

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw Nagel

Urteil vom 25. Februar 2019

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. Januar 2019 (EK180690)

Erwägungen:

1.1. Der Schuldner ist seit dem 9. Juni 2015 im Handelsregister eingetragen. Sein Einzelunternehmen bezweckt Gartenbau, -pflege und -gestaltung (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 28. Januar 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'742.25 nebst 5% Zins seit 18. Februar 2018 sowie Mahnkosten von Fr. 150.–, Bearbeitungskosten von Fr. 200.– und Fr. 146.60 Betreuungskosten (= Fr. 2'320.95; vgl. act. 7). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 13. Februar 2019 rechtzeitig Beschwerde (act. 2 i.V.m. act. 8/14/5). Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2), welche ihm mit Verfügung vom 14. Februar 2019 gewährt wurde. Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner diesen bereits geleistet hatte (vgl. act. 5/10). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1–14). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers 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 Konkursamts 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 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).

3.1. Der Schuldner belegt mit Belastungsanzeige der Credit Suisse, der Gläubigerin bereits am 24. Dezember 2018 und damit vor der Konkurseröffnung einen Betrag von Fr. 2'500.– überwiesen zu haben (vgl. act 5/5). Es ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser Zahlung um die Tilgung der der Konkurseröffnung zu Grunde liegenden Forderung samt Zinsen und Kosten handelt, zumal die Gläubigerin der entsprechenden Schlussfolgerung in der Verfügung vom 14. Februar 2019 nicht widersprochen hat.

Weiter stellte der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursverfahrens beim Konkursamt Embrach sicher (act. 5/8). Zudem überwies er dem Konkursgericht die erstinstanzlichen Verfahrenskosten von Fr. 200.– (act. 5/7; genau Fr. 202.–, wovon das Gericht dem Konkursamt zwei Franken weiter leitete - Dispo. Ziff. 3). Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners kann folglich abgesehen werden. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. Januar 2019 ist aufzuheben.

3.2. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Schuldner als weiteren Beschwerdegrund die fehlende Vertretungsbefugnis der "C._____" geltend macht. Gläubigerin der Konkursforderung sei die B.____ AG. Das Konkursbegehren sei jedoch nicht in ihrem Namen, sondern seitens der C.____ Services AG gestellt worden. Es sei zwar eine Handlungsvollmacht der C.____ AG, nicht aber der Gläubigerin eingereicht worden (act. 2 Rz. 15). Dabei übersieht der Schuldner, dass die eingereichte Handlungsvollmacht zwar mit dem Briefkopf "C._____" versehen ist, die Unterzeichnung der Handlungsvollmacht aber im Namen der Gläubigerin (B.____ AG) und durch zwei für die Gläubigerin zeichnungsberechtigte Personen erfolgte (vgl. act. 12). Das Vertretungsverhältnis ist somit nicht zu beanstanden.

4. Der Schuldner hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich der Schuldner nicht darauf verlassen, dass

eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wären. Vielmehr war es an ihm, nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 28. Januar 2019 (vgl. act. 8/7) selber beim Konkursgericht 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. Indem der Schuldner die erfolgte Zahlung der Vorinstanz nicht rechtzeitig zur Kenntnis brachte, hat er sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. Januar 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und ebenfalls dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Embrach wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'302.– (Fr. 502.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'800.– von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteter Barvorschuss) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Embrach, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Embrachertal, 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 J. Nagel

versandt am:
26. Februar 2019