

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150161-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichter lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 24. September 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG, Inkassodienst

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 27. August 2015 (EK150223)

Erwägungen:

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Beschwerdeführer) ist seit dem 18. Mai 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber des Einzelunternehmens "A. _____ Treuhand" eingetragen (act. 6).

2. Das Einzelgericht in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur eröffnete mit Urteil vom 27. August 2015 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 3). Der Entscheid wurde dem Beschwerdeführer am 3. September 2015 zugestellt (act. 8/7). Innert laufender Rechtsmittelfrist beantragte dieser mit Beschwerde vom 9. September 2015 die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2) und reichte mit Eingabe vom 10. September 2015 weitere Unterlagen zur Ergänzung seiner Beschwerde nach (act. 10, 11/8-10). Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die Konkursforderung bereits vor der Konkurseröffnung bezahlt und habe daraufhin angenommen, die Angelegenheit sei erledigt, weshalb er nichts mehr weiter unternommen habe (act. 2 S. 4).

Mit Verfügung vom 11. September 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 12). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (act. 13/1, 14), die Sache erweist sich nunmehr als spruchreif.

3. Die Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Entscheid über die Konkurseröffnung ist innert einer Frist von zehn 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 Konkurseröffnung samt Zinsen und in der Konkursandrohung aufgeführte Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

Auch wenn der Schuldner im Beschwerdeverfahren nachweist, dass er die Schuld samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkurseröffnung bezahlt hat, ist nach der Praxis der Kammer für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Bei ersterem (Tilgung vor Konkurseröffnung) handelt es sich um eine neue Tatsache nach Art. 174 Abs. 1 SchKG. Letzteres, die Bezahlung oder Sicherstellung der Konkurskosten, ist dagegen eine erst nach Konkurseröffnung eingetretene Tatsache nach Art. 174 Abs. 2 SchKG. Diese Einordnung hätte nach der aufgezeigten gesetzlichen Systematik zur Folge, das zusätzlich zum Nachweis des Konkursaufhebungsgrundes die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen wäre.

Die Kammer sieht indes in dieser Konstellation in ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab. Dass der Schuldner sich dabei teilweise – mit Blick auf die Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts – auf erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen stützt, bleibt somit unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 7 und 12).

4. Der Beschwerdeführer legt dar und die Beschwerdegegnerin bestätigt, dass die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung von Fr. 1'636.65 einschliesslich Zinsen und bisherige Betriebskosten am 18. August 2015 – mithin vor der Konkurseröffnung – getilgt wurde (act. 5/5-7, 11/9). Sodann wurden beim Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur mit Zahlung von 10. September 2015 die Kosten des Konkursamts sowie des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt (act. 11/8).

Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers kann folglich abgesehen werden. Der über den Beschwerdeführer eröffnete Konkurs ist 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 Einzelgerichts in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur vom 27. August 2015, 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. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'500.– 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Oberwinterthur, 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:

Dr. M. Isler

versandt am:
25. September 2015