

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170266-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 5. Dezember 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Versicherung AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 27. November 2017 (EK170583)

Erwägungen:

1. Die Gläubigerin betrieb die Schuldnerin am 24. Mai 2017 für eine Forderung von etwas über Fr. 800.--, Zinsen und Kosten. Am 28. Juli 2017 wurde die Konkursandrohung ausgestellt. Offenbar verlangte die Gläubigerin die Konkursöffnung und wurden die Parteien zur Konkursverhandlung vorgeladen. Vermutlich als Reaktion darauf zahlte die Schuldnerin am 7. November 2017 per Post Fr. 3'524.-- an das Betreibungsamt Elgg ein (act. 4/1). Gemäss Auskunft dieses Amtes wünschte sie, dass aus dieser Zahlung unter anderem die Forderung beglichen werde, für welche der Konkurs angedroht worden war. Dem habe man aber nicht entsprechen dürfen, weil die Konkursandrohung bereits mehr als zwanzig Tage alt war, die Gläubigerin also schon hätte das Konkursbegehren stellen können und damit zu den in der Konkursandrohung genannten weiteren Kosten hinzu gekommen sein könnten (Akttenotiz vom 30. November 2017, act. 8). In der Tat erhielt die Schuldnerin vom Betreibungsamt eine Abrechnung vom 9. November 2017, welche die Zahlung einer Forderung der Gläubigerin in der Grössenordnung derjenigen betrifft, welche dann später zum Konkurs führte - aber nicht die Betreuung Nr. 1, sondern eine Betreuung Nr. 2 (act. 4/2). Eine Bestätigung der Gläubigerin vom 29. November 2017 erklärt, es seien die "provisorischen" Prämien der Schuldnerin für die Periode Juli bis Dezember 2017 bezahlt (act. 4/5). Auf Anfrage erläuterte die zuständige Sachbearbeiterin allerdings, die Bestätigung sei falsch. Was sie damit meinte, konnte sie nicht sagen, und zur Betreuung Nr. 1 hatte sie keine Unterlagen (act. 8). Ein anderer Mitarbeiter musste auf eine andere Abteilung verweisen (act. 9). Diese reagierte auf die entsprechende Anfrage des Gerichtes und sandte die nötigen Unterlagen ein (act. 12).

Am 29. November 2017 hat die Schuldnerin gegen das Konkurs-Urteil Beschwerde erhoben (act. 2). Sie belegt, dass sie am 29. November 2017 beim Konkursamt Fr. 600.-- hinterlegte, und dass das neben der Spruchgebühr des Konkursgerichts für die mutmasslichen Kosten auch des Konkursamts ausreicht (act. 4/3). Daneben hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Fr. 750.-- sichergestellt (act. 4/4). Weiter hat sie am 1. Dezember 2017 bei der Kasse des Obergerichts Fr. 881.70 als Sicherstellung der Konkursforderung bezahlt (act. 13).

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren unter anderem dann aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Der Schuldner kann auch nachweisen, dass im Moment der Konkureröffnung ein Konkurshinderungsgrund (Art. 172 SchKG) bestand, auch wenn das Gericht diesen nicht kannte. In diesem Fall ist das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit nach der Praxis der Kammer nicht nötig.

Die Schuldnerin schreibt in der Beschwerde, sie habe "die Forderung" samt Zins und Betreuungskosten bezahlt und beruft sich dafür auf die Quittung des Betreibungsamtes (act. 2 und act. 4/2). Wie vorstehend dargestellt, nahm das Amt aber die Zahlung der Schuldnerin – entgegen deren Anweisung (act. 8) – nicht für die Betreuung entgegen, für welche der Konkurs angedroht war, sondern für eine andere. Das war falsch und verletzte Art. 12 SchKG, wonach der Schuldner eine in Betreuung gesetzte Forderung beim Amt zahlen kann. Dass das nicht mehr möglich sein sollte, wenn die Konkursandrohung vor zwanzig oder mehr Tagen ergangen ist, verletzt das Gesetz. Die Schuldnerin, deren Geschäftsführer sich zwar auf deutsch durchaus verständlich machen kann, aber im Betreibungsrecht offenkundig nicht bewandert ist, konnte sich gegen das rechtswidrige Vorgehen des Amtes nicht zur Wehr setzen, erkannte wohl auch dessen Tragweite gar nicht. Mittlerweile ist die kritische Forderung hinterlegt. Die Gläubigerin kann auf Heller und Pfening befriedigt werden. Es drängt sich auf, die Sache so zu beurteilen, wie wenn das Betreibungsamt korrekt gehandelt hätte und die Konkursforderung demnach noch vor der Konkureröffnung bezahlt worden wäre.

Damit erweist sich der Beschwerde als begründet.

2.2 Zu Handen des Betreibungsamtes ist folgendes klarzustellen: das Fortsetzungsbegehren kann zwanzig Tage nach Zustellung des Zahlungsbefehls ge-

stellt werden (Art. 88 SchKG), und dann wird dem Schuldner "unverzüglich" der Konkurs angedroht (Art. 159 SchKG). Der Gläubiger kann dann wiederum nach zwanzig Tagen, längstens bis fünfzehn Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls das Konkursbegehren stellen (Art. 166 Abs. 1 und 2 SchKG). Nach der Praxis des Betreibungsamtes wäre Art. 12 SchKG also unter Umständen weit über ein Jahr still ausser Kraft gesetzt. Nur schon das zeigt, dass die Auffassung nicht richtig sein kann, so bald der Gläubiger das Konkursbegehren stellen könne, sei eine Zahlung an das Amt nicht mehr zulässig.

Dem Vernehmen nach scheuen die Ämter Vorwürfe der Gläubiger, wenn sie eine Zahlung entgegennehmen und bereits das Konkursbegehren gestellt ist, weil die Gläubiger fürchten, den Kostenvorschuss gemäss Art. 169 SchKG wieder eintreiben zu müssen, und dies schlimmstenfalls auf dem Weg einer neuen Betreuung gegen den Schuldner, der es bereits einmal bis zum Konkursbegehren hat kommen lassen. Das Problem des Kostenvorschusses für das Konkursverfahren ist aber anders und gesetzeskonform zu lösen, und es wird tatsächlich anders gelöst: die Konkursgerichte pflegen in der Vorladung zur Konkursverhandlung anzumerken, dass der Schuldner die Forderung noch bis zur Verhandlung zahlen kann, dass aber zu den in der Konkursandrohung genannten Kosten hinzu eine in der Regel reduzierte Gebühr für das Konkursgericht bezahlt werden muss (KuKo SchKG-DIGGELMANN 2. Aufl. 2014, Art. 172 N. 3). Und auch wenn das Verfahren bis zur Beschwerde weiter geht, werden die Interessen des Gläubigers gewahrt: der Schuldner kann sich darauf berufen, er habe noch vor Konkurseröffnung bezahlt, und der Konkurs wird aufgehoben, auch wenn das Konkursgericht von diesem entscheidenden Umstand nicht informiert wurde und die Konkurseröffnung demnach fehlerfrei war; der Schuldner muss dann aber sowohl die Kosten des Konkursgerichts als auch des Konkursamtes sicherstellen, damit der Gläubiger seinen Vorschuss ungeschmälert zurück erhält (KuKo SchKG, Art. 174 N. 10).

3. Die Kosten werden im Fall der Zahlung vor Konkurseröffnung regelmässig dem säumigen Schuldner auferlegt, der die Zahlung dem Konkursgericht nicht mitteilte. Hier ist das nicht angebracht. Als die Schuldnerin am 7. Oktober 2017 dem Betreibungsamt Zahlung leistete, war zwar das Konkursbegehren

schon gestellt (act. 7/1), aber die Konkursverhandlung war erst auf den 27. November 2017 angesetzt. Hätte das Betreibungsamt gesetzeskonform gehandelt, hätte es zur Konkursöffnung nicht kommen müssen. Es sind daher wohl die Kosten des Konkursgerichts der Schuldnerin zu belassen, hingegen diejenigen des Konkursamtes und des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 27. November 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, der Gläubigerin Fr. 811.70 auszuzahlen.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Die aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.-- wird in dieser Höhe bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
5. Die Kosten des Konkursamtes Elgg werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursamt Elgg wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.-- (Fr. 600.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin Fr. 300.-- zu zahlen.

7. 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 an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Elgg, je gegen Empfangsschein.
8. 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. A. Götschi

versandt am:
5. Dezember 2017