

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 3. Mai 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin ,

vertreten durch B._____ AG, Inkasso

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. April 2013 (EK130326)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Schuldner ist seit dem 9. Mai 1988 als Inhaber des Einzelunternehmens A1._____ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 5). Mit Urteil vom 10. April 2013, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung von Fr. 539.70 nebst 5 % Zins seit 5. März 2012 abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 579.70 vom 4. September 2012, Fr. 100.-- Bearbeitungsgebühren und Fr. 152.-- Betreuungskosten (act. 3 = act. 7/6). Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 12. April 2013 (Datum Poststempel; act. 1) rechtzeitig Beschwerde. Er verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gläubigerin. Ferner ersuchte er darum, es sei seiner Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 1 S. 1).

1.2. Mit Verfügung vom 15. April 2013 (act. 8) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt, da auf Grund der vom Schuldner eingereichten Unterlagen davon auszugehen war, er habe die Forderung der Gläubigerin getilgt. Gleichzeitig wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– angesetzt. Dieser traf rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (vgl. act. 9/1 und act. 12). Die Gläubigerin äusserte sich unaufgefordert in einer Eingabe vom 17. April 2013 (act.10) samt Beilagen (act. 11/1+2).

2. Materielles

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, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkursöffnung 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. In einem solchen Fall ist nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abzusehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 12).

2.2. Mit seiner Beschwerdeschrift macht der Schuldner im Wesentlichen geltend, er habe die gesamte Forderung der Gläubigerin bereits am 26. März 2013 bezahlt (act. 2 S. 1). Die Begleichung der Forderung samt Zinsen und Kosten weist er mit einem entsprechenden Zahlungsbeleg nach (vgl. act. 4/1; vgl. auch act. 7/3/1 und act- 7/3/2). Überdies reichte der Schuldner im Beschwerdeverfahren eine Bestätigung des Konkursamtes C. _____ ein, gemäss welcher er am 11. April 2013 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet habe (act. 4/2). Dieser sollte die bisher entstandenen Konkurskosten und die Kosten des Bezirksgerichtes Zürich für die Konkurseröffnung decken. Damit hat der Schuldner den Konkurs hinderungsgrund der Tilgung nachgewiesen. Auf die Prüfung seiner Zahlungsfähigkeit ist im vorliegenden Fall zu verzichten. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, und die Konkurseröffnung ist aufzuheben.

2.3. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens hat der Schuldner zu tragen, da er dieses durch die verspätete Zahlung veranlasst hat (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Zu Unrecht beruft er sich darauf, er habe angenommen, das Konkursgericht werde ohne sein Zutun von seiner Zahlung Kenntnis erlangen (vgl. act. 2 S. 2). Das Gericht spricht die Konkurseröffnung aus, sofern nicht einer der in den Art. 172-173a SchKG erwähnten Fälle vorliegt. Ein solcher ist zum Beispiel vorhanden, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist oder dass der Gläubiger (bzw. die Gläubigerin) ihm Stundung gewährt hat (vgl. Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechende Hinweise an die Parteien werden richtsnotorisch bei Erlass der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung gemacht. Den Erhalt einer solchen hat der Schuldner nie bestritten, vielmehr hat er die Kopie der ersten Seite der an ihn ergangenen Vorladung zur Verhandlung vom 10. April 2013 ins Recht gereicht (vgl. act. 4/3).

2.4. Mit dieser Entscheidung wird mit Bezug auf die Konkurseröffnung zwar anders entschieden, als die Gläubigerin im vorinstanzlichen Verfahren beantragte und wie das Konkursgericht erkannte. Die Gläubigerin wird damit aber rein formell

"beschwert". Da ihre Forderung samt allen Kosten erfüllt ist, wurde entsprechend der ständigen Praxis der Kammer keine Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. In ihrer unaufgefordert eingereichten Stellungnahme vom 17. April 2013 (act. 10) hat die Gläubigerin ferner auf die Durchführung des Konkurses verzichtet, falls ihr der beim Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich einbezahlte Kostenvorschuss zurückerstattet werden sollte.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens hat der Schuldner durch den verspäteten Nachweis seiner Zahlung veranlasst, weshalb er sie zu tragen hat (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Aus dem selben Grund kann er im Rechtsmittelverfahren auch keine Parteientschädigung für sich beanspruchen. Die Gläubigerin hat ihre Eingabe vom 17. April 2013 unaufgefordert eingereicht, so dass sie für die in diesem Zusammenhang entstandenen Umtriebe keine Entschädigung verlangen kann (vgl. Art. 95 Abs. 1 lit. b und Art. 108 ZPO). Sie hat denn auch keine solche beantragt (vgl. act. 10).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. April 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Es wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.-- 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage von Kopien der act. 10 und act. 11/1+2, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 4/1, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F: Gohl Zschokke

versandt am: