

ZH_OBERGERICHT PS170033 vom 29. März 2017

ZH Obergericht, 2017-03-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS170033

FR: ZH_OBERGERICHT PS170033 du 29 mars 2017

IT: ZH_OBERGERICHT PS170033 del 29 marzo 2017

Erwägungen

E. 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 Konkurseröffnungstermin nicht bar bezahlt habe, sei andernfalls 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 Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung 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

- 3 - 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 Betreibung Nr. 3... zurück (act. 10). In der Betreibung 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 Be- schwerde 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 Zustellnachwei- sen 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.

- 4 -

E. 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 er- wähnt, 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 Prozessvoraus- setzung fehlte und die vorinstanzliche Konkurseröffnung an einem Verfahrens- mangel 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 Kon- kursbegehren stellt, für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf 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 Kos- tenvorschusses müsse so rechtzeitig sein, dass die Gerichtskasse im Zeitpunkt

- 5 - des Beginns der Konkurseröffnungsverhandlung 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.

E. 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 Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung abgeliefert (act. 6/10). Der Schuldner hat zudem während der Beschwerdefrist, nach der Konkurseröffnung, 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.

- 6 -

E. 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 Konkurseröffnung 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).

- 7 - Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.