

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS150052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

## Urteil vom 20. April 2015

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 24. März 2015 (EK150020)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 11. Mai 2005 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma "Autohandel A.\_\_\_\_\_" eingetragen. Die Einzelunternehmung bezweckt den Handel und die Vermittlung von Fahrzeugen aller Art (act. 5).

2.1 Mit Gesuch vom 4. Februar 2015 ersuchte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH bei der Vorinstanz um Eröffnung des Konkurses über den Schuldner für den Forderungsbetrag von Fr. 627.-- zzgl. 5% Zins seit 8. Mai 2013. Zwar wurden dem Gesuch der Zahlungsbefehl vom 11. Februar 2014 und die Konkursandrohung vom 28. Juli 2014 beigelegt, indes keine Beitreibungskosten oder weitere Kosten geltend gemacht (vgl. Dokumente in act. 7/1).

2.2 Die Vorinstanz zog in der Verfügung vom 24. März 2015 in Betracht, die Gläubigerin habe in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH das Begehren um Eröffnung des Konkurses "für eine Forderung von Fr. 792.45 (inkl. Zins und Spesen) und Fr. 500.-- Gerichtskosten" gestellt (act. 7/2 = act. 6).

Hierbei wurden zur Konkursforderung von Fr. 627.-- der beantragte und von der Vorinstanz aufgerechnete Zins vom 8. Mai 2013 bis zur Konkursöffnung am 24. März 2015 in Höhe von Fr. 58.85 sowie die nicht beantragten Betreuungskosten von Fr. 106.60 hinzugerechnet (vgl. Dokument in act. 7/1).

Dem vorstehend formulierten Begehren gab die Vorinstanz, nach Bezahlung des Kostenvorschusses von Fr. 1'800.-- durch die Gläubigerin, statt und eröffnete mit Wirkung ab 24. März 2015, 10.00 Uhr, den Konkurs über den Schuldner (act. 6). Die Verfügung wurde ihm am 31. März 2015 zugestellt (act. 7/3/4).

3. Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde vom 2. April 2015 (Poststempel), beim Obergericht eingegangen am 7. April 2015, beantragt der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und macht geltend, der Betrag von Fr. 792.45 inkl. Zins und Spesen sei bezahlt. Die Gläubigerin habe die Zahlung bestätigt (act. 2; act. 4/1).

4. Mit Verfügung vom 7. April 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Da der Schuldner zwar geltend machte, den Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- zuhanden des Obergerichtes einbezahlt zu haben (act. 2), die von ihm erwähnte Quittung seiner Eingabe jedoch nicht beilag, wurde er gleichzeitig aufgefordert, für das Beschwerdeverfahren den Vorschuss von Fr. 750.-- zu bezahlen (act. 8). Die mit Gerichtsurkunde gesandte Verfügung wurde mit dem Vermerk der Post "Nicht abgeholt" an das Obergericht retourniert (act. 9/1). Mit Einzahlung vom 2. April 2015 (Buchungsdatum 8. April 2015) wurde der Kostenvorschuss fristgemäss geleistet (act. 12).

5. Dem Gericht wurde am 8. April 2015 der den Schuldner betreffende Auszug aus dem Register des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH vom 7. April 2015 (Auskunft Nr. ...) überbracht (act. 10). Weiter reichte der Schuldner am 9. April 2015 (Datum Poststempel) eine provisorische Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben für das erste Quartal 2015 ein (act. 13). Diese Eingaben erfolgten innerhalb der Rechtsmittelfrist (vgl. act. 7/3/4; Art. 63 SchKG).

## II.

Die beigezogenen vorinstanzlichen Akten wurden teilweise unakturiert an die Rechtsmittelinstanz gesandt (vgl. Dokumente in act. 7/1). Es ist darauf hinzuweisen, dass *alle* Akten mit einer Ordnungsnummer zu versehen und im Aktenverzeichnis fortlaufend zu erfassen sind. Zwar kann in einfachen Fällen, insbesondere im summarischen Verfahren, von einem Aktenverzeichnis abgesehen werden. Wird indes in diesen Fällen ein Rechtsmittel erhoben, ist ebenfalls ein vollständiges Aktenverzeichnis zu erstellen (§ 130 Abs. 1 GOG; §§ 3 - 6 der Akturierungsverordnung des Obergerichts vom 12. Mai 2010, LS 212.513).

### III.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkursöffnung auf solche erst nach der Konkursöffnung eingetretene Tatsachen, so hat der Schuldner zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen.

2. Auch wenn der Schuldner im Beschwerdeverfahren nachweist, dass er die Schuld samt Zinsen und in der Konkursandrohung aufgeführten Kosten bereits vor Konkursöffnung bezahlt hat, ist nach der Praxis der Kammer für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sichergestellt werden. Bei ersterem (Tilgung vor Konkursöffnung) handelt es sich um eine neue Tatsache nach Art. 174 Abs. 1 SchKG. Letzteres, die Bezahlung oder Sicherstellung der Konkurskosten, ist dagegen eine erst nach Konkursöffnung eingetretene Tatsache nach Art. 174 Abs. 2 SchKG. Diese Einordnung hätte nach der aufgezeigten gesetzlichen Systematik zur Folge, dass zusätzlich zum Nachweis des Konkursaufhebungsgrundes die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen wäre.

Die Kammer sieht indes in dieser Konstellation in ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab. Dass der Schuldner sich dabei teilweise – mit Blick auf die Sicherstellung der Kosten des Kon-

kursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts – auf erst nach der Konkursöffnung eingetretene Tatsachen stützt, bleibt somit unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3.1 Gemäss Darstellung des Schuldners war er im Ausland, als sein Bruder am Morgen des 24. März 2015 die Forderung bei der Gläubigerin bezahlt hat (act. 11). Die Gläubigerin bestätigte ihrerseits mit Schreiben vom 2. April 2015 die Begleichung der Forderung aus der Betreuung Nr. ... in Höhe von Fr. 792.45 am 24. März 2015 (act. 4/1). Damit ist glaubhaft gemacht, dass die Tilgung vor der Konkursöffnung erfolgte.

3.2 Weiter stellte der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.-- mit der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 2'000.-- beim Konkursamt sicher (act. 4/2).

4. Der Schuldner hat somit eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor der erstinstanzlichen Konkursöffnung eingetreten ist. Sodann hat er inzwischen sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die erst- und zweitinstanzliche Spruchgebühr sichergestellt. Dies führt nach der aufgezeigten Praxis zur Aufhebung der Konkursöffnung, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen.

## VI.

1. Der Schuldner hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung umgehend und rechtzeitig vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung dem Konkursgericht mitzuteilen.

Es war an ihm, nach Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 24. März 2015 (vgl. Dokument in act. 7/1) beim Konkursgericht umgehend auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen, insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG,

wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt ist. Dass sich der Schuldner wie geltend gemacht im Zeitpunkt der Konkursverhandlung im Ausland aufgehalten und sein Bruder der Gläubigerin den Konkursforderungsbetrag überbracht hat (vgl. act. 11), ändert daran nichts. Sein Bruder handelte als Vertreter, und der Schuldner hat sich daher das Verhalten des Bruders anrechnen zu lassen.

Der Schuldner muss sich daher sein Versäumnis, die erfolgte Tilgung nicht rechtzeitig der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht zu haben, entgegenhalten lassen. Damit hat er sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 24. März 2015, mit welcher über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.-- wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Das Konkursamt Pfäffikon ZH 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 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 Bezirksgerichtes Pfäffikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Pfäffikon ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfäffikon ZH, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: