

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150137-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 20. August 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 6. August 2015 (EK150085)

Erwägungen:

I.

Mit Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 6. August 2015 wurde auf Begehren der Gläubigerin über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 3 und 7). Mit Eingabe an das Obergericht vom 12. August 2015 erhob der Schuldner rechtzeitig Beschwerde, womit er sinngemäss beantragt, die Konkursöffnung aufzuheben. Er macht geltend, seine Schuld am 28. Juli 2015 beim Betreibungsamt Affoltern a.A. gezahlt zu haben (act. 2).

Mit Schreiben vom 13. August 2015 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass die Aufhebung des Konkurses nicht nur die Zahlung der Forderung einschliesslich Zins und Kosten des Betreibungsamtes, sondern auch die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes Affoltern/ZH voraussetze, welche zu belegen sei (act. 6; vgl. act. 9). Mit Verfügung vom 14. August 2015 wurde ihm sodann eine 10-tägige Frist angesetzt, um die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens mit Fr. 750.– zu bevorschussen (act. 9).

Am 17. August 2015 – am letzten Tag der Beschwerdefrist (vgl. act. 8/11) – überbrachte der Schuldner dem Gericht eine Bestätigung des Konkursamtes Affoltern, wonach er bei diesem einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– geleistet hatte (act. 11). Der Beschwerde wurde darauf noch am gleichen Tag einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12).

Am 18. August 2015 erklärte das Konkursamt der Beschwerdeinstanz telefonisch, dass der bei ihm geleistete Kostenvorschuss des Schuldners neben den Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkursgerichtes auch jene des Obergerichtes von Fr. 750.– decke (act. 14). Die laufende Frist zur Bevorschussung der obergerichtlichen Kosten ist dem Schuldner deshalb abzunehmen.

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8).

II.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 SchKG).

Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

2. Der Schuldner belegt mit einer Abrechnung des Betreibungsamtes Affoltern am Albis, dass er bei diesem die Konkursforderung einschliesslich Zins und Betreuungskosten, soweit sie noch offen war, vor der Konkursöffnung am 28. Juli 2015 bezahlt hat (act. 4/2; vgl. Art. 12 SchKG). Mit der Bestätigung des Konkursamtes Affoltern vom 17. August 2015 belegt er, dass er während der Beschwerdefrist und damit nach der Konkursöffnung auch noch Sicherheit für die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des eröffneten Konkursverfahrens geleistet hat (act. 11).

Die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet, gehört (jedenfalls soweit der Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat) zur Schuldtilgung (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Der im Beschwerdeverfahren neu geltend gemachte Konkurshinderungsgrund der Schuldtilgung hat sich somit zum Teil erst nach der Konkursöffnung verwirklicht. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG wäre deshalb grundsätzlich die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen. Nach der Praxis der Kammer bleibt jedoch der Umstand, dass die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes erst nach der Konkursöffnung si-

chergestellt wurden, bei dieser Konstellation unberücksichtigt, sofern die Schuldtilgung im Übrigen ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit wird in diesem Fall abgesehen (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014).

Somit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Konkurseröffnung aufzuheben.

3. Die Kosten beider Instanzen sind dem Schuldner aufzuerlegen, weil er die Verfahren durch Säumnis veranlasst hat.

Es wird beschlossen:

1. Dem Schuldner wird die Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– gemäss Verfügung vom 14. August 2015 (dort Dispositiv-Ziffer 2) abgenommen.
2. Mitteilung mit nachstehendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 6. August 2015, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem von ihm beim Konkursamt Affoltern ZH geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und ebenfalls dem Schuldner auferlegt.

3. Das Konkursamt Affoltern ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 4'600.– (Fr. 3'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Einzelgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.–, der Obergerichtskasse Fr. 750.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Affoltern a.A., 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. M. Isler

versandt am:
21. August 2015