

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180211-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 8. November 2018

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 9. Oktober 2018 (EK180386)

Erwägungen:

1. Gestützt auf das Konkursbegehren der B. _____ AG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin) vom 10. September 2018 (act. 8/1) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster mit Urteil vom 9. Oktober 2018 für eine Forderung von insgesamt Fr. 3'968.80 (Forderung Fr. 3'683.55 zuzüglich Zins 5 % seit 24.05.2018 Fr. 69.65, Gläubigerkosten Fr. 50.– und Betreuungskosten Fr. 165.60) über die A. _____ AG (Schuldnerin und Beschwerdeführerin) den Konkurs (act. 7). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 15. Oktober 2018 zugestellt (act. 8/10). Mit Eingabe vom 25. Oktober 2018 (Poststempel) erhob sie rechtzeitig Beschwerde und beantragte (act. 2 S. 2):

"1. Der mit Urteil des Konkursgerichts Uster vom 9. Oktober 2018 (Geschäfts-Nr. EK180386-I) über die Beschwerdeführerin eröffnete Konkurs sei in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

2. Eventualiter seien die Konkursakten von Amtes wegen an das Nachlassgericht zur Prüfung von Sanierungsaussichten zu überweisen und der Beschwerdeentscheid während dieser Dauer auszusetzen (Art. 173a Abs. 2 SchKG).

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

In prozessualer Hinsicht verlangte die Schuldnerin, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 26. Oktober 2018 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 9).

2. In ihrer Beschwerdeschrift machte die Schuldnerin unter Hinweis auf einen Bankbeleg (act. 5/4) geltend, sie habe die Forderung einen Tag vor der Konkursverhandlung, nämlich am 8. Oktober 2018 getilgt. Leider sei es der Beschwerdegegnerin nicht möglich gewesen, die "Sammelgutschrift ESR" (d.h. die Summe sämtlicher Zahlungseingänge) den verschiedenen Forderungen/Schuldnern zuzuordnen, weshalb sie erst mit Schreiben vom 15. Okto-

ber 2018 resp. vom 18. Oktober 2018 die vollständige Bezahlung der gegenständlichen Forderung habe bestätigen können und die Löschung der Betreibung im Betreibungsregister beantragt habe (act. 2 S. 6). Zudem habe die Gläubigerin gemäss Erklärung vom 18. Oktober 2018 auf Durchführung des Konkurses verzichtet (act. 2 S. 7). Ferner führte die Schuldnerin unter Beilage diverser Urkunden aus, auch die Zahlungsfähigkeit sei gegeben (act. 2 S. 7-12).

3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Im Beschwerdeverfahren können Tatsachen neu geltend gemacht werden, die sich vor dem erstinstanzlichen, angefochtenen Entscheid ereignet haben (Art. 174 Abs. 1 SchKG; das in Abweichung des sonst geltenden Ausschlusses aller neuen Behauptungen gemäss Art. 326 ZPO). 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. Hat sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklicht, so wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen (vgl. OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014). Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79).
4. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin mit Einreichung des Auszahlungsbeleges der Bank C._____ (Belastung beim Schuldner mit Valuta 8. Oktober 2018, act. 5/4), dem D._____ -Kontoauszug der Gläubigerin und dem Schreiben der Gläubigerin betreffend Zahlungseingang (Gutschrift mit Valuta 9. Oktober 2018, act. 5/5-6) die vollständige Tilgung der Konkursforderung belegt. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 9. Oktober 2018,

11:00 Uhr eingetreten ist. Während laufender Beschwerdefrist, nämlich am 25. Oktober 2018, stellte die Schuldnerin beim Konkursamt Uster die Kosten des Konkursamtes und die Kosten der Vorinstanz von Fr. 450.– (insgesamt Fr. 800.–) sicher (act. 5/24 i.V.m. act. 7). Zudem ging am 8. Oktober 2018 auf dem D. _____-Konto der Vorinstanz eine Zahlung der Schuldnerin für die Spruchgebühr in der Höhe von Fr. 250.– ein (act. 8/6). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete die Schuldnerin einen Vorschuss (act. 11). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Praxisgemäss ist von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abzusehen.

5. Am 9. Oktober 2018 wurde um 11:00 Uhr über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 7) und um 14:09 Uhr erkundigte sich die zuständige Rechnungssekretärin des Bezirksgerichtes Uster mit einer Email bei der Gläubigerin, ob die Konkursforderung getilgt worden sei. Falls nicht, würde der Konkurs per 11:00 Uhr eröffnet (act. 8/7). Die Gläubigerin teilte umgehend in einer Email mit, sie könne die Wochenzahlungen dieser Woche erst am nächsten Montag einsehen, soweit es sich um eine BESR Gutschrift handle (act. 8/7 sinngemäss). Hiezu ist zu bemerken, dass es – unabhängig davon, ob ein Schuldner die im Anhang zur Anzeige der Konkursverhandlung erwähnte Spruchgebühr bezahlt hat – nicht Aufgabe der Vorinstanz ist, bei der Gläubigerin abzuklären, ob die Konkursforderung bezahlt worden ist. Es ist vielmehr Aufgabe des **Schuldners**, dem Konkursgericht mittels Urkunden die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen oder allenfalls eine Rückzugserklärung des Gläubigers beizubringen. Zudem hat der Schuldner auch die durch das Konkurseröffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten auf der Konkursgerichtskanzlei bis zum Konkursöffnungstermin bar zu bezahlen. Darauf wurde die Schuldnerin im Anhang zur Vorladungsverfügung hingewiesen (vgl. act. 8/3 Blatt 1 S. 2 Ziff. 2). Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkursöffnung durch das erstinstanzliche Gericht zu verhindern. Es genügte also nicht, dass die Schuldnerin der Vorinstanz Fr. 250.– für die bislang angefallenen Gerichtskosten überwies. Sie hätte ihr

auch entsprechende Belege für den Nachweis der Tilgung der Forderung einreichen müssen.

6. Zum Vorgehen der Vorinstanz, insbesondere zur Email-Anfrage vom 9. Oktober 2018, 14:09 Uhr, ist Folgendes zu bemerken:

Der Konkurs gilt von dem Zeitpunkte an als eröffnet, in welchem er erkannt wird. Das Gericht stellt diesen Zeitpunkt im Konkurserkennnis fest (Art. 175 SchKG). Vorliegend erfolgte die Konkursöffnung um 11:00 Uhr (act. 7 Dispositiv Ziffer 1). Selbst wenn die Gläubigerin den Erhalt der Zahlung in ihrer Email vom 9. Oktober 2018 14:20 Uhr bestätigt hätte, hätte die Konkursöffnung nicht widerrufen werden dürfen. Davon ging die Vorinstanz offenbar aus.

7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie zum einen durch die nicht rechtzeitige Zahlung der Konkursforderung das Verfahren veranlasst, und es zum anderen ebenfalls unterlassen hat, die Vorinstanz über das Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes in Kenntnis zu setzen. Demzufolge ist der Schuldnerin auch keine Entschädigung zuzusprechen. Eine Entschädigung an die Beschwerdegegnerin entfällt, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine Umtriebe entstanden sind, die abzugelten wären.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 9. Oktober 2018 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin beim Konkursamt, Fr. 250.– geleisteter Barvorschuss der Schuldnerin beim Konkursgericht sowie Fr. 1550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, je gegen Empfangsschein.
6. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
8. November 2018