

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160242-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 17. Januar 2017

in Sachen

A._____,
Schuldner und Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

1. **B.**_____,
2. **C.**_____,
Gläubiger und Beschwerdegegner,
Nr. 1 und 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____,

betreffend

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 SchKG)

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2016 (EK161922)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) und die Gläubiger und Beschwerdegegner (nachfolgend Gläubiger) standen sich seit Oktober 2011 in einem Erbschaftsprozess gegenüber. Das Regionalgericht Bern-Mittelland verpflichtete den Schuldner (und seinen Bruder) mit Entscheid vom 16. Juni 2014, den Gläubigern Fr. 345'775.45 zuzüglich 5% Zins seit 5. Dezember 2008 zu bezahlen. Das daraufhin angerufene Obergericht des Kantons Bern bestätigte diesen Entscheid. Die an das Bundesgericht erhobene Beschwerde wurde mit Entscheid vom 14. April 2016 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Aus diesen Gerichtsverfahren schuldet der Schuldner den Gläubigern ferner Prozessentschädigungen in Höhe von Fr. 26'319.60 (vgl. act. 7/1 S. 2, act. 7/7 S. 1 und act. 2 S. 3 Rz 7).

1.2. Mit Eingabe an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich vom 7. November 2016 (Datum Poststempel) verlangten die Gläubiger, es sei über den Schuldner und Beschwerdeführer ohne vorgängige Betreuung den Konkurs zu eröffnen (act. 7/1). Mit Vorladung vom 9. November 2016 wurde die Verhandlung betreffend Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung auf den 6. Dezember 2016 festgesetzt (act. 7/4/1). Die Vorladung des Schuldners erfolgte durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 7/4/2 und act. 7/5). Nach Durchführung der Verhandlung, anlässlich welcher der Schuldner unentschuldigt nicht erschienen ist (vgl. Prot. Vi S. 1 f.), eröffnete die Vorinstanz mit Urteil vom 13. Dezember 2016 den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 6 = act. 7/8, nachfolgend zitiert als act. 6). Der Entscheid wurde am 15. Dezember 2016 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (act. 7/10). Mit Eingabe vom 23. Dezember 2016 (Datum Poststempel) erhob der Schuldner Beschwerde gegen das erwähnte Urteil und stellte dabei folgende Anträge (vgl. act. 2 S. 2).

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Dezember 2016, 8.10 Uhr und damit die Konkursöffnung über den Beschwerdeführer sei aufzuheben.
Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Dezember 2016, 8.10 Uhr aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Das Konkursamt des Kantons Zug sei anzuweisen, keine Zwangsvollstreckungshandlungen durchzuführen, vorläufig Dritten keine Kenntnis über die Konkursöffnung zu geben, insb. die Publikation des Konkurses zu unterlassen und sämtliche durch den Vollzug erhaltenen Akten bis zum Urteil unter Verschluss zu halten und damit insbesondere den Beschwerdegegnern 1 und 2 nicht auszuhändigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. für sämtliche Verfahren (Konkursverfahren und Beschwerdeverfahren) zu Lasten der Beschwerdegegner 1 und 2."

1.3. Mit Verfügung vom 27. Dezember 2016 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Sodann wurde den Gläubigern Frist zur Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung und Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 8). Sowohl der Kostenvorschuss als auch die Stellungnahme bzw. Beschwerdeantwort gingen rechtzeitig ein (act. 8, act. 9/1+2, act. 10 und act. 12). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist in der Folge – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

2.

2.1. Das vorliegende Verfahren ist ein Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Dabei kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. In Abs. 2 werden besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten.

ten. Als solche besondere Bestimmungen, welche eine Ausnahme erlauben, gelten Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG betreffend die Beschwerde gegen eine Konkureröffnung. Art. 174 Abs. 1 SchKG, wonach in der Beschwerde unechte Noven vorgebracht werden können, gilt auch bei der Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung. Dazu gehört insbesondere, dass die Voraussetzungen für eine Konkureröffnung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG im Zeitpunkt der Konkureröffnung tatsächlich gar nicht gegeben waren. Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend als zulässig genannten echten Noven sind dagegen nicht auf eine Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung zugeschnitten. Ein Analogieschluss auf weitere Arten von echten Noven wird mehrheitlich abgelehnt (vgl. OGer ZH PS120209 vom 5. Februar 2013 E. 7). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren sind daher lediglich unechte Noven zulässig.

2.2. Der angefochtene Entscheid wurde am 15. Dezember 2016 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert (act. 7/10). Mit Eingabe vom 23. Dezember 2016 (Datum Poststempel) wurde die vorliegende Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Schuldner ist durch den angefochtene Entscheid beschwert und zur Beschwerde legitimiert. Es ist daher auf die Beschwerde einzutreten.

2.3. Gegen die Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung bringt der Schuldner im Wesentlichen zweierlei vor: Einerseits macht er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Er beanstandet, dass er auf dem Wege der amtlichen Publikation zur Konkursverhandlung vorgeladen worden sei, obwohl die Vorinstanz Kenntnis von seiner neuen Adresse gehabt habe, führe sie diese doch sowohl im Publikationstext als auch im Rubrum auf (vgl. act. 2 Rz 11 f. und Rz 19 ff., siehe dazu unten E. 3.9. unten). Andererseits bestreitet er die Voraussetzungen der Konkureröffnung wegen Schuldnerflucht bzw. unbekanntem Aufenthalts im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (vgl. dazu E. 3.3.-3.7. unten).

3.

3.1. Die Gläubiger begründen ihr vorinstanzliches Gesuch damit, dass der Schuldner bereits nach dem Urteil des Obergerichtes des Kantons Bern vom 24. Juli 2015 physisch die Flucht ergriffen habe. Er habe sich zunächst nach D._____ [Ortschaft] an die Wohnadresse seines Sohnes E._____ umgemeldet und, nachdem er dort betrieben worden sei, habe er sich nach F._____ [Ortschaft] umgemeldet (vgl. act. 7/7 Rz 5). Das Bezirksgericht Horgen habe in einem zwischen den Parteien hängigen Rechtsöffnungsverfahren auf eine Meldung des Personenmeldeamts F._____ hingewiesen, wonach der Schuldner am 25. April 2016 nach G._____ [Ortschaft] (H._____) [Staat in Europa] gezogen sei. Eine Wohnadresse sei den Behörden nicht bekannt gewesen. Einen Beweis dafür, dass der Schuldner tatsächlich in H._____ lebe, gebe es nicht (vgl. act. 7/1 S. 3 Rz 4 und act. 7/7 Rz 6). Die Voraussetzungen von Art. 54 SchKG seien vorliegend erfüllt, weil sich der Schuldner aus der Schweiz abgemeldet habe, ohne im Ausland einen neuen Wohnsitz zu begründen. Diese Abmeldung sei wenige Tage nach Eröffnung des bundesgerichtlichen Urteils erfolgt. Die Absicht des Schuldners, sich den Gläubigern zu entziehen, sei damit offensichtlich (vgl. act. 7/1 S. 3 f Rz 7). Ausserdem habe der Schuldner nach Einleitung der Klage sich seiner in der Schweiz liegenden Vermögenswerten entledigt, indem er am 23. Dezember 2011 seinen drei Söhnen E._____, I._____ und J._____ seine Stammanteile an der K._____ GmbH geschenkt habe. Am 20. Dezember 2011 habe der Schuldner seinem Sohn J._____ die Liegenschaft in L._____ TI geschenkt, wobei ihm – dem Schuldner – und seiner Ehefrau ein lebenslängliches Wohnrecht eingeräumt worden sei (vgl. act. 7/1 S. 3 Rz 5 und S. 5 Rz 7, act. 7/7 Rz 4). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeute Zahlungsflucht ein physisches Entfernen des Schuldners selbst oder von Vermögenswerten, in der Absicht, diese dem Zugriff der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Beide Sachverhalte seien vorliegend gegeben (vgl. act. 7/1 S. 4 Rz 7 und act. 7/7 S. 2 Rz 7).

3.2. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass der Schuldner den Tatbestand der Schuldnerflucht im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG erfülle. Die Begründung der Vorinstanz fiel mit einer Seite äusserst knapp aus. Sie erwog, das

Bundesgericht habe mit Urteil vom 14. April 2016 (BGer 5A_715/2015) die Beschwerde des Schuldners abgewiesen, soweit es darauf eingetreten sei. Damit sei rechtskräftig über die Forderung der Gläubiger gegenüber dem Schuldner entschieden worden. Am 24. April 2016 sei der Schuldner nach G._____, H._____, gezogen. Es sei daher davon auszugehen, dass der Schuldner die Flucht ergriffen habe, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen und die Gläubiger zu schädigen (vgl. act. 6 S. 2 f.).

3.3. Der Schuldner kritisiert in seiner Beschwerde u.a., dass die Vorinstanz den Tatbestand der Flucht einzig gestützt auf die zeitliche Nähe seiner Wohnsitzverlegung nach H._____ zum bundesgerichtlichen Urteil bejaht habe (act. 2 S. 5 Rz 10 und Rz 13 f.). Der Schuldner bringt im Wesentlichen vor, es sei schon seit längerem sein Plan gewesen, mit seiner Ehefrau, die H._____ Staatsbürgerin sei, seinen Lebensabend in H._____ zu verbringen (vgl. act. 2 S. 3 Rz 7). Er habe zu keinem Zeitpunkt versucht, hinsichtlich seines Verbleibs Verwirrung zu stiften. Bevor er weggezogen sei, habe er sich am 21. April 2016 beim Bevölkerungsamt der Stadt F._____ abgemeldet und seine neue Adresse in H._____ mitgeteilt. Seine neue Adresse sei somit von Beginn an bekannt gewesen. Schliesslich habe auch die Vorinstanz seine neue Adresse sowohl im Publikationstext als auch in ihrem Rubrum aufgeführt (act. 2 S. 5 Rz 7 und Rz 14 f.).

3.4. Nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG kann ein Gläubiger gegen jeden Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat, ohne vorgängige Betreibung die Konkurseröffnung verlangen. Der antragstellende Gläubiger trägt sowohl für die Gläubigereigenschaft als auch für den materiellen Konkursgrund die Beweislast (vgl. dazu BGer 5A_860/2008 E. 5 und BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. A., 2010, Art. 190 N 29). Aufgrund der folgenschweren Konsequenzen, die eine Konkurseröffnung mit sich bringt, ist der materielle Konkursgrund nicht nur glaubhaft zu machen, sondern mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzutun. Für den Nachweis der Gläubigerschaft genügt das

Glaubmachtmachen (vgl. BSK SchKG II- BRUNNER/BOLLER, 2. A., 2010, Art. 190 N 29 und BSK SchKG EB-STAEHELIN, 2. A., 2017, Art. 190 ad N 29a+c). Bei der Würdigung des Tatbestandes von Art. 190 Abs. 1 SchKG sind nebst den Gläubigerinteressen auch die einschneidenden Folgen einer Generalexekution zu berücksichtigen (vgl. BGer 5A_583/2008 E. 5.2). Abgesehen davon lassen sich die vollstreckungsrechtlichen Interessen eines Gläubigers gegenüber dem nicht in der Schweiz wohnenden Schuldner auch durch einen Arrest wahren.

3.5. Den Tatbestand des unbekanntes Aufenthalts, der ein selbständiger Konkursgrund ist (vgl. BJM 1987 S. 98 und OGer ZH NN020118 vom 9. Dezember 2002), prüfte die Vorinstanz nicht, da die Gläubiger in ihrem vorinstanzlichen Gesuch – wie gesehen (vgl. E. 3.1. oben) – vom Vorliegen des Konkursgrundes der Schuldnerflucht ausgegangen sind. So führten sie in ihrem Gesuch aus:

"...Zahlungsflucht bedeutet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein physisches Entfernen des Schuldners selbst oder von Vermögenswerten, in der Absicht, diese dem Zugriff der Zwangsvollstreckung zu entziehen..." und "ist der Schuldner flüchtig, so hat die Konkursöffnung am letzten Wohnort in der Schweiz zu erfolgen" (vgl. act. 7/1 S. 4 oben). Jedenfalls lässt sich ihrem vorinstanzlichen Gesuch Gegenteiliges nicht ohne weiteres entnehmen.

Selbst wenn die Gläubiger mit ihren vorinstanzlichen Vorbringen einen unbekanntes Aufenthalt hätten geltend machen wollen, so wäre ihnen aus den folgenden Gründen ohnehin kein Erfolg beschieden gewesen:

Der Aufenthaltsort ist unbekannt, wenn es objektiv unmöglich ist, ihn festzustellen, obwohl zweckmässige Ermittlungen vorgenommen wurden unter Einbezug der Hilfe der Behörden (vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. A., 2010, Art. 190 N 5 und BSK SchKG EB-STAEHELIN, 2. A., 2017, Art. 190 ad N 5b mit Hinweis auf BGer 5A_872/2010E. 2.1). Die Gläubiger brachten zunächst vor, der Schuldner habe sich an eine nicht existierende Adresse abgemeldet. Die vom Schuldner angegebene Ortschaft "G._____" existiere nicht. Es gebe nur eine Ortschaft, die G'._____ heisse (vgl. act. 7/1 S. 3 Rz 4, act. 7/7 Rz 6, act. 10 S. 3 Rz 4, S. 7 Rz 2). Dass es sich dabei – entgegen ihrer Ansicht – um einen offensichtlichen Verschrieb handelt, braucht nicht eingehender begründet zu werden. Sodann be-

streiten die Gläubiger, dass der Schuldner in G'._____ (H._____) einen Wohnsitz begründet habe. In Wirklichkeit wohne der Schuldner in L._____ TI bzw. befinde sich sein Lebensmittelpunkt nach wie vor in der Schweiz (vgl. act. 7/7 Rz 6, act. 10 S. 3 Rz 4, S. 6 oben). Beim Konkursgrund des unbekannt Aufenthalts ist jedoch nicht das Fehlen eines festen Wohnsitzes entscheidend, sondern das Unbekannt sein des tatsächlichen Aufenthalts des Schuldners. Der Aufenthaltsort muss trotz zweckmässiger und zumutbarer Nachforschungen des Gläubigers, selbst mit behördlicher Hilfe, unauffindbar sein (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. A., 2010, Art. 190 N 5). Was für Nachforschungen bzw. Bemühungen (z.B. Kontaktaufnahme mit den Söhnen des Schuldners, Nachfragen bei Behörden im In- und Ausland) sie getätigt haben, um nachzuweisen, dass der Aufenthalt des Schuldners unbekannt ist, legen sie nicht dar. Den Gläubigern kann durchaus zugemutet werden, solche Abklärungen über den Verbleib des Schuldners anzustellen. Den unbekannt Aufenthalt des Schuldners einzig damit zu begründen, dass der Schuldner in G'._____ wohne bzw. sich dorthin abgemeldet habe, sich aber regelmässig in der Schweiz aufhalte, genügt nicht einmal den Anforderungen an die Glaubhaftmachung (vgl. act. 10 S. 3 Rz 4 und S. 6 oben, Prot. Vi S. 1 f.). Dass Abklärungen erfolgreich verlaufen wären, zeigt übrigens der Umstand, dass die Vorinstanz die Adresse des Schuldners im Rubrum aufführte (M._____ 70). Merkwürdig ist, dass sich den vorinstanzlichen Akten nicht entnehmen lässt, woher diese Angaben stammen. Damit kann noch nicht von einem unbekannt Aufenthaltsort des Schuldners im Sinne des Gesetzes ausgegangen werden.

3.6. Schuldnerflucht liegt vor, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz in der Schweiz aufgibt mit dem Zweck, sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen. Eine einfache Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland genügt nicht, es bedarf zusätzlich Indizien dafür, dass dies geschieht, um die Gläubiger zu schädigen (vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. A., 2010, Art. 190 N 5 und BSK SchKG EB-STAEHELIN, 2. A., 2017, Art. 190 ad N 5a). Fest steht einzig, dass der Schuldner in zeitlicher Nähe zum Urteil des Bundesgericht, mit welchem über seine Verpflichtung rechtskräftig entschieden wurde, nach H._____ zog. Irgendwelche (weitere) Indizien für die Absicht, dass der Schuldner nach H._____ gezogen ist, um sich vor der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu drücken, brachten die Gläubiger in

keiner Weise vor bzw. begründen sie einzig damit, dass sie gegen den Schuldner im September 2015 eine Betreuung eingeleitet hätten (vgl. act. 7/1 S. 2 Rz 3). Sodann lässt sich auch kein Verwirrspiel um seinen jeweiligen persönlichen Verbleib ausmachen, nur weil der Schuldner seit dem obergerichtlichen Urteil sich einmal in D._____ und einmal in F._____ an- und abgemeldet hatte (vgl. act. 7/7 Rz 5, act. 10 S. 3 Rz. 4). Jedenfalls liefert dies allein noch keinen Anhaltspunkt, um von Schuldnerflucht ausgehen zu können.

3.7. Die Gläubiger brachten sodann vor, der Schuldner habe sich seiner Vermögenswerten entledigt, indem er die Liegenschaft im Tessin sowie Stammanteile an einer GmbH seinen Kindern schenkungsweise übertragen habe (vgl. E. 3.1. oben, act. 7/1 S. 3 f., act. 7/7 Rz 4, act. 10 S. 5 unten und S. 6). Damit sprechen sie womöglich betrügerische Handlungen i.S.v. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG an. Explizit geltend gemacht haben sie diesen Konkursgrund jedoch nicht. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid – entgegen den Behauptungen der Gläubiger (vgl. act. 10 S. unten und S. 7 Rz 3) – auch nicht von "Beseitigung grosser Vermögenswerte" oder "Entziehen von Vermögenswerten" gesprochen. Da die diesbezüglichen Ausführungen der Gläubiger ohnehin als zu wenig substantiiert zu werten sind, kann eine nähere Überprüfung dieses Tatbestandes unterbleiben.

3.8. Damit ist es den Gläubigern nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass der aktuelle Aufenthaltsort des Schuldners trotz zumutbarer Anstrengung nicht eruiert werden kann oder dass er die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder dass er betrügerische Handlungen begangen hat. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

3.9. Bei diesem Ausgang kann offenbleiben, ob die Vorladung zur Konkursverhandlung trotz bekannter Adresse des Schuldners durch Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt hätte erfolgen dürfen. Immerhin ist an die mögliche Kenntnisnahme des Gerichtstermins hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, 2. A., 2010, Art. 190 N 26). Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien braucht damit nicht näher eingegangen zu werden (vgl. act. 2 S. 6-8 Rz 19-28 und act. 10 Rz 5). Sollte die Vorinstanz einzig deshalb publiziert haben, weil sie der Ansicht war, eine rechtshilfweise Zustellung würde

für die Gläubiger zu einem unzumutbaren Zeitverlust führen, so hätte sie nach Anbringung des Konkursbegehrens die zur Wahrung der Rechte der Gläubiger notwendigen vorsorglichen Anordnungen treffen können (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 170 SchKG).

4.

Da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag der Gläubiger, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen (vgl. act. 10 Rz 6-8).

5.

5.1. Ausgangsgemäss sind sowohl die erstinstanzliche als auch die zweitinstanzliche Spruchgebühr den Gläubigern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Festsetzung der erstinstanzlichen Spruchgebühr wurde von den Parteien nicht beanstandet. Der Betrag von Fr. 500.– ist angemessen und ist zu bestätigen sowie von dem von den Gläubigern geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zu beziehen. Der Restbetrag ist den Gläubigern vom Konkursamt Aussersihl-Zürich nach Abzug seiner Kosten zurückzuerstatten. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr ist in Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Sie ist von dem vom Schuldner geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen, wobei die Gläubiger zu verpflichten sind, dem Schuldner den Betrag von Fr. 750.– zu ersetzen (vgl. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

5.2. Der Schuldner beantragt eine Parteienschädigung sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren. Für das erstinstanzliche Verfahren ist dem Schuldner keine Parteienschädigung zuzusprechen, da ihm keine Umtrieben entstanden sind, die es zu entschädigen gölte. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden die Gläubiger entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), zumal das vorliegende Verfahren nicht unter Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG fällt. Mit dem Konkursöffnungsgesuch verfolgen die Gläubiger die Befriedigung ihrer Forderung und damit einen vermögensrechtlichen Zweck. Ausgehend von einem Fr. 300'000.– übersteigenden Streitwert, ist die Parteienschädigung in Anwen-

dung von § 4 Abs. 1, § 9, § 12 Abs. 3 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'000.– (zuzüglich 8% MwSt.) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2016, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, einen nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag den Gläubigern zurückzuerstatten.
3. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird bestätigt und den Gläubigern unter solidarischer Haftung auferlegt sowie aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, den Gläubigern unter solidarischer Haftung auferlegt und aus dem vom Schuldner geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Gläubiger werden verpflichtet, dem Schuldner den Betrag von Fr. 750.– zu ersetzen.
5. Die Gläubiger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, dem Schuldner für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 2'000.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage des Doppels von act. 10 und act. 11/1-3, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.

7. 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. O. Canal

versandt am:
17. Januar 2017