

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120162-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 21. September 2012

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ AG, Inkassodienst,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. September 2012 (EK121242)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 26. August 2010 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma A._____ eingetragen. Die Einzelunternehmung bezweckt Übersetzungen und Firmenberatungen (act. 6).

2. Mit Urteil vom 3. September 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 144.35 nebst Zins zu 5% seit 21. Dezember 2011 zuzüglich Spesen von Fr. 60.00 und Betreuungskosten von Fr. 75.00 (Betreibungsnummer ... des Betreibungsamts C._____; vgl. act. 4 = act. 7).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 7. September 2012, beim Obergericht eingegangen am 12. September 2012, beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2).

Zur Begründung verweist der Schuldner auf die am 29. August 2012 beim Betreibungsamt C._____ erfolgte Tilgung der Konkursforderung sowie auf weitere Zahlungen an die Gläubigerin (für andere Forderungen), worüber er die Gläubigerin am selben Tag informiert habe (act. 2 S. 3).

4. Mit Verfügung vom 12. September 2012 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

5. Den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren leistete der Beschwerdeführer bereits vor der Beschwerdeerhebung (act. 5/7).

II.

1. Der Schuldner hat innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr mit der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 1'000.00 beim Konkursamt sichergestellt (act. 5/6).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren 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.

Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt.

3. Wie erwähnt, hat der Schuldner vorliegend die Konkursforderung bereits am 29. August 2012 beim Betreibungsamt getilgt (Bestätigung des Betreibungsamts C._____ vom 29. August 2012 inkl. Zinsberechnung, act. 5/3).

Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten ist.

4. Wie dargelegt, hat der Schuldner inzwischen sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die erst- und zweitinstanzliche Spruchgebühr sichergestellt. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt und die Beschwerde erweist sich als begründet.

Somit ist die Konkurseröffnung aufzuheben, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

III.

1. Der Schuldner 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 Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, und auch wenn die Gläubigerin ihm telefonisch mitteilte, sie werde alle gegen ihn eingeleiteten Betreibungsmassnahmen zurückziehen (act. 2 S. 4), durfte sich der Schuldner seinerseits nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wäre.

Vielmehr war es nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 3. September 2012 (act. 8/3-4) am Schuldner, beim Konkursgericht selber auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen – insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Der blosse telefonische Hinweis einer Frau D._____ von der Gläubigerin gegenüber der Vorinstanz, wonach der Schuldner die Forderung bezahlt habe (act. 5), genügt daher nicht. Zu beanstanden ist in diesem Zusammenhang auch nicht, dass die Vorinstanz den Anruf von Frau D._____ nicht als Rückzugserklärung nach Art. 167 SchKG genügen liess, sondern dass sie telefonisch auf die Möglichkeit einer Rückzugserklärung *der B._____* (respektive einer zeichnungsberechtigten Person) verwies (act. 8/5).

Das Versäumnis, die erfolgte Tilgung nicht selber rechtzeitig der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht zu haben, ist dem Schuldner daher entgegen zu halten.

Damit hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die des Konkursamtes zu tragen. Die ihm auferlegte Gerichtsgebühr 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 Bezirksgerichts Zürich vom 3. September 2012 (EK121242-L), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt E. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich und das Konkursamt E. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C. _____, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: