

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160160-O/U

Mitwirkend: Obergerichterin lic. iur. E. Lichi Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichter lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 7. September 2016

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 23. August 2016 (EK160252)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber des seit dem 30. Mai 2013 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "C.____", welches die Pflege und den Unterhalt von Gartenanlagen sowie das Erstellen von Neuanlagen und Umgestalten bestehender Gärten / Sitzplätze und Gehwege im Bereich Garten- und Landschaftsbau bezweckt (act. 6).
2. Mit Urteil vom 23. August 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (nachfolgend Vorinstanz) über den Schuldner den Konkurs für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 3'081.60 nebst Zins zu 5 % seit 15. September 2015, Fr. 150.– Spesen und Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 7 [= act. 3 = act. 8/6]). Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 25. August 2016 zugestellt (act. 8/1).
3. Dagegen erhob der Schuldner am 5. September 2016 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer und liess die Aufhebung des Konkurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 S. 2). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-9). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch des Schuldners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird.

II.

1. Eine Beschwerde gegen einen Konkurseröffnungsentscheid ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO).
2. Gegen ein erstinstanzliches Konkursdekret kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch

das Konkursgericht geltend gemacht werden (Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 320 ZPO).

2.1 Der Schuldner rügt zunächst die unrichtige Anwendung von Art. 255 lit. a ZPO durch die Vorinstanz und stellt sich auf den Standpunkt, das vorinstanzliche Urteil sei bereits aufgrund dieser unrichtigen Rechtsanwendung aufzuheben (act. 2 S. 3, Rn 4; S. 10 f., Rn 25 ff.). Konkret bringt er vor, der Vorinstanz sei bekannt gewesen, dass die Konkursforderung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits vollständig getilgt gewesen sei und somit weder ein Rechtsschutzinteresse noch die Aktivlegitimation für die Konkurseröffnung bestanden habe (act. 2 S. 10, Rn 25 ff.). So habe er – nachdem er die Konkursforderung dem Betreibungsamt zuhanden der Gläubigerin bezahlt habe – bei der Vorinstanz angerufen und sich dort erkundigt, ob die Angelegenheit damit erledigt sei, woraufhin ihm erläutert worden sei, dass noch die Gerichtskosten von Fr. 200.– ausstehend seien. Nachdem er diesen Betrag überwiesen habe, sei er, der mit der deutschen Sprache noch gewisse Schwierigkeiten habe, überzeugt gewesen, dass die Angelegenheit damit abgeschlossen sei. Dass er die Belege der Zahlung schriftlich an die Vorinstanz zuzustellen habe, habe er nicht verstanden (act. 2 S. 4, Rn 7 f.). Das Gericht habe von diesen sprachlichen Schwierigkeiten gewusst. Aufgrund der im Konkursverfahren geltenden Untersuchungsmaxime wäre es am Gericht gelegen, sich beim Konkursamt oder zumindest bei der Gläubigerin nach der Zahlung der Forderung zu erkundigen oder zumindest noch einmal bei ihm um die Zustellung der Quittung nachzufragen. Das Gericht habe jedoch – im Wissen darum, dass keine Forderung mehr bestehe – den Konkurs eröffnet. Das Konkursdekret sei deshalb bereits wegen dieser Rechtsverletzung aufzuheben (act. 2 S. 11, Rn 28).

2.2 Wie der Schuldner selbst anerkennt (act. 2 S. 10, Rn 25), handelt es sich bei Art. 255 lit. a ZPO um einen Anwendungsfall der eingeschränkten Untersuchungsmaxime, weshalb das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen bloss festzustellen, nicht aber zu erforschen hat. Dass der Konkurschuldner dem Konkursgericht zur Hinderung der Konkurseröffnung die Tilgung der Forderung inklusive Zinsen und Kosten durch Urkunden zu beweisen hat, ergibt sich explizit aus

Art. 173 Abs. 1 ZPO. Die Vorinstanz hat darauf in der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 23. August 2016 zudem ausdrücklich hingewiesen (act. 8/5 [=act. 5/4] S. 2). Damit ist sie der ihr im Rahmen der eingeschränkten Untersuchungsmaxime obliegenden Frage- bzw. Informationspflicht in genügender Weise nachgekommen (vgl. dazu BGE 125 III 231 E. 4a). Dass der Schuldner geltend macht, nur über ungenügende Deutschkenntnisse zu verfügen, ändert daran nichts, zumal dem Gericht diesbezüglich keine Fürsorgepflicht zukommt. Die entsprechende Rüge des Schuldners erweist sich deshalb als unbegründet.

3. Weiter macht der Schuldner geltend, das vorinstanzliche Konkursdekret sei aufzuheben, weil der Konkurshinderungsgrund der Tilgung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG gegeben sei.

3.1 Dazu ist vorab anzumerken, dass das SchKG für die Beschwerde gegen ein Konkursdekret hinsichtlich der Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln abweicht (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), können geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen; Nachfristen sind keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294 E. 3).

3.2 Beruft sich der Schuldner auf den Konkurshinderungsgrund der Tilgung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, muss die von ihm geltend gemachte Schuldtilgung auch Zinsen und Kosten einschliessen. Zu Letzteren gehören nicht nur die Kosten des Betreibungsamtes, sondern auch die Kosten des angefochtenen Konkurserkennnisses sowie jene des Konkursamtes, die zwischen der Konkursöffnung durch die erste Instanz und der Aufhebung des Konkurses im Rechtsmittelverfahren anfallen (vgl. etwa BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 21; KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10).

Beweist der Schuldner erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mittels Urkunden, dass er die Forderung des Gläubigers nebst Zinsen und Betreuungskosten vor der Konkurseröffnung bezahlt hat, muss er zudem belegen, dass er nach der Konkurseröffnung auch noch die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes sichergestellt hat. Dann wird die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben, und zwar ohne dass im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG die Zahlungsfähigkeit geprüft wird. Dass der Schuldner die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes in dieser Konstellation erst nach der Konkurseröffnung sicherstellt, führt nach der Praxis der Kammer nicht zur Prüfung der Zahlungsfähigkeit (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014).

3.3 Der Schuldner belegt, dass er dem Betreibungsamt Furttal am 13. Juli 2016 in der der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Betreuung-Nr. ... (vgl. act. 7 S. 1) einen Betrag von Fr. 3'523.30 einbezahlt hat, von welchem gemäss der Abrechnung des Betreibungsamtes Fr. 3'505.75 der Gläubigerin abgeliefert wurden (act. 5/5). Dadurch hat der Schuldner den Nachweis erbracht, dass die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung samt Zinsen und Spesen vor der Konkurseröffnung am 23. August 2016 beglichen wurde. Ebenfalls belegt ist, dass der Schuldner die Kosten des Konkursgerichts mit einem Vorschuss von Fr. 200.– sichergestellt hat (act. 5/6). Weder belegt noch behauptet ist jedoch, dass der Schuldner innerhalb der Beschwerdefrist die Kosten des Konkursamtes sichergestellt hat. Damit ist der Konkurshinderungsgrund der Tilgung und damit eine der Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt.

Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind – dem Schuldner infolge Unterliegens, der Gläubigerin mangels Umtrieben – keine zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dielsdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Furttal, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
8. September 2016