

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120225-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 26. November 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. November 2012 (EK120351)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen eröffnete mit Urteil vom 14. November 2012 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 23. November 2012 beantragt der Beschwerdeführer die Erteilung der aufschiebenden Wirkung und die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Er macht geltend, er habe die Konkursforderung vor Eröffnung des Konkurses bezahlt. Ferner leistete der Beschwerdeführer bereits am 22. November 2012 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 4/4).

2. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (vgl. BGE 136 III 294 zur Rechtslage bis Ende 2010, und ZR 110/2011 Nr. 5 zur Praxis unter der neuen ZPO). Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es 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. Berufet sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessentschädigung an den Gläubiger im Konkurseröffnungsverfahren insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (ZR 110 Nr. 79). Wird der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels, oder weil der Schuldner (wie hier) neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde, so wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7 und 12).

3. Die Forderung der Beschwerdegegnerin wurde vom Beschwerdeführer einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten mit Zahlung an das Betreibungsamt C._____ am 9. November 2012, mithin vor Konkurseröffnung am 14. November 2012 bezahlt (act. 4/2). Die Gerichtsgebühr des Konkursgerichts wurde auf Fr. 300.-- festgesetzt (act. 3). Diese sowie die konkursamtlichen Kosten wurden ferner mit der Zahlung von Fr. 500.-- beim Konkursamt C._____ sichergestellt (act. 4/3). Der über den Beschwerdeführer eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinfällig.

4. Die Kosten beider Instanzen hat der Beschwerdeführer zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung die Verfahren überhaupt erst veranlasst hat. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.-- festzulegen und aus dem vom Beschwerdeführer geleisteten Vorschuss zu beziehen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. November 2012, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.-- (Fr. 500.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksamtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt 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. K. Houweling-Wili

versandt am: