

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140043-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. T. Engler

Urteil vom 7. März 2014

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Hinwil vom 17. Februar 2014 (EK140023)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 1. Oktober 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma "C. _____, Inhaber A. _____", eingetragen. Die Einzelunternehmung bezweckt das Verlegen von Parkett und Bodenbelägen (act. 5).

2. Mit Urteil vom 17. Februar 2014, nach Bezahlung des Kostenvorschusses von Fr. 1'800.00 durch die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin), eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil den Konkurs über den Schuldner. Dies geschah für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'533.65 zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 73.00 (Betreibungsnummer ... des Betreibungsamts Wald-Fiscenthal ZH; vgl. act. 3).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 18. Februar 2014, beim Obergericht eingegangen am 20. Februar 2014, beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses.

Der Schuldner macht geltend, er habe die Konkursforderung bereits vor der Konkurseröffnung bezahlt, und die Gläubigerin habe in der Folge das Konkursbegehren zurückgezogen. Allerdings sei die Rückzugserklärung nicht mehr rechtzeitig bei der Vorinstanz eingegangen, sondern habe sich mit dem Konkurseröffnungsentscheid gekreuzt (act. 2).

4. Mit Verfügung vom 24. Februar 2014 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen (act. 10).

5. Der Kostenvorschuss wurde mit Posteingahlung vom 28. Februar 2014 fristgemäss geleistet (act. 12).

II.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat der Schuldner zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen.

2. Auch wenn der Schuldner im Beschwerdeverfahren nachweist, dass er die Schuld samt Zinsen und in der Konkursandrohung aufgeführte Kosten bereits vor Konkurseröffnung bezahlt hat, ist nach der Praxis der Kammer für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Bei ersterem (Tilgung vor Konkurseröffnung) handelt es sich um eine neue Tatsache nach Art. 174 Abs. 1 SchKG. Letzteres, die Bezahlung oder Sicherstellung der Konkurskosten, ist dagegen eine erst nach Konkurseröffnung eingetretene Tatsache nach Art. 174 Abs. 2 SchKG. Diese Einordnung hätte nach der aufgezeigten gesetzlichen Systematik zur Folge, dass zusätzlich zum Nachweis des Konkursaufhebungsgrundes die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen wäre.

Die Kammer sieht indes in dieser Konstellation in ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab. Dass der Schuldner sich dabei teilweise – mit Blick auf die Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts – auf erst nach der Kon-

kurseröffnung eingetretene Tatsachen stützt, bleibt somit unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3. Vorliegend tilgte der Schuldner die Konkursforderung inkl. Kosten bereits mit Posteinzahlung vom 11. Februar 2014 – und damit wie von ihm geltend gemacht vor der Konkurseröffnung – direkt an die Gläubigerin (act. 4). Die Gläubigerin zog daraufhin mit Eingabe an die Vorinstanz vom 17. Februar 2014 das Konkursbegehren zurück. Die Eingabe wurde allerdings erst am 18. Februar 2014 der Post übergeben und ging am 19. Februar 2014 (und damit, was der Schuldner ebenfalls zutreffend geltend macht, erst nach erfolgter Konkurseröffnung) bei der Vorinstanz ein (vgl. act. 6/11).

Zudem stellte der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.00 mit der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 1'000.00 beim Konkursamt sicher (act. 9/2)

4. Der Schuldner hat somit eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten ist. Sodann hat er inzwischen sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die erst- und zweitinstanzliche Spruchgebühr sichergestellt. Dies führt nach der aufgezeigten Praxis zur Aufhebung der Konkurseröffnung, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen.

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, durfte sich der Schuldner 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 17. Februar 2014 (act. 9/7-8) 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 Schuldner durfte vor diesem Hintergrund nicht ohne weiteres davon ausgehen, die Rückzugserklärung der Gläubigerin – die wie erwähnt erst nach der Konkursöffnung bei der Vorinstanz einging (act. 9/11) – würde rechtzeitig erfolgen.

Der Schuldner muss sich daher sein Versäumnis, die erfolgte Tilgung nicht rechtzeitig der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht zu haben, entgegenhalten lassen. Damit hat er sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 17. Februar 2014 (EK140023-E), 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 Vorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt Wald ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.00 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 auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wald ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wald-Fiscenthal ZH, 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: