

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130155-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin
MLaw D. Weil

Urteil vom 1. Oktober 2013

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Hinwil vom 19. August 2013 (EK130184)

Erwägungen:

1. Am 19. August 2013, um 9:30 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) den Konkurs (act. 3 = 6 = 7/8).

Am 29. August 2013 stellte die Schuldnerin mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– beim Konkursamt C._____ die mutmasslichen Konkurskosten bis zur Aufhebung der Konkursöffnung sicher und tätigte eine Zahlung von Fr. 750.– ans Obergericht als Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten (act. 5/11 und 5/12).

Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 2. September 2013 beantragte die Schuldnerin bei der Kammer die Aufhebung des Konkurses. Ausserdem stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Letztere wurde ihr mit Präsidialverfügung vom 4. September 2013 gewährt (act. 9). Mit Präsidialverfügung vom 12. September 2013 wurde der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten. Mit Schreiben vom 18. September 2013 nahm die Gläubigerin Stellung (act. 13).

2. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin 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.

2.1 Die Schuldnerin führt aus, ihr sei der Ausstand der noch nicht definitiv abgerechneten UVG-Prämien von Fr. 4'585.30 bekannt gewesen. Vor Konkursöffnung habe sie die in Betreuung gesetzte Forderung wie folgt bereinigen lassen: Ihr Treuhänder habe am 8. August 2013 bei der Gläubigerin nachgefragt, wie hoch nun der Ausstand nach der zwischenzeitlich erfolgten definitiven UVG-

Abrechnung sei. Es sei ihm mitgeteilt worden, dass noch Fr. 1'848.80 offen seien. Diesen Betrag habe die Beschwerdeführerin noch am selben Tag beim Betreibungsamt beglichen, in der Annahme, dass die Konkursandrohung nun erledigt sei. Der Treuhänder habe von der Gläubigerin ausdrücklich verlangt, dass das Konkursbegehren zurückgezogen werde und es sei ihm telefonisch versichert worden, dass nun alles erledigt und bereinigt sei. Erst nach der Konkurseröffnung habe die Gläubigerin geltend gemacht, dass noch Betreuungskosten von Fr. 389.60 offen seien. Diesen Betrag habe sie sodann umgehend, nämlich am 22. August 2013, bezahlt. Sie habe somit nach Treu und Glauben alles getan, um die in Betreuung gesetzte Forderung der Gläubigerin vollumfänglich zu begleichen. In diesem Vertrauen sei sie zu schützen. Mit ihrem Verhalten habe die Gläubigerin auf den Teil der Betreuungskosten verzichtet, indem sie die noch offenen Kosten nach der definitiven UVG-Abrechnung vom 8. August 2013 nicht aufgeführt habe. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Betrag in der Folge wieder eingefordert worden sei. Teile man diese Ansicht nicht, habe die Gläubigerin der Schuldnerin zumindest eine vorläufige Stundung bis zur Konkurseröffnung gewährt. Nach der Konkurseröffnung sei diese Stundung hinfällig geworden und die Schuldnerin habe die noch offenen Betreuungskosten unverzüglich beglichen. Schliesslich sei die Gläubigerin unter dem Aspekt von Treu und Glauben auf die von ihr selbst vorgenommene Abrechnung zu behaften (act. 2 S. 4 ff.).

Die Gläubigerin führt in ihrer Stellungnahme lediglich aus, dass die Schuldnerin die Forderung inzwischen vollumfänglich beglichen habe (act. 13).

2.2 Nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG wird das Konkursbegehren abgewiesen, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist oder dass der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat. Nach ständiger Praxis der Kammer wird in Fällen der Konkursaufhebung nach Art. 174 Abs. 1 SchKG, also wenn die Schuldnerin wie hier neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde, von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen.

Ein Konkurs kann grundsätzlich auch durch Tilgung der Forderung samt Zinsen und Kosten *nach* der Konkurseröffnung aufgehoben werden. In diesem Fall ist jedoch erforderlich, dass der Schuldner ausserdem seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 2 SchKG, vgl. BSK SchKG II-GIROUD, Art. 174 N 26). Da vorliegend Ausführungen (und Belege) der Schuldnerin zu ihrer Zahlungsfähigkeit fehlen, entfällt diese Möglichkeit als Konkursaufhebungsgrund.

2.3 Es stellt sich hier die Frage, ob aufgrund der Umstände von einer vollständigen Tilgung bzw. teilweisen Stundung *vor* der Konkurseröffnung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG ausgegangen werden kann und somit ein Konkursaufhebungsgrund nach Art. 174 Abs. 1 SchKG vorliegt, obwohl der Teilbetrag von Fr. 389.60 erst nach Konkurseröffnung getilgt wurde.

Grundsätzlich ergibt sich aus der Konkursandrohung, welcher Betrag unter dem Titel "Schuld, Zinsen und Kosten" konkret zu tilgen ist (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 172 N 3). Die vorliegende Konkursandrohung vom 30. Mai 2013 enthält eine Hauptforderung Fr. 4'435.30 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013, sowie eine Nebenforderung von Fr. 150.– Umtriebsspesen und Betreuungskosten von Fr. 146.– (act. 7/2). Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass der vor der Konkurseröffnung geschuldete Betrag aufgrund einer zwischenzeitlich erfolgten Gutschrift nicht mehr dem ursprünglich betriebenen Betrag entsprach.

Die Schuldnerin bezahlte am 8. August 2013 und damit *vor* der Konkurseröffnung gestützt auf die Auskunft der Gläubigerin vom selben Tag den Betrag von Fr. 1'848.80 beim Betreibungsamt D. _____ (act. 5/4-6), in der Annahme, die Forderung sei vollumfänglich getilgt, d.h. samt Zinsen und Kosten (vgl. act. 5/4). Später ergab sich, dass der Betrag von Fr. 389.60 noch offen war. Dieser Betrag beglich die Schuldnerin *nach* der Konkurseröffnung, nämlich am 22. August 2013 (act. 5/8). Die Differenz von Fr. 389.60 erklärt sich wie folgt: Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes D. _____ resultierte von der Hauptforderung von Fr. 4'435.30 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2013 (Zins Total Fr. 133.70) und Fr. 150.– Umtriebsspesen sowie Fr. 146.– Betreuungskosten nach der Zahlung der Schuldnerin in der Höhe von Fr. 1'848.80 noch ein Restbetrag von Fr. 3'016.20.

Zieht man von diesem Betrag die Gutschrift von Fr. 2'626.60 aus der definitiven Abrechnung ab, beträgt der Saldo Fr. 389.60. Die Mitteilung der offenen Forderung durch die Gläubigerin basierte hingegen auf der Hauptforderung (ohne Zins) zuzüglich nicht betriebener Mahngebühren von insgesamt Fr. 40.–, jedoch ohne Berücksichtigung der Umtriebsspesen und Betreuungskosten (act. 5/4 und 5/5).

Somit basierte die Mitteilung der Gläubigerin des noch offenen Forderungsbetrags auf einer falschen bzw. unvollständigen Berechnung. Eine solche irrtümliche Abrechnung führt zwar weder zum Verzicht auf die Restforderung noch zu deren Stundung. Jedoch widerspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, den Konkurs in einer solchen Konstellation mangels vollständiger Tilgung auszusprechen (vgl. hierzu auch BSK SchKG II-GIROUD, Art. 172 N 11). Insbesondere war für die Schuldnerin aufgrund der konkreten Umstände auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, wie hoch der geschuldete Betrag tatsächlich war: Bis zur Anfrage des geschuldeten Betrags war ihr die Höhe der Gutschrift nicht bekannt, wurde die Gutschrift doch erst am 8. August 2013 verbucht. Ausserdem enthielt die Abrechnung nicht betriebene Mahnkosten, hingegen fehlten in der Betreuung enthaltene Kosten. Somit kann der Schuldnerin nicht vorgeworfen werden, der Rechnungsfehler hätte ihr auffallen müssen. Entsprechend hätte der Konkurs, wären diese Umstände bekannt gewesen, nicht eröffnet werden dürfen.

2.4 Eine Aufhebung des Konkurses kommt indes nur in Frage, wenn sichergestellt ist, dass die Gläubigerin ihren vor Vorinstanz geleisteten Vorschuss vollumfänglich zurück erhält. Entsprechend muss der Betriebene, der sich erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung beruft, nachweisen, dass er neben den Kosten des Konkursgerichts insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat. Der Konkurs gilt mit dem Urteil des Konkursgerichts als eröffnet (Art. 175 SchKG), weshalb das Konkursamt sofort tätig wird, womit auch sogleich Kosten entstehen, und die betreibende Gläubigerin für diese mit dem geleisteten Vorschuss haftet (Art. 169 SchKG; KUKO SchKG DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 169 N 2). Es ist nicht gerechtfertigt, der Gläubigerin die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt aufzubürden mit der Begründung, sie hätte dem Konkursgericht von der Zahlung Mitteilung machen und damit die Kon-

kurseröffnung verhindern können und müssen. Wenn die Schuldnerin beim Betreibungsamt zahlt, hat die Gläubigerin möglicherweise gar nicht rechtzeitig Kenntnis von der Zahlung. Vor allem aber ist es in erster Linie Sache der sozusagen bis zur letzten Minute säumigen Schuldnerin, das Konkursgericht von der Zahlung zu informieren.

Vorliegend hat die Schuldnerin die Kosten des Gerichts und des Konkursamtes bereits vor Anhebung der Beschwerde sichergestellt (act. 5/11 und 5/12).

2.5 Damit erweist sich der Beschwerde als begründet. Der über die Schuldnerin eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

3. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 19. August 2013 (9:30 Uhr), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten des Konkursamts allfällig verbleibenden Restbetrag aus-zuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 13, 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.
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:

MLaw D. Weil

versandt am: