

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220089-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.
Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 1. Juni 2022

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG Inkasso,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Pfäffikon vom 17. Mai 2022 (EK220021)

Erwägungen:

1.1. Mit Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon (nachfolgend: Vorinstanz) vom 17. Mai 2022 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 7'088.45 inklusive Zinsen und Spesen der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6/9 = act. 7; nachfolgend zitiert als act. 7). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 19. Mai 2022 (überbracht) fristgerecht (vgl. act. 6/10/1 sowie Art. 174 Abs. 1 SchKG) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 19. Mai 2022 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zunächst einstweilen verweigert und der Schuldner darauf aufmerksam gemacht, dass er seine Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne (act. 9). Der Schuldner überbrachte daraufhin innert laufender Beschwerdefrist weitere Unterlagen (act. 12/1-3), woraufhin der Beschwerde mit Verfügung vom 25. Mai 2022 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-12). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann ein Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden, wobei die Parteien auch uneingeschränkt neue Tatsachen geltend machen können, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. 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. Bei einer rechtzeitigen Zahlung vor Konkurseröffnung ist der Schuldner vom Glaubhaftmachen seiner Zahlungsfähigkeit, was bei einer Tilgung erst nach Konkurseröffnung erforderlich wäre (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG), befreit (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.3 = ZR 110/2011 Nr. 79). Dasselbe gilt auch, wenn der Schuldner zwar die Forderung inklusive Zinsen und Kosten vor Konkurseröffnung tilgte, die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes

jedoch erst danach sicherstellt (vgl. OGer ZH PS160210 vom 9. November 2016 E. II.2).

2.2. Der Schuldner macht geltend und belegt, dass er der Gläubigerin in Ratenzahlungen, zuletzt am 12. Mai 2022, einen Betrag von insgesamt Fr. 8'289.30 überwies (act. 2 und act. 4/1-2). Damit wurde die zur Konkureröffnung führende Forderung samt Zinsen und Kosten noch vor Konkureröffnung getilgt. Ausserdem erbringt der Schuldner den Nachweis, dass er am 23. Mai 2022 dem Konkursamt Illnau Fr. 2'000.– einbezahlte. Gemäss der Bestätigung des Konkursamtes Illnau vom selben Datum reicht dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamtes inklusive der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sicherzustellen (act. 12/1). Schliesslich bezahlte der Schuldner auch den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 12/2). Somit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid über die Konkureröffnung aufzuheben.

3.1. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind dem Schuldner aufzuerlegen, auch wenn der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Die Gläubigerin hat das Konkursbegehren berechtigterweise gestellt, war die Forderung doch zu jenem Zeitpunkt noch nicht (vollständig) getilgt, vielmehr erfolgte die vollständige Begleichung der Ausstände erst fünf Tage vor dem Ergehen des angefochtenen Entscheides (vgl. act. 4/1-2). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie diejenigen des Konkursamtes sind demgegenüber umständehalber auf die Staatskasse zu nehmen. Der Schuldner hat die Vorinstanz per E-Mail vom 13. Mai 2022 über die Tilgung der Forderung in Kenntnis gesetzt und um einen Rückruf gebeten (vgl. act. 2 S. 1 und act. 4/1). Am 16. Mai 2022 kam es gemäss Aussagen des Schuldners denn auch zu einem telefonischen Kontakt mit der Vorinstanz, anlässlich welchem ihm mitgeteilt worden sei, dass die Gläubigerin den Rückzug ihres Begehrens zugesichert habe. Der Schuldner führte aus, um einen Rückruf gebeten zu haben, falls dem nicht so sein sollte. Ein solcher sei aber nicht erfolgt (act. 2 S. 1). In den Akten der Vorinstanz findet sich keinerlei Dokumentation über diese Kontakte. Es ist daher auch nicht bekannt, ob der Schuldner darauf hingewiesen wurde, dass einfache E-Mails oder Telefonate keine gültigen Eingaben an

die Gerichte im Sinne von Art. 130 ZPO darstellen und nicht berücksichtigt werden können. Aufgrund der Angaben des Schuldners und der von ihm eingereichten Unterlagen erscheint es glaubhaft, dass es zu dem von ihm erwähnten Telefonat mit der Vorinstanz gekommen ist, weshalb dem Schuldner aus dem daraus folgenden Rechtsmittelverfahren sowie dem Konkursverfahren keine Kosten entstehen sollen.

3.2. Anzumerken bleibt noch Folgendes: Der Schuldner macht geltend, in seinen Zahlungen an die Gläubigerin seien auch die Gerichtskosten der Vorinstanz von Fr. 500.– enthalten (vgl. act. 2 und act. 4/1). Das lässt sich dem Schreiben der Gläubigerin vom 16. Mai 2022 aber nicht klar entnehmen (vgl. act. 4/2 = act. 6/11). Da mit dem vorliegenden Entscheid die – von der Gläubigerin bevorzugten (vgl. act. 7) – Kosten der Vorinstanz dem Schuldner auferlegt und der Gläubigerin zurückerstattet werden, hätte der Schuldner, sofern seine Ansicht zutreffen sollte, die Gerichtskosten der Vorinstanz doppelt bezahlt. Für eine Rückforderung des allenfalls zu viel Bezahlten hätte er sich direkt an die Gläubigerin zu wenden.

3.3. Eine Parteientschädigung ist dem Schuldner keine zuzusprechen. Im Übrigen ist auch der Gläubigerin mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 17. Mai 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die Kosten des Konkursamtes Illnau werden auf die Staatskasse genommen. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Der für das Beschwerdeverfahren geleistete Kostenvorschuss wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.
5. Das Konkursamt Illnau wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.– (Fr. 2'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner Fr. 1'500.– auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Illnau, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Illnau-Effretikon, je gegen Empfangsschein.
7. 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 C. Funck

versandt am: