

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240180-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 9. Oktober 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Dr. X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. September 2024 (EK240294)

Erwägungen:

1.1 Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) ist als Inhaber des Einzelunternehmens "C._____" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (vgl. act. 6).

1.2 Mit Urteil vom 5. September 2024 (act. 3 = act. 11/7) eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Birmensdorf [nachfolgend: Betreibungsamt]):

CHF	2'556.60	nebst Zins zu 5 % seit 16.12.2023 abzügl. Teilzahlung (Forderungsminderung) von CHF 30.60
CHF	514.70	Leistungsforderungen KVG vom 26.04.2023
CHF	15.60	Zinsen
CHF	90.00	Mahnspesen
CHF	120.00	Umtriebsspesen
CHF	147.30	Betriebskosten

1.3 Dagegen erhebt der Schuldner Beschwerde mit Eingabe vom 19. September 2024 (act. 2 [überbracht]) samt Beilagen (act. 4 und act. 5/3-7). Er verlangt die Aufhebung der Konkurseröffnung und macht den Konkurshinderungsgrund der Tilgung (vor Konkurseröffnung) geltend. Weiter stellt er einen Antrag auf aufschiebende Wirkung, unter ausgangsgemässer Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (vgl. act. 2 S. 2 und 3).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 11/1-8). Mit Verfügung vom 20. September 2024 (act. 8) wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zu leisten. Nachdem die Vertretung des Schuldners diese Verfügung nicht abholte und die Frist ablief, ohne dass eine Zahlung erfolgte, wurde mit Verfügung vom 3. Oktober 2024 (act. 12) eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt. Der Kostenvorschuss ist am 7. Oktober 2024 eingegangen (vgl. act. 15). Das Verfahren ist

spruchreif. Der Gläubigerin ist eine Kopie der Beschwerdeschrift (act. 2) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkurseröffnung 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 des Gläubigers hinterlegt ist (Hinterlegung) oder der Gläubiger 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 beruft sich auf den Konkurs hinderungsgrund der Tilgung (vor Konkurseröffnung). Er bringt vor, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits am 5. August 2024 beim Betreibungsamt bezahlt zu haben (vgl. act. 2 S. 3). Zum Nachweis reicht er unter anderem eine Abrechnung des Betreibungsamtes vom 5. August 2024 (act. 5/3) ein, in welcher dieses unterschriftlich bestätigt, in der Betreuung Nr. ... (für Rechnung der betreibenden Gläubigerin) den Endbetrag erhalten zu haben (vgl. Art. 12 SchKG). Damit ist belegt, dass der Schuldner die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten vor Konkurseröffnung bezahlt hat.

2.3 Weiter geht aus der eingereichten Quittung des Konkursamtes Schlieren (nachfolgend: Konkursamt) vom 12. September 2024 (act. 5/7) hervor, dass der Schuldner auch die Kosten der Vorinstanz und des Konkursamtes (innerhalb der Beschwerdefrist, vgl. act. 7) in der Höhe von Fr. 1'000.– sichergestellt hat. Die Si-

cherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet, gehört (jedenfalls soweit der 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 Konkurseröffnung 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 Konkursamtes und des Konkursgerichtes erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, in ständiger Praxis unberücksichtigt, wenn die Schuldtilgung im Übrigen – wie hier – ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist somit abzusehen (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 Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. September 2024 (Geschäfts-Nr. EK240294) aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

3. Die Kosten beider Instanzen sind dem Schuldner aufzuerlegen. Er hat sowohl das erst- 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. Das Betreibungsamt ist nicht verpflichtet von sich aus das Konkursgericht über die erhaltene Zahlung zu orientieren. Dies ist Sache der Parteien (vgl. BGer 5A_519/2019 vom 29. Oktober 2019 E. 3.4.1 f.). Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG).

Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen. Das Konkursamt ist anzuweisen, 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 der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 5. September 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Schlieren 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 der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Birmensdorf 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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
14. Oktober 2024