

Art. 174 Abs. 1 SchKG, Zahlung vor Konkurseröffnung. Auch wenn der Schuldner Forderung, Zinsen und in der Konkursandrohung aufgeführte Kosten noch vor der Konkurseröffnung bezahlt hat, muss er für eine Gutheissung der Beschwerde nachweisen, dass er innert der Beschwerdefrist zusätzlich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes bezahlt oder sichergestellt hat.

Der Schuldner führte Beschwerde gegen die über ihn ausgesprochene Konkurseröffnung. Er berief sich darauf, dass er die Forderung noch vor der Konkurseröffnung und inzwischen auch die Kosten des Konkursrichters bezahlt habe. Eine Nachfrage des Obergerichts beim zuständigen Konkursamt ergab, dass der Schuldner die Kosten des Konkursamtes weder bezahlt noch sichergestellt hatte. Ausnahmsweise - da damit eine Praxisänderung verbunden war - wurde dem Schuldner eine Nachfrist zum Nachweis der Sicherstellung dieser Kosten des Konkursamtes angesetzt. Der verlangte Nachweis ging fristgerecht ein.

(Aus den Erwägungen des Obergerichts:)

2. 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 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.

2.1 Der Schuldner macht geltend, er habe am 13. Mai 2011, und damit vor Eröffnung des Konkurses, die Konkursforderung bezahlt. Am 21. Mai 2011 habe er überdies die Gerichtskosten beglichen.

Die Forderung der Gläubigerin belief sich nebst Zinsen und Betreuungskosten (darin inbegriffen die Kosten der Konkursandrohung) auf Fr. 2'247.65, die Gerichtsgebühr des Konkursgerichts - nach dem kantonalen Tarif und nicht nach der einer gesetzlichen Grundlage entbehrenden Verordnung des Bundesrates bemessen; dazu ZR 110/2011 Nr. 35 - wurde auf Fr. 200.-- festgesetzt. Beide Zahlungen weist der Schuldner mit Urkunden nach. Das Bezirksgericht bescheinigt überdies mit Buchungsauszug vom 23. Mai 2011, dass die Zahlung von Fr. 200.-- bei der Bezirksgerichtskasse Bülach eingegangen ist.

2.2 Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er neben den Kosten des *Konkursgerichts* und einer allfälligen Prozessentschädigung an den Gläubiger im Konkursöffnungsverfahren insbesondere auch die Kosten des *Konkursamtes* bezahlt oder sicher gestellt hat: da der Konkurs mit dem Urteil des *Konkursgerichts* als eröffnet gilt (Art. 175 SchKG), wird das *Konkursamt* sofort tätig, und es entstehen damit auch sofort Kosten. Für diese haftet der betreibende Gläubiger mit dem geleisteten Vorschuss (Art. 169 SchKG; Kuko SchKG Diggelmann/Müller, Art. 169 N. 2). Es ist nicht gerechtfertigt, dem Gläubiger die Kosten von *Konkursgericht* und *Konkursamt* aufzubürden mit der Begründung, er hätte dem *Konkursgericht* von der Zahlung Mitteilung machen und damit die *Konkursöffnung* verhindern können und müssen. Regelmässig zahlen die Schuldner erst während des laufenden Verfahrens beim *Konkursgericht*, und die Kosten für das Anlegen des Dossiers, das Studium der Unterlagen und die Vorladungen sind daher schon angefallen. Wenn der Schuldner beim *Betreibungsamt* zahlt, oder wenn sich die postalische Gutschriftsanzeige einer Post- oder Bankzahlung verzögert, hat der Gläubiger möglicherweise gar nicht rechtzeitig Kenntnis von der Zahlung. Vor allem aber ist es in erster Linie Sache des sozusagen bis zur letzten Minute säumigen Schuldners, das *Konkursgericht* von der Zahlung zu informieren. Eine Aufhebung des Konkurses darf daher nur in Frage kommen, wenn sicher gestellt ist, dass der Gläubiger den ganzen Vorschuss zurück erhält.

Wie bereits in der Verfügung vom 22. Juni 2011 ausgeführt, hätte der Beschwerdeführer grundsätzlich auch die Kosten des *Konkursamtes* noch während der *Weiterzugsfrist* sicherstellen müssen, und das wird in Zukunft so vorausgesetzt werden. Innert der ausnahmsweise noch angesetzten *Nachfrist* hat der Schuldner nachgewiesen, dass er die mutmasslichen Kosten des Konkursverfahrens beim *Konkursamt* durch eine Zahlung von Fr. 600.– sicherstellte.

2.3 Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen, wenn der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben wird, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels, oder weil der Schuldner wie hier neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde (KuKo SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 7 und 12).

Der über den Schuldner eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 6. Juli 2011
PS110095-O/U

Hinweis: für den häufigeren Fall der Zahlung der Konkursforderung (erst) während der Beschwerdefrist vgl. ZR 110/2011 Nr. 5