

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180122-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 11. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 27. Juni 2018 (EK180203)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 27. Juni 2018, 10:00 Uhr (act. 3 = act. 6 = act. 7/6), eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'094.85 nebst 5 % Zins seit 5. März 2018, Fr. 210.– administrative Kosten, Fr. 18.80 fällige Zinsen sowie Betreibungskosten von Fr. 146.60 den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner).

1.2 Mit Eingabe vom 6. Juli 2018 erhob der Schuldner rechtzeitig (vgl. act. 7/7) Beschwerde gegen dieses Urteil mit dem prozessualen Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 9. Juli 2018 einstweilen erteilt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-7). Die Sache erweist sich als spruchreif.

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 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. Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

2.2. Der Schuldner belegt, dass er die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung-Nr. ...) am Tag der Konkursöffnung (27. Juni 2018) um 08:06 Uhr – und damit vor der Konkursöffnung um 10:00 Uhr – beim Betreibungsamt Dietikon bezahlt hat (act. 5/6-7). Dadurch hat der Schuldner den Nachweis erbracht, dass die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung samt Zinsen und Kosten vor der Konkursöffnung beglichen wurde. Ausserdem stellte der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursverfahrens sowie die erstinstanzlichen Verfahrenskosten beim Konkursamt Dietikon mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sicher (act. 5/8). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete der Schuldner einen Barvorschuss (act. 5/5). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 27. Juni 2018 ist aufzuheben.

3. Der Schuldner hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Er durfte sich 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 an ihm, nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 27. Juni 2018 (act. 7/3), beim Konkursgericht selber auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen. Dies 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 entsprechende Mitteilung durch das Betreibungsamt würde rechtzeitig erfolgen. Entsprechend hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb er die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen hat. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 27. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EK180203-M), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Dietikon 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.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dietikon, 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: