

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120203-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 12. November 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Oktober 2012 (EK120277)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen eröffnete mit Urteil vom 31. Oktober 2012 für eine Forderung von Fr. 1'051.05 nebst Zins zu 5% seit 30. November 2011 zzgl. Fr. 80.-- Spesen und Fr. 172.-- Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C._____) über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) den Konkurs (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 1. November 2012 (hierorts eingegangen am 5. November 2012) beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses mit der Begründung, die Konkursforderung inkl. Spesen sei bereits vor der Konkurseröffnung zuhanden der Gläubigerin beglichen worden (act. 2 und 4; act. 7/11/1 und 7/12/1). Mit Verfügung der Kammer vom 5. November 2012 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass seine Beschwerdeschrift in Bezug auf die Tilgung bzw. Sicherstellung der Konkurskosten unvollständig sei und innert der Rechtsmittelfrist verbessert werden könne. Sodann wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und wurde dem Schuldner eine 10-tägige Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt (act. 8). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 9/1 und 10/1).

2.1 Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere die Tatsache, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn die Zahlung dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich die betriebene Partei erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss sie nachweisen, dass sie neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessentschädigung an die Gläubigerin im Konkurseröffnungsverfahren insbe-

sondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat. Da der Konkurs mit dem Urteil des Konkursgerichts als eröffnet gilt (Art. 175 SchKG), wird das Konkursamt sofort tätig, und es entstehen damit auch sofort Kosten. Für diese haftet die betreibende Gläubigerin mit dem geleisteten Vorschuss (Art. 169 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, N 2 zu Art. 169). Es ist nicht gerechtfertigt, der Gläubigerin die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt aufzubürden, mit der Begründung, sie hätte dem Konkursgericht von der Zahlung Mitteilung machen und damit die Konkurseröffnung verhindern können und müssen. Regelmässig zahlen die Schuldner erst während des laufenden Verfahrens beim Konkursgericht. Die Kosten für das Anlegen des Dossiers, das Studium der Unterlagen und die Vorladungen sind daher schon angefallen. Es ist in erster Linie Sache des sozusagen bis zur letzten Minute säumigen Schuldners, das Konkursgericht von der Zahlung zu informieren. Eine Aufhebung des Konkurses darf daher nur in Frage kommen, wenn sicher gestellt ist, dass die Gläubigerin den ganzen Vorschuss zurück erhält (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011).

2.2 Der Schuldner macht geltend, die Konkursforderung inkl. Spesen bereits am 23. Oktober 2012 und somit vor der Konkurseröffnung zuhanden der Gläubigerin beglichen zu haben (act. 2). Aus dem vom Schuldner eingereichten und an das Konkursamt D._____ adressierten Schreiben der Gläubigerin bzw. deren Inkassodienst vom 31. Oktober 2012 ist ersichtlich, dass Herr E._____, Leiter Inkassodienst / Finanzen (Mitglied des Kaders) sowie Frau F._____, Teamleiterin Inkassodienst / Finanzen, unterschriftlich bestätigt haben, dass „alle offenen Rechnungen inkl. Spesen aus der Betreuung Nr. ... am 23.10.2012 vollständig beglichen“ wurden. Die Betreuung sei somit bezahlt und erledigt sowie im Register mit „bezahlt“ zu vermerken (act. 4). Bei dieser Ausgangslage ist von einer konkurshindernden Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG auszugehen, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 31. Oktober 2012 eingetreten ist.

2.3 Die Sicherstellung der Konkurskosten konnte der Schuldner innert der Beschwerdefrist mit Urkunden nachweisen. Er hinterlegte am 8. November 2012 beim Konkursamt D._____ den Betrag von Fr. 900.--, welcher die Kosten des

Konkursgerichtes sowie die aufgelaufenen Kosten des Konkursamtes zu decken vermag (act. 10/2).

2.4 Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen, wenn der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben wird, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels, oder weil der Schuldner nachweist, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011). Der über den Schuldner am 31. Oktober 2011 eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben.

3. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung die Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Oktober 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidungsbüher wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 900.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'300.-- 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 sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsre-

gisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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. D. Tolic

versandt am: