der Tilgung stellt eine Einrede gemäss Art. 85 SchKG dar und kann – sofern rechtzeitig erfolgt – im Rechtsmittelverfahren ohne Weiteres als Novum eingebracht werden (BSK SchKG II-Giroud, N 7 und N 10 zu Art. 172 SchKG). Daran zeigt sich, dass Art. 172 Ziff. 3 SchKG einen Anwendungsfall von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Tilgung) darstellt. Zu beachten ist, dass dieser konkurshindernden Tatsache nur dann Erfolg beschieden ist bzw. sie zur Abwendung des Konkurses führt, wenn der Schuldner sowohl die Mahn-, Inkasso- bzw. Bearbeitungs- und Betreuungskosten als auch die von der Gläubigerin vorgeschossenen Kosten des konkursrichterlichen Verfahrens rechtzeitig bezahlt hat (BSK SchKG II-Giroud, N 11 zu Art. 172 SchKG). Gemäss Praxis der Kammer ist es allerdings auch ausreichend, wenn ein Schuldner die Kosten des konkursrichterlichen Verfahrens bzw. die Kosten des Konkursgerichts (zusammen mit jenen des Konkursamts) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat (OGer ZH NN100093 vom 23. August 2010; OGer ZH NN090048 vom 11. Mai 2009).

2.3. Wie vorstehend unter Ziff. 1.4 ausgeführt, bezahlte der Schuldner die Konkursforderung samt Zinsen und Bearbeitungs- und Betreuungskosten am 14. August 2013 (act. 4/4), was grundsätzlich zur Abweisung des Konkursbegehrens der Gläubigerin gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG am 15. August 2013 hätte führen müssen. Das Konkursgericht hatte gemäss der

vorliegenden Aktenlage aber keine Kenntnis von der Zahlung. Überdies blieb der Schuldner der Konkursverhandlung fern.

Zwar hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, wenn es als Konkursgericht entscheidet (Art. 55 Abs. und Art. 255 lit. a ZPO), doch kommt hierbei lediglich die eingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen hat, sondern diesen bloss feststellen muss. Dabei ist das Gericht an die Parteianträge gebunden (Dispositionsmaxime). Gleichzeitig trifft die Parteien eine Mitwirkungspflicht bzw. -last (ZK ZPO-Chevalier, N 3 zu Art. 255 ZPO; KUKO Jent-Sørensen, N 2 zu Art. 255 ZPO). Daraus erhellt, dass es nicht Sache des Gerichts ist, im Rahmen einer Konkursöffnung Nachforschungen zu treffen, ob die Konkursforderung bereits bezahlt wurde oder nicht. Viel mehr hat das Konkursgericht eine Verhandlung über die Konkursöffnung anzusetzen, um das rechtliche Gehör des Schuldners zu wahren bzw. ihm Gelegenheit zu geben, Einreden gegen die beantragte Konkursöffnung zu erheben. Erst dann, wenn sich Unklarheiten oder entsprechende Anhaltspunkte dafür ergeben, ist das Gericht verpflichtet, weitergehende Abklärungen zu treffen (vgl. auch Art. 56 ZPO). Es ist somit Sache des Schuldners und muss auch in dessen Interesse liegen, mittels Urkunden rechtzeitig dem Gericht darzutun, dass die Schuld – einschliesslich der Zinsen und Kosten – getilgt ist. Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut von Art. 172 Ziff. 3 SchKG und wird durch Art. 255 lit. a ZPO weder abgeschwächt noch aufgehoben. Mit anderen Worten vermag die eingeschränkte Untersuchungsmaxime an der allein den Schuldner treffenden Behauptungs- und Beweislast nichts zu ändern (BSK SchKG II-Giroud, N 19 zu Art. 172 SchKG). Daraus folgt, dass das Konkursgericht, welches mangels Mitteilung des Schuldners keine Kenntnis der geleisteten Zahlung hatte, den streitgegenständlichen Konkurs richtigerweise eröffnete und dem Schuldner auch die damit verbundenen Kosten auferlegte.

2.4. Doch selbst wenn das Konkursgericht den Konkurs korrekt eröffnete, ist nun im Beschwerdeverfahren die geltend gemachte konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG als Novum zwingend zu berücksichtigen:

Der Schuldner hat wie erwähnt nicht nur rechtzeitig (d.h. vor der erstinstanzlichen Konkursöffnung) die Gläubigerforderung einschliesslich der Zinsen und Kosten (Bearbeitungs- und Betreuungskosten) beglichen und dies belegt (act. 4/4), sondern innert der Rechtsmittelfrist auch die Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts sowie diejenigen der Beschwerdeinstanz mit Barvorschüssen von Fr. 6'200.– (act. 4/2) bzw. 200.– (act. 4/3) sowie Fr. 750.– (act. 13) sichergestellt. Zu prüfen bliebe damit noch die Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit jedoch abgesehen, wenn die Schuld – einschliesslich der Zinsen, Mahn-, Inkasso- bzw. Bearbeitungs- und Betreuungskosten – vor der Konkursöffnung getilgt wurde. Dies ist wie gesehen der Fall, weshalb auf die Zahlungsfähigkeit nicht näher einzugehen ist und damit auch die vom Schuldner gemachten Ausführungen sowie die eingereichten Belege nicht weiter beachtlich sind (act. 2 und act. 4/2-8). Unberücksichtigt bleibt dabei wie erwähnt, dass ein Schuldner die Kosten des Konkursgerichts (zusammen mit jenen des Konkursamts) erst nach der Konkursöffnung sichergestellt hat.

2.5. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und die mit Urteil vom 15. August 2013 ausgesprochene Konkursöffnung über den Schuldner aufzuheben.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er das Verfahren veranlasst hat (vgl. dazu OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011). Wie dargelegt, eröffnete die Vorinstanz den Konkurs am 15. August 2013 zu Recht. Daraus erhellt gleichzeitig, dass keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind. Allerdings wäre selbst dann, wenn sich die Sachlage anders präsentieren würde, keine solche zu leisten, da die eidgenössische Zivilprozessordnung keine Rechtsgrundlage bietet, den Staat in Verfahren wie dem vorliegenden zur Tragung einer Parteientschädigung zu verpflichten (ZK ZPO-Jenny, N 26 zu Art. 107 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, N 15 zu Art. 107 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 15. August 2013 (14:00 Uhr), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 7'800.– (Fr. 6'200.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug der Kosten des Konkursamts allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F._____, 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:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: