

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170119-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 8. August 2017

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Mai 2017 (EK170092)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 31. Mai 2017 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen für eine Forderung von Fr. 20'000.– nebst 5% Zins seit 15. September 2016 zuzüglich Fr. 206.60 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte diese die Abweisung des Konkursbegehrens, eventualiter die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sie macht geltend, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bereits vor der Konkurseröffnung beglichen zu haben. Zum Zahlungsnachweis reichte sie zahlreiche Unterlagen ein (act. 2, act. 5/3-14).

2. Mit Verfügung vom 20. Juni 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Weiter wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 9). Die Schuldnerin leistete den Barvorschuss innert Frist (act. 11). Eine Beschwerdeantwort ging nicht ein.

3. Mit der Beschwerde können unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Zudem sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zu den drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) selbst dann zulässig, wenn sie erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Stützt sich der Schuldner auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat er zusätzlich zu deren Nachweis seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Nachfristen sind keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

Weist der Schuldner im Beschwerdeverfahren nach, dass er die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkursöffnung bezahlt hat, ist für die Gutheissung der Beschwerde erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt werden. In diesen Fällen 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 Konkurskosten – auch auf erst nach der Konkursöffnung verwirklichte Tatsachen abstellt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

4.a) Der Zahlungsbefehl in der Betreuung Nr. ... des Betreibungs-amtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon lautet auf einen Forderungsbetrag von Fr. 56'660.– zuzüglich Zinsen und Betreuungskosten für "ausstehende Mietzinse seit April 2016 bis Februar 2017 (11 x CHF 6'060.00 abzüglich Teilzahlung von CHF 10'000.–, mittlerer Verfall)". Da der am 22. Februar 2017 im Umfang von Fr. 36'660.– erhobene Teilrechtsvorschlag offenbar (noch) nicht beseitigt ist, setzte die Gläubigerin die Betreuung nur im Umfang von Fr. 20'000.– sowie Zinsen und Kosten fort (act. 5/5, act. 7/1).

b) Mit Valuta vom 27. Februar 2017 überwies die Schuldnerin ohne Angabe eines Zahlungszwecks Fr. 5'000.– und Fr. 6'600.– an die Gläubigerin. Diese quittierte die Zahlungseingänge von total Fr. 11'600.– mit Schreiben vom 14. März 2017 und erklärte, dass hiervon Fr. 5'540.– an die Betreuung angerechnet würden (act. 2 S. 4 f., act. 5/6: Fr. 5'000.– und die Differenz von Fr. 6'600.– und Fr. 6'060.– = Fr. 5'540.–). Nach Treu und Glauben ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin damit nicht den nur fünf Tage zuvor bestrittenen Betrag von Fr. 36'000.– reduzieren wollte, weshalb ihre Teilzahlung an die dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Forderung von Fr. 20'000.– anzurechnen ist. Es verbleiben somit Fr. 14'460.–.

Am 27. März und 27. April 2017 leistete die Schuldnerin je Fr. 6'060.– an die Gläubigerin, welche die Überweisungen am 18. Mai 2017 bestätigte (act. 2 S. 5, act. 5/7). Da sich weder die Schuldnerin noch die Gläubigerin zur Tilgungsreihenfolge äusserten, ist die Zahlung von Fr. 12'120.– in Anwendung von Art. 87

Abs. 1 OR an die betriebene Forderung und da wiederum an den nicht durch Rechtsvorschlag gehemmteten Teil der Betreuung anzurechnen. Dieser verringerte sich demnach von Fr. 14'460.– auf Fr. 2'340.–.

Schliesslich überwies die Schuldnerin abermals ohne Nennung eines Zahlungsgrundes am 26. Mai 2017 (Valuta) weitere Fr. 6'100.– an die Gläubigerin (act. 2 S. 5 f., act. 5/8-9). Ergänzend führt sie in ihrer Beschwerde aus, bei Buchungen mittels E-Banking seien die Daten der Belastung des Senderkontos und der Gutschrift auf dem Empfängerkonto identisch oder würden höchstens einen Bankwerktag abweichen. Demnach seien die Fr. 6'100.– der Gläubigerin ebenfalls am Freitag, 26. Mai 2017, spätestens aber am Montag, 29. Mai 2017 zugegangen (act. 2 S. 6). Für die Frage, wann eine Zahlung als erfolgt gilt, ist auf das Datum der Belastung des Senderkontos abzustellen, da ein Schuldner den Zeitpunkt des Zahlungseingangs beim Gläubiger im Allgemeinen nicht nachzuweisen vermag (vgl. auch Art. 143 Abs. 3 ZPO zur Fristwahrung). Massgebend ist somit der 26. Mai 2017. Nach dem oben Gesagten sind auch die Fr. 6'100.– an die Betreuung, soweit sie nicht durch Rechtsvorschlag eingestellt ist, anzurechnen, bis die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten vollständig getilgt ist. Am 26. Mai 2017 belief sich die Konkursforderung noch auf Fr. 3'253.45 (Fr. 2'340.– Restschuld + Fr. 706.85 Zins [7/6] + Fr. 206.60 Betreuungskosten [7/6]). Mit der gleichentags erbrachten Zahlung wurde die Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten damit vor der Konkurseröffnung am 31. Mai 2017 beglichen. Es verbleibt ein Überschuss von Fr. 2'846.55.

c) Der Vorinstanz lagen im Zeitpunkt der Konkursverhandlung lediglich das oben erwähnte Schreiben der Gläubigerin vom 14. März 2017 mit einer Einzahlungsquittung und zwei weitere Buchungsnachweise vom Dezember 2016 von Zahlungen von Fr. 10'000.– und Fr. 6'060.– vor (act. 7/14-16). Mit diesen nicht näher kommentierten Belegen war die Tilgung der Konkursforderung nicht hinreichend nachgewiesen bzw. nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz den Konkurs zu Recht eröffnete. Anzumerken bleibt indes Folgendes: Anlässlich der Verhandlung vom 31. Mai 2017 wies der Konkursrichter die Schuldnerin auf den ungenügenden Zahlungsnachweis hin. Er führte weiter aus, dass der Konkurs eröffnet

werden müsse, sollte die gesamte betriebene Schuld nicht bis am Nachmittag bezahlt werden (Prot. I S. 1 = act. 7/17A). In Anbetracht dieser Erklärung durfte die Schuldnerin auch ohne genaue Zeitangabe nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Konkursrichter mit der Eröffnung bis gegen 16.00 Uhr zuwarten würde. Stattdessen eröffnete er den Konkurs bereits um 11.30 Uhr, nachdem die Gläubigerin auf telefonische Nachfrage des Gerichtes die vollständige Tilgung der Forderung bestritten hatte (act. 7/18-19). Aus diesem Vorgehen erwuchs der Schuldnerin insofern kein Nachteil, als sie der Vorinstanz auch bis am (späteren) Nachmittag des 31. Mai 2017 keine weiteren Unterlagen vorlegte. Zwar gab sie gleichentags verschiedene Belege zur Post, welche aber erst am 1. Juni 2017 und damit effektiv verspätet bei der Vorinstanz eingingen (act. 7/22 und 7/23/1-6).

5.a) Zu den Kosten, die der Schuldner dem Gläubiger 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. Aufl., Art. 172 N 3; siehe auch act. 7/6). Die Schuldnerin bezahlte bereits vor der Konkurseröffnung bei der Bezirksgerichtskasse die auf der Vorladung aufgeführten Fr. 250.– (act. 2 S. 7, act. 5/12, act. 6 Dispositiv-Ziffer 4, act. 7/6). Die Gerichtskosten fallen aber nur dann in dieser reduzierten Höhe an, 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 indes eröffnet, weshalb sich die effektiven Gerichtskosten auf Fr. 500.– belaufen (act. 6 Dispositiv-Ziffer 3). Mit Einreichung der Beschwerde belegte die Schuldnerin nunmehr, dass sie am 16. Juni 2017 und damit innerhalb der Beschwerdefrist sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die noch offenen Gerichtskosten sichergestellt hatte (act. 2 S. 8, act. 5/14). Ebenfalls rechtzeitig leistete sie den Barvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 11). Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt, ohne dass, wie unter Ziffer 3 erwogen, die Zahlungsfähigkeit zu prüfen wäre.

b) Wie oben gesehen überstieg die Zahlung der Schuldnerin vom 26. Mai 2017 in Höhe von Fr. 6'100.– die (Rest-)Konkursforderung um Fr. 2'846.55 (Erw. 4.b)). Zusätzlich zahlte die Schuldnerin am 31. Mai 2017 noch vor der Konkurseröffnung beim Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon Fr. 927.45, wovon Fr. 913.45 (Zins und Betreuungskosten) an die Gläubigerin abgeliefert wurden (act. 2 S. 7 f., act. 5/13). Der aufgelaufene Zins sowie die Betreuungskosten wurden demnach, soweit ersichtlich, doppelt beglichen. Wofür die Schuldnerin den Überschuss sowie nochmals Fr. 927.45 leistete bzw. ob sie daraus gegen die Gläubigerin einen Anspruch auf Rückerstattung hat, ist in diesem Verfahren nicht weiter abzuklären. Dass die Schuldnerin ihre Zahlungen an die Konkursforderung anrechnen bzw. diese damit tilgen wollte, ist wie ausgeführt mit Blick auf die gesetzliche Anrechnungsordnung von Art. 87 OR anzunehmen. Hingegen musste die Gläubigerin nicht davon ausgehen, dass mit den Zahlungen nebst der betriebenen Schuld auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes bezahlt werden sollten, zumal sich hierfür keinerlei Anhaltspunkte aus den Akten ergeben und die Schuldnerin diese Kosten beim Konkursamt (erneut) sicherstellte. Die entsprechende nachträgliche Anrechnungserklärung in der Beschwerdeschrift ist daher unbeachtlich (act. 2 S. 7 f.). Der Gläubigerin ist demnach der gesamte an die Vorinstanz geleistete Vorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten.

6. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen.

7. Die Kosten beider Instanzen sowie des Konkursamtes hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch ihre Säumnis das Verfahren verursacht hat. Für eine Kostenaufgabe an die Gläubigerin besteht kein Grund (act. 2 S. 2). Diese sah sich durch die verspätete Zahlung der Schuldnerin überhaupt erst veranlasst, das Konkursbegehren zu stellen. Es ist Sache der Schuldnerin, das Konkursgericht über vorgenommene Zahlungen umfassend in Kenntnis zu setzen. Schliesslich liegt es in ihrem Interesse, durch rechtzeitige Mitteilung an das Gericht die Eröffnung des Konkurses wenn möglich abzuwenden.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Mai 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von den Parteien je zur Hälfte bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'050.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Küssnacht-Zollikon-Zumikon, 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:
9. August 2017