

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170033-O/U

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

## Urteil vom 29. März 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 8. Februar 2017 (EK160524)

### **Erwägungen:**

1. a) Die Gläubigerin stellte beim Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon gleichzeitig drei Konkursbegehren gegen den Schuldner (in den drei Betreibungen Nr. 1..., Nr. 2... und Nr. 3... des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen; act. 6/1, 6/3, 6/5). Mit Urteil vom 8. Februar 2017 eröffnete die Vorinstanz gestützt auf zwei aufrecht erhaltene Konkursbegehren der Gläubigerin (in den Betreibungen Nr. 2... und Nr. 3...) über den Schuldner den Konkurs (act. 3; act. 6/11). Die Gläubigerin hatte zuvor mit Schreiben vom 18. Januar 2017 ihr Konkursbegehren für die Betreibung Nr. 1... zurückgezogen (act. 6/8).

Die Vorinstanz erwog, der Schuldner habe innert der angesetzten Frist Ausweise über die Tilgung der Forderungen beigebracht. Da er jedoch die durch das Konkursbegehren entstandenen Gerichtskosten von Fr. 200.-- bei der Konkursgerichtskanzlei bis zum Konkursöffnungstermin nicht bar bezahlt habe, sei androhungsgemäss dem Konkursbegehren Folge zu geben (act. 3 S. 2 f.).

b) Die Vorinstanz versandte ihr Urteil vom 8. Februar 2017 gleichentags (act. 6/14). Die Post meldete die Sendung als Gerichtsurkunde dem Schuldner am 9. Februar 2017 zur Abholung. Dieser holte sie jedoch nicht ab (act. 6/14). Er musste mit der Urteilszustellung rechnen, da ihm die Vorladung zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung am 21. Januar 2017 zugestellt worden war (act. 6/7, 6/9). Das vorinstanzliche Urteil gilt als am letzten Tag der Abholfrist, d.h. am 16. Februar 2017, zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die zehntägige Beschwerdefrist lief für den Schuldner am Sonntag, 26. Februar 2017, ab und verlängerte sich bis Montag, 27. Februar 2017 (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 142 Abs. 3 ZPO).

Der Schuldner erhob rechtzeitig am 13. Februar 2017 Beschwerde und beantragte sinngemäss, die Konkursöffnung sei aufzuheben (act. 2).

c) Mit Verfügung vom 14. Februar 2017 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er bis zum Ablauf der Beschwerdefrist Zeit habe, die restlichen Kosten des Konkursgerichts (Fr. 200.--) sowie die Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sicherzustellen und dies mit Urkunden

nachzuweisen. Ferner wurde ihm Frist angesetzt, um die Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschüssen (act. 7).

d) Innert der ihm bis 27. Februar 2017 laufenden Beschwerdefrist belegte der Schuldner mit Eingabe vom 24. Februar 2017 (Poststempel: act. 11), dass er am 24. Februar 2017, d.h. vor Ablauf der Beschwerdefrist, die Kosten des Konkursgerichts sowie des Konkursverfahrens durch Zahlung von Fr. 1'200.-- an das Konkursamt sichergestellt hatte (act. 12/1).

e) Mit Schreiben vom 22. Februar 2017 - während der Beschwerdefrist - zog die Gläubigerin ihr Konkursbegehren in der Betreuung Nr. 3... zurück (act. 10). In der Betreuung Nr. 2... erfolgte kein Rückzug.

f) Der Schuldner leistete bei der Obergerichtskasse mit Valutadatum vom 24. Februar 2017 rechtzeitig den ihm auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 750.-- für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor Obergericht (act. 13).

Mit Verfügung des Kammerpräsidenten vom 2. März 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 15).

g) Da den vorinstanzlichen Akten nicht zu entnehmen war, wie die Parteien vorgeladen wurden, ob von der Gläubigerin ein Vorschuss verlangt wurde und ob eine solche Anordnung der Gläubigerin zuzuging, setzte der Kammervorsitzende der Gläubigerin sowie der Vorinstanz je eine fünftägige Frist an, um diese Fragen zu beantworten (act. 19). Mit Eingabe vom 16. März 2017 reichte die Vorinstanz die Vorladungen an die Gläubigerin und den Schuldner mit den Zustellnachweisen zu den Akten (act. 22/1-4). Sie erteilte zudem die schriftliche Auskunft, dass die Gläubigerin - entgegen den irrtümlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid - keinen Kostenvorschuss geleistet habe und das Konkursgericht dem Konkursamt keine Vorschüsse überwiesen habe (act. 21).

h) Diese Auskunft der Vorinstanz wurde mit den beigelegten Vorladungen und Zustellnachweisen der Gläubigerin zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 23). Die Gläubigerin reichte keine Stellungnahme ein. Das Verfahren ist spruchreif.

2. a) Der Schuldner hat rechtzeitig den ihm auferlegten Kostenvorschuss für die voraussichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens geleistet (act. 11, 12/2). Damit ist diese Prozessvoraussetzung erfüllt und es kann auf das Rechtsmittel eingetreten werden (Art. 59 Abs. 2 lit. f. ZPO; KUKO SchKG-Diggelmann, Art. 174 N 3).

b) Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann, wie erwähnt, mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von der allgemeinen zivilprozessualen Regel ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

c) Vorliegend erweist sich, dass es vorinstanzlich an einer Prozessvoraussetzung fehlte und die vorinstanzliche Konkurseröffnung an einem Verfahrensmangel litt. Der Konkurs hätte am 8. Februar 2017 nicht eröffnet werden dürfen, aus folgenden Gründen:

Gestützt auf Art. 169 Abs. 1 SchKG haftet diejenige Partei, welche das Konkursbegehren stellt, für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldeneruf entstehen. Das Konkursgericht ist frei, ob es vom Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss verlangen will (Art. 169 Abs. 2 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann, Art. 169 N 5; BSK SchKG-Nordmann, Art. 169 N 17 ff.). Verlangt es einen Kostenvorschuss, wird dieser zur Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO; KUKO SchKG-Diggelmann, Art. 169 N 5 mit Verweisen). Falls vom Gläubiger ein Kostenvorschuss verlangt, aber nicht (rechtzeitig) geleistet worden ist, so darf der Konkurs nicht eröffnet werden (BSK SchKG-Nordmann, Art. 169 N 24 mit Verweisen).

Die Vorinstanz verlangte von der Gläubigerin einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.-- (act. 22/1). Sie verband dies in ihrer auf 13. Januar 2017 datierten Vorladung und Kautionsauflageverfügung mit dem Hinweis, die Leistung des Kostenvorschusses müsse so rechtzeitig sein, dass die Gerichtskasse im Zeitpunkt

des Beginns der Konkursöffnungsverhandlung im Besitz des Betrages oder des Gutschriftzettels des Postcheckamtes sei (act. 22/1 S. 2). Ferner kündigte sie an, bei Nichtleistung oder verspätetem Eintreffen des Kostenvorschusses werde auf das Konkursbegehren nicht eingetreten (a.a.O.). Diese Verfügung nahm die Gläubigerin am 16. Januar 2017 in Empfang (act. 22/2).

Die Gläubigerin leistete den verlangten Kostenvorschuss nicht, auch nicht verspätet. Dies ist der Stellungnahme der Vorinstanz zu entnehmen (act. 21), welche der Gläubigerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 23). Die vorinstanzliche Erwägung, wonach der verlangte Barvorschuss fristgerecht geleistet worden sei (act. 3 S. 2), erweist sich als ein Irrtum. Ebenso ist der in Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils enthaltene Hinweis, der Rest der Vorschüsse werde dem beauftragten Konkursamt überwiesen, unzutreffend.

Die Vorinstanz hätte infolge Fehlens einer Prozessvoraussetzung den Konkurs nicht eröffnen dürfen. Dies ist zweitinstanzlich zu korrigieren. Die Beschwerde ist gutzuheissen, und es ist der angefochtene Entscheid aufzuheben.

3. Nebenbei kann folgendes erwähnt werden: Der Schuldner hat gemäss den korrekten Abrechnungen des Betreibungsamtes und gemäss der zutreffenden Feststellung der Vorinstanz die in Betreuung gesetzten Forderungen samt Zinsen und Betreuungskosten vor der Konkursöffnung getilgt (act. 3 i.V.m. act. 6/10). Dies gilt auch für die Betreuung Nr. 2..., bei welcher die Gläubigerin der Vorinstanz gegenüber auf telefonische Frage noch angab, es bleibe ihr ein ungedeckter Restbetrag von Fr. 21.35 (act. 6/11). Gemäss der Abrechnung des Betreibungsamtes wurden sämtliche laut Konkursandrohung zu bezahlenden Beträge, inklusive der seit Ausstellung des Zahlungsbefehls anfallenden Zinsen, der Gläubigerin vor der Konkursöffnung abgeliefert (act. 6/10). Der Schuldner hat zudem während der Beschwerdefrist, nach der Konkursöffnung, der Kasse des Bezirksgerichts Dietikon für die Kosten des Konkursgerichts Fr. 200.-- in bar geleistet (act. 6/13). Damit besteht der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 172 Ziffer 3 SchKG.

4. a) Statt der von der Vorinstanz festgelegten Spruchgebühr von Fr. 400.-- ist die Entscheidgebühr für das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 200.-- festzusetzen, da der Konkurs nicht zu eröffnen war (vgl. act. 22/1 S. 2 Ziff. 3, 5-7).

b) Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist dem Schuldner aufzuerlegen, weil seine Säumnis mit der Zahlung der Konkursforderungen das Konkurseröffnungsverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren der Gläubigerin zu Recht gestellt wurde.

Die vom Schuldner nach erfolgter Konkursöffnung bei der vorinstanzlichen Gerichtskasse bezahlten Fr. 200.-- (act. 6/13) blieben bei der Kasse des Bezirksgerichts Dietikon (act. 14). Die vorinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.-- ist daher daraus zu beziehen.

c) Wurde der Konkurs zu Unrecht eröffnet, sind die Kosten von Konkursamt und Rechtsmittelinstanz in der Regel auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO; KUKO SchKG-Diggelmann, Art. 174 N 7; OGer ZH PS110149 vom 23. August 2011; OGer ZH PS120241 vom 21. Dezember 2012). Für das Beschwerdeverfahren sind vorliegend keine Kosten zu erheben. Der vom Schuldner bei der Obergerichtskasse geleistete Kostenvorschuss von Fr. 750.-- ist diesem auszuführen.

Beim zuständigen Konkursamt wurden einzig die vom Schuldner am 24. Februar 2017 bezahlten Fr. 1'200.-- hinterlegt (act. 14); das Konkursgericht überwies nichts (act. 14). Das zuständige Konkursamt ist daher anzuweisen, den bei ihm vom Schuldner einbezahlten Betrag von Fr. 1'200.-- dem Schuldner zurückzuführen.

d) Es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 ZPO; act. 19).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 8. Februar 2017, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 200.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus der vom ihm bei der Bezirksgerichtskasse Dietikon geleisteten Barzahlung (Kassen-Beleg Nr. 20: Geschäfts-Nr.EK160524-M) bezogen.
3. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, den bei ihm vom Schuldner einbezahlten Betrag von Fr. 1'200.-- dem Schuldner auszuzahlen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den vom Schuldner geleisteten Barvorschuss von Fr. 750.-- dem Schuldner auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Geroldswil-Oetwil-Weiningen, je gegen Empfangsschein.
8. 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. R. Maurer

versandt am:  
30. März 2017