

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160175-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 6. Oktober 2016

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 20. September 2016 (EK160161)

Erwägungen:

I.

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (nachfolgend: Konkursgericht) eröffnete mit Urteil vom 20. September 2016 für eine Forderung von Fr. 7'811.-- nebst Zins zu 5% seit 10. Juni 2016 in Höhe von Fr. 109.15 zzgl. Fr. 150.-- Gläubigerkosten und Fr. 146.60 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Volketswil) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 6 = act. 7/5). Der Entscheid wurde C._____, Geschäftsführer und einziger Gesellschafter der Schuldnerin (act. 5), am 22. September 2016 ausgehändigt (act. 7/6). Die zehntägige Beschwerdefrist lief am 3. Oktober 2016 ab.

2. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 22. September 2016, beim Obergericht eingegangen am 23. September 2016, beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses mit der Begründung, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung sei mit Valuta 14. September 2016 an das Betreibungsamt Volketswil zuhanden der Gläubigerin der Betreuung Nr. 1 überwiesen worden (act. 2; act. 4/1). Zum Beleg dieser Darstellung wurde eine Kopie der Kontobewegung des Kontokorrentes der Schuldnerin per 21. September 2016 eingereicht (act. 4/1).

3. Mit Verfügung der Kammer vom 23. September 2016 wurde die Schuldnerin u.a. darauf hingewiesen, dass ihre Beschwerdeschrift in Bezug auf die Tilgung bzw. Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung unvollständig sei und innert der Rechtsmittelfrist verbessert werden könne. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und der Schuldnerin eine 10-tägige Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt (act. 8). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 9/1 und act. 13).

4. Mit Eingabe vom 30. September 2016 (Poststempel) liess die Schuldnerin fristgerecht eine weitere Beschwerdeschrift inkl. Beilagen einreichen (act. 10 und act. 12/2-14) und den prozessualen Antrag stellen, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 10 S. 2).

II.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat die Schuldnerin zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen.

2. Auch wenn die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren nachweist, dass sie die Schuld samt Zinsen und in der Konkursandrohung aufgeführter Kosten bereits vor Konkurseröffnung bezahlt hat, ist nach der Praxis der Kammer für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist ebenfalls die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sichergestellt werden. Bei ersterem (Tilgung vor Konkurseröffnung) handelt es sich um eine neue Tatsache nach Art. 174 Abs. 1 SchKG. Letzteres, die Bezahlung oder Sicherstellung der Konkurskosten innert der Beschwerdefrist, ist dagegen eine erst nach Konkurseröffnung eingetretene Tatsache nach Art. 174 Abs. 2 SchKG. Diese Einordnung hätte nach der aufgezeigten gesetzlichen Systematik

zur Folge, dass zusätzlich zum Nachweis des Konkursaufhebungsgrundes die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen wäre.

Die Kammer sieht indes in dieser Konstellation in ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab. Dass die Schuldnerin sich dabei teilweise – mit Blick auf die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes – auf erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen stützt, bleibt somit unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3. Dem eingereichten Betreibungsregisterauszug Nr. 2 des Betreibungsamtes Volketswil vom 28. September 2016 (act. 12/4) kann zwar entnommen werden, dass die dem Konkurs zugrundeliegende Forderung in der Betreuung Nr. 1 an das Betreibungsamt bezahlt wurde, indes ist daraus das Datum der Zahlung und somit die behauptete Tilgung vor der Konkurseröffnung entgegen der Ansicht der Schuldnerin (act. 10 S. 3) nicht ersichtlich.

Die von der Schuldnerin eingereichte Kopie der Kontobewegung ihres Kontokorrentes bei der UBS per 21. bzw. 27. September 2016 (act. 4/1; act. 12/3) belegt jedoch, dass am 14. September 2016 nicht nur der e-banking Auftrag erteilt wurde, den Betrag von Fr. 8'252.80 an das Betreibungsamt Volketswil "B 1 inkl. Kosten" zu überweisen, sondern dass gleichentags auch die tatsächliche Belastung auf dem Konto der Schuldnerin vorgenommen wurde. Dies ergibt sich aus den folgenden Umständen: Der e-banking Auftrag ging am 14. September 2016 bei der Bank ein; Valuta, Buchung und Abschluss erfolgten noch gleichentags. Der Buchungsbetrag ist sodann mit "CHF -8'252.80" aufgeführt, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass das Kontokorrent der Schuldnerin am 14. September 2016 entsprechend belastet wurde. Darauf deutet auch der Umstand hin, dass das Dokument den Titel Details der *Kontobewegung* trägt und im Onlineportal der Bank unter dem link *Bewegungen* abrufbar ist. Dass aus einem solchen Beleg die Saldoveränderung zufolge Belastung nicht ersichtlich ist, ist nicht ungewöhnlich, schliesslich handelt es sich nicht um einen Kontoauszug. Die zusätzliche Einreichung eines solchen ist grundsätzlich von Vorteil, da gewissen Bankbelegen nicht hinreichend klar entnommen werden kann, ob es sich nur um einen

(widerrufbaren) Zahlungsauftrag handelt oder ob dieser bereits ausgeführt und das Konto entsprechend belastet wurde. Immerhin folgt eine Belastung im Umfang von Fr. 8'252.80 per 14. September 2016 auch aus dem per 29. September 2016 erstellten Kontoauszug für die Zeit vom 30. August bis 29. September 2016 (vgl. act. 12/9), was die Richtigkeit der schuldnerischen Darstellung belegt.

Die Schuldnerin konnte somit nachweisen, dass die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten am 14. September 2016 – und damit wie von ihr geltend gemacht vor der Konkurseröffnung – mit Zahlung an das Betreibungsamt getilgt wurde.

Auch die Sicherstellung der Konkurskosten konnte die Schuldnerin innert der Beschwerdefrist (vgl. Ziff. I.1) mit Urkunde nachweisen. Am 27. September 2016 wurde beim Konkursamt Dübendorf ein Barvorschuss in Höhe von Fr. 500.– geleistet, welcher die Kosten des Konkursgerichtes sowie die aufgelaufenen Kosten des Konkursamtes zu decken vermag (act. 12/14).

4. Die Schuldnerin hat nach dem Gesagten eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten ist. Sodann hat sie inzwischen sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die erst- und zweitinstanzliche Spruchgebühr sichergestellt. Dies führt nach der aufgezeigten Praxis zur Aufhebung der Konkurseröffnung, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen.

5. Mit dem Entscheid in der Sache ist der Antrag der Schuldnerin um Aufschub der Vollstreckung (act. 10 S. 2) hinfällig.

III.

1. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung einige Tage vor dem 20. September 2016 bzw. dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren (act. 7/3-4) 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 der Schuldnerin, beim Konkursgericht auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen – insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn die Schuldnerin durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Darauf wurde in der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 29. August 2016 ausdrücklich hingewiesen (act. 7/3 S. 2). Die Schuldnerin durfte vor diesem Hintergrund nicht ohne weiteres davon ausgehen, das Betreibungsamt werde das Konkursgericht über die Zahlung informieren.

Die Schuldnerin muss sich daher ihr Versäumnis, die erfolgte Tilgung nicht rechtzeitig der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht zu haben, entgegenhalten lassen. Damit hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 20. September 2016, 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 Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 450.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.-- (Fr. 500.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Volketswil, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
6. Oktober 2016