

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110186-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

## Urteil vom 10. November 2011

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.\_\_\_\_\_ AG, Inkasso

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 4. Oktober 2011  
(EK111474)

### Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Zürich eröffnete mit Urteil vom 4. Oktober 2011 für eine Forderung von Fr. 656.85 zuzüglich Bearbeitungsgebühr, Zinsen und Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. H2. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_, act. 7/2/1) über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) den Konkurs (act. 2, 6 bzw. 7/5). Am 5. Oktober 2011 hinterlegte der Schuldner beim Konkursamt Y. \_\_\_\_\_ zwecks Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes den Betrag von Fr. 1'000.– (act. 4/16) und leistete am 12. Oktober 2011 einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.– (act. 4/17). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 13. Oktober 2011 (Datum Poststempel) liess der Schuldner die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 1). Mit Verfügung vom 14. Oktober 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

2.1 Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem angefochtenen erstinstanzlichen 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 die Zahlung dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich die betreibende Partei erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss sie nachweisen, dass sie neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessschädigung an den Gläubiger im Konkurseröffnungsverfahren 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, N 2 zu Art. 169). 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 Konkurseröffnung verhindern können und müssen. Regelmässig zahlen die Schuldner erst während des laufenden Verfahrens beim Konkursgericht. Die Kosten für das Anlegen des Dossiers, das Studium der Unterlagen und die Vorladungen sind daher schon angefallen. Es ist in erster Linie Sache der sozusagen bis zur letzten Minute säumigen Schuldnerin, das Konkursgericht über die Zahlung zu informieren. Eine Aufhebung des Konkurses darf daher nur in Frage kommen, wenn sicher gestellt ist, dass der Gläubiger den ganzen Vorschuss zurückerhält (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011).

2.2 der Schuldner lässt geltend machen, er habe die Konkursforderung dem Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ am 22. September 2011 – also rund zwei Wochen vor Eröffnung des Konkurses – in bar bezahlt (act. 1 S. 4). Die Forderung der Gläubigerin belief sich samt Zinsen für den Zeitraum vom 31. Januar 2011 bis 22. September 2011 (act. 2, 6 bzw. 7/5) und Betreuungskosten (darin inbegriffen die Kosten der Konkursandrohung, act. 7/1-2) auf Fr. 928.90 (act. 10). Mit der Beschwerde wird eine Zahlungsbestätigung vom 12. Oktober 2011, also nach Konkurseröffnung, eingereicht (act. 4/7). Das betrifft eine andere Betreuung, nämlich Nr. H1.\_\_\_\_\_; der Konkurs wurde in der Betreuung Nr. H2.\_\_\_\_\_ eröffnet. Aus dem Betreibungsregisterauszug vom 4. Oktober 2011 ist aber ersichtlich, dass der Schuldner beim Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ am 22. September 2011 die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Bearbeitungsgebühr, insgesamt Fr. 756.85 beglichen hat (act. 4/8). Der selbe Auszug bestätigt auch, dass der Schuldner die Zinsen sowie die Konkursandrohungs- und Betreuungskosten, welche bis zu jenem Zeitpunkt aufgelaufen waren, bezahlt hat (act. 11). Bei dieser Ausgangslage ist von einer konkurshindernden Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG auszugehen, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 4. Oktober 2011 eingetreten ist.

2.3 Die Kosten des Konkursgerichtes wurden auf Fr. 400.– festgesetzt (act. 2, 6 bzw. 7/5). Die Sicherstellung der Konkurskosten innert der Beschwerdefrist konnte der Schuldner mit Urkunden nachweisen. Er hinterlegte wie vorerwähnt am

5. Oktober 2011 beim Konkursamt Y.\_\_\_\_\_ einen Barbetrag von Fr. 1'000.– (act. 4/16).

2.4 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 nachweist, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011). Der über dem Schuldner am 4. Oktober 2011 eröffnete Konkurs ist daher aufzuheben.

3. Die Kosten beider gerichtlicher Instanzen und die des Konkursamtes hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung resp. Mitteilung die Verfahren veranlasst hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 4. Oktober 2011, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Y.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt Y.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: