

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210133-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss und Urteil vom 22. Juli 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 5. Juli 2021 (EK210281)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 5. Juli 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'848.– einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 7).

Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde samt Nachtrag beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Er macht geltend, die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten bereits vor der Konkursöffnung bezahlt zu haben (act. 2 Rz 4 ff., act. 6). Zum Zahlungsnachweis reichte er eine Belastungsanzeige der C._____ [Bank] (C'._____) vom 5. Juli 2021, die Buchungsdetails der C'._____ sowie ein Bestätigungsmail der Gläubigerin bzw. der D._____ [Versicherungsgesellschaft] ein (act. 5/3-5). Weiter legte er zahlreiche Belege zu seiner Zahlungsfähigkeit vor (act. 5/13-31) und stellte die konkursamtlichen sowie die erstinstanzlichen Kosten sicher (act. 5/9).

2. Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner kann also nachweisen, dass er die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkursöffnung bezahlt hat. In dieser Konstellation ist für die Gutheissung der Beschwerde (nur) erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt werden. Dann sieht die Kammer nach ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab; dies ungeachtet dessen, dass der Schuldner – mit Blick auf die Sicherstellung der Konkurs- und der erstinstanzlichen Gerichtskosten – auch auf erst nach der Konkursöffnung verwirklichte Tatsachen abstellt (Art. 174 Abs. 2 SchKG; zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3.a) Mit Einreichung der Beschwerde belegte der Schuldner, dass er am 5. Juli 2021 (Datum der Konkursöffnung) Fr. 3'148.– an die D._____ überwiesen hatte (act. 5/3-4). Er erklärt, die Gläubigerin gehöre zur D._____, die mit ihren Mitarbeitern das operative Versicherungsgeschäft der Gläubigerin abwickle. Die Gläubigerin selbst verfüge über keine eigenen Mitarbeiter (act. 2 Rz 4). Dass die Gläubigerin ihre laufenden Geschäftsaktivitäten an die D._____ übertragen hat,

geht aus ihrem Geschäftsbericht 2020 hervor (act. 5/7 S. 4). Die D._____ erscheint denn auch als Versicherer auf der Police und stellte schliesslich das Konkursbegehren (act. 5/8 und 8/1). Die Zahlung erfolgte demnach zu Recht an die D._____.

Die Konkursandrohung lautet auf Fr. 2'467.80 nebst Zins zu 5 % seit 8. Oktober 2020 zuzüglich Fr. 30.– Mahnspesen, Fr. 95.– Inkassogebühren und Fr. 163.60 Betreuungskosten, total Fr. 2'847.65. Für diesen Betrag wurde auch das Konkursbegehren gestellt (act. 8/1 und 8/3/2). Bei dem in der Begründung der Vorinstanz genannten Betrag von Fr. 1'848.– dürfte es sich somit um ein Versehen handeln, denn in der Anzeige der Konkursverhandlung wurde die Forderung mit Fr. 2'848.– angegeben (act. 7 und 8/4). Massgebend ist indes, dass der Schuldner mit seiner Zahlung von Fr. 3'148.–, über deren Zusammensetzung er sich nicht näher äussert, die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten gemäss Konkursbegehren jedenfalls beglichen hat (act. 2 Rz 7).

Der Schuldner macht geltend, er habe den Betrag bereits vor der Konkursöffnung bezahlt. Hierzu führt er aus, gemäss telefonischer Auskunft der C'._____, welche diese aber nur gegenüber dem Gericht schriftlich bestätigen wolle, habe er die Belastung seines Privatkontos am 5. Juli 2021, 13.39 Uhr erfasst und habe die C'._____ die Zahlung um 13.41 Uhr ausgeführt. Da Zahlungen über das Swiss Interbank Clearing (SIC) in Echtzeit abgewickelt würden, sei die Gutschrift zugunsten der Gläubigerin unmittelbar mit der Belastung seines Kontos erfolgt. Damit sei belegt, dass die Konkursforderung vor der am 5. Juli 2021, 15.15 Uhr ausgesprochenen Konkursöffnung beglichen worden sei (act. 2 Rz 8, act. 7). Diese Ausführungen dürfen vorliegend genügen, zumal die Gläubigerin mit E-Mail vom 13. Juli 2021 bestätigte, den Betrag von Fr. 3'148.– am 5. Juli 2021 erhalten zu haben (act. 5/5). Von der Einholung einer schriftlichen Bestätigung der C'._____ über den Zahlungszeitpunkt auf die Stunde oder Minute genau kann abgesehen werden. Zugunsten des Schuldners ist somit davon auszugehen, dass er die Konkursforderung vor der Konkursöffnung getilgt hat. Da der Vorinstanz aber kein Zahlungsnachweis vorlag, eröffnete sie den Konkurs zu Recht.

b) Zu den Kosten, die der Schuldner der Gläubigerin gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abwendung des Konkurses zu zahlen hat, gehören nebst den Betreuungskosten auch die Kosten des Konkursamtes sowie des konkursrichterlichen Verfahrens (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A., Art. 172 N 3; vgl. auch act. 8/4 Ziff. 2 der "wichtigen Hinweise"). Im Beschwerdeverfahren wies der Schuldner mit einer Bestätigung des Konkursamtes Elgg nach, dass er sowohl für die Kosten des Konkursamtes als auch für die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens Sicherheit geleistet hatte (act. 5/9). Anzumerken ist, dass die Gerichtskosten nur dann in der in der Vorladung angegebenen Höhe von Fr. 200.– anfallen, wenn eine Erklärung des Gläubigers (Rückzug des Konkursbegehrens oder Stundung) oder vom Schuldner nachgewiesene Gründe im Sinne von Art. 172 ff. SchKG der Konkurseröffnung entgegenstehen. Vorliegend wurde der Konkurs jedoch eröffnet, weshalb sich die effektiven Gerichtskosten auf Fr. 300.– belaufen (act. 7). Der Schuldner stellte die Kosten von Konkursamt und Konkursgericht zwar erst nach der Konkurseröffnung, aber innert der Beschwerdefrist sicher. Somit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt, ohne dass, wie unter Ziffer 2 erwogen, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen wäre.

c) Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet, und die Konkurseröffnung ist aufzuheben.

4. Die Kosten beider Instanzen und auch des Konkursamtes hat der Schuldner zu tragen. Er hat dieses Verfahren veranlasst, indem er die Konkursforderung erst unmittelbar vor der Konkurseröffnung tilgte, dem Konkursgericht die Zahlung nicht nachwies und auch die Kosten des Konkursgerichtes nicht rechtzeitig vor der Konkursverhandlung sicherstellte. Schliesslich liegt es in seinem Interesse, durch umgehende Mitteilung an das Gericht die Eröffnung des Konkurses wenn möglich abzuwenden.

Für das Beschwerdeverfahren sind die Kosten auf Fr. 750.– festzusetzen. Ein Vorschuss wurde nicht eingeholt.

5. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Entscheid.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 5. Juli 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Elgg wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten 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 Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Elgg, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Elgg, 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: