

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140094-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 20. Juni 2014

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**, (vormals C. _____ AG),

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom
7. Mai 2014 (EK140460)

Erwägungen:

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) ist seit dem tt. September 2005 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma "D._____" eingetragen. Die Einzelunternehmung bezweckt den Betrieb einer ... (act. 5).
2. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 7. Mai 2014 (act. 3) über den Beschwerdeführer den Konkurs. Mit Beschwerde vom 15. Mai 2014 (act. 2) beantragte der Beschwerdeführer innert Frist die Aufhebung des Konkurses infolge Tilgung der Konkursforderung vor Eröffnung des Konkurses und sowie Verzicht der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) auf Durchführung des Konkurses. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 16. Mai 2014 (act. 8) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Der Vorschuss ging am 22. Mai 2014 bei der Obergerichtskasse ein (act. 22).
3. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 321 Abs. 1 und 2 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 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. Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft 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 die Gläubigerin im Konkursöffnungsverfahren 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) vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt worden sei, so wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 7 und 12).

4. Die Beschwerdegegnerin bestätigte mit Schreiben vom 14. Mai 2014, dass der Beschwerdeführer seine gesamte, ihr gegenüber bestehende Schuld bereits vor Konkurseröffnung am 7. Mai 2014 bezahlt habe und sie demzufolge auf die Durchführung des Konkurses verzichte (act. 4/2). Die Gerichtsgebühr des Konkursgerichts wurde auf Fr. 400.– festgesetzt (act. 3). Diese sowie die konkursamtlichen Kosten wurden ferner mit Zahlung von Fr. 2'000.– beim Konkursamt Unterstrass-Zürich sichergestellt (act. 4/1). Der über den Beschwerdeführer eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben.

5. 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 Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Mai 2014, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt Zürich-Unterstrass wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.– (Fr. 2'000.– Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'400.– 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich-Unterstrass, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 10, 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:

Dr. M. Isler

versandt am: