

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Beschuss und Urteil vom 29. April 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 15. April 2024 (EK240089)**

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) ist Inhaber des Einzelunternehmens C._____ mit dem Zweck "Pizza Kurier, Take Away, Imbis[s]-Döner Grill" (vgl. act. 10).

1.2. Mit Urteil vom 15. April 2024 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin von Fr. 1'800.– nebst 5% Zins seit 17. Oktober 2023, weiteren Kosten von Fr. 140.25 und Betreuungskosten von Fr. 278.60 (act. 3 [Aktenexemplar] = act. 5/12).

1.3. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 24. April 2024 (Überbringungsdatum) rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Die Rechtsmittelfrist läuft noch (act. 13 [erster erfolgloser Zustellversuch am 18. April 2024]). Der Schuldner verlangt die Aufhebung der Konkursöffnung und macht den Konkurshinderungsgrund der Tilgung (vor Konkursöffnung) geltend. Weiter stellt er einen Antrag auf aufschiebende Wirkung.

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 5/1-12). Den Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren hat der Schuldner bereits geleistet (vgl. act. 8). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort wurde aufgrund vollständiger Befriedigung der Gläubigerin (vgl. E. 2.2., 3.2.) praxisgemäss verzichtet. Das Verfahren ist spruchreif. Der Gläubigerin ist mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Beschwerdeschrift zuzustellen.

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist (Hinterlegung) oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (vgl. Art. 174 Abs. 2

SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO): Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurs hinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

2.2. Der Schuldner macht geltend, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkursöffnung bezahlt zu haben. In der von ihm eingereichten Kopie der Abrechnung des Betreibungsamtes Embrachertal vom 10. April 2024 wird ihm in der Betreibung Nr. ... der Erhalt der Zahlung des Endbetrages von Fr. 2'291.80 unterschriftlich quittiert (act. 9). Mit der Zahlung an das Betreibungsamt erlischt die Schuld (vgl. Art. 12 SchKG). Damit ist belegt, dass der Schuldner die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten vor Konkursöffnung an das Betreibungsamt bezahlt hat. Das geht auch aus dem vom Schuldner eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 19. April 2024 hervor (act. 4/1 S. 2).

2.3. Weiter ergibt sich aus der im Original eingereichten Bestätigung des Konkursamtes Embrach vom 24. April 2024, dass der Schuldner mit seiner Zahlung von Fr. 1'000.– auch die Kosten der Vorinstanz und des Konkursamtes innert der Beschwerdefrist sichergestellt hat (act. 4/3). Die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, wofür die Gläubigerin nach Art. 169 SchKG haftet, gehört (jedenfalls soweit ein Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat) auch zur Tilgung der Schuld (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Die Schuldtilgung ist somit im vorliegenden Fall in wesentlichem Umfang vor, zum Teil aber auch erst nach der Konkursöffnung erfolgt. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG wäre deshalb grundsätzlich die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen. Die Kammer lässt jedoch den Umstand, dass die Kosten des Kon-

kursamtes und des Konkursgerichtes erst nach der Konkursöffnung sichergestellt wurden, in ständiger Praxis unberücksichtigt, wenn die Schuldtilgung im Übrigen (wie hier) ganz vor der Konkursöffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit wird in diesem Fall abgesehen (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014, PS150137 vom 20. August 2015).

2.4 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen, das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichts Bülach vom 15. April 2024 (Geschäfts-Nr. EK240089) aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

2.5 Mit dem Entscheid in der Sache ist der Antrag auf aufschiebende Wirkung gegenstandslos und abzuschreiben.

3.

3.1. Gestützt auf das Verursacherprinzip (Art. 108 ZPO) sind die Kosten beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen. Er hat sowohl das erstinstanzliche als auch das zweitinstanzliche Verfahren veranlasst: das erstinstanzliche Verfahren, weil er seine Schuld erst tilgte, nachdem die Gläubigerin das Konkursbegehren gestellt hatte, und das Beschwerdeverfahren, weil er es unterliess, der Vorinstanz seine Zahlung nachzuweisen und die Gerichtskosten zu begleichen. Das Betreibungsamt ist – falls es überhaupt von einem Konkursbegehren Kenntnis hat – nicht verpflichtet, von sich aus den Konkursrichter über die erhaltene Zahlung zu orientieren (BGer 5A_519/2019 vom 29. Oktober 2019 E. 3.4.1 f. m.H. auf FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung, 2010, S. 294). Das wäre vielmehr Aufgabe des Schuldners gewesen. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG).

3.2. Unter diesen Umständen hat der Schuldner keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Gläubigerin ist ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Schuldners so-

wie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag ausbezahlen.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Bülach vom 15. April 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Embrach wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag ausbezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Embrach, ferner im Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Embrachertal, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Widmer

versandt am:
29. April 2024