

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170004-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 30. Januar 2017

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **SA**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Januar 2017 (EK162106)

### **Erwägungen:**

1.1 Mit Urteil vom 11. Januar 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich in der Betreuung-Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 9 den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) von Fr. 1'472.40 nebst Zins zu 5 % seit 4. Juli 2016, Fr. 240.– administrative Kosten, Fr. 27.95 fällige Zinsen und Fr. 204.90 Betreuungskosten (act. 3 = act. 6/8).

1.2 Gegen dieses Urteil erhob der Schuldner mit Eingabe vom 18. Januar 2017 rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Dabei machte er insbesondere geltend, er habe die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung bereits am 18. November 2016 – und damit vor Konkursöffnung – an das Betreibungsamt bezahlt und die Gläubigerin habe ihm vor Konkursöffnung telefonisch bestätigt, dass sie den Betrag erhalten habe (act. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 19. Januar 2017 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten des Beschwerdeverfahrens angesetzt (act. 7). Dieser wurde fristgerecht geleistet (act. 9). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-9).

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach 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. Bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderegründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Til-

gung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), können geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen.

Die vom Schuldner geltend gemachte Schuldtilgung muss Zinsen und Kosten einschliessen. Zu Letzteren gehören nicht nur die Kosten des Betreibungsamtes, sondern, jedenfalls wenn die Schuldtilgung nach dem Konkursbegehren erfolgt, auch die Kosten des Konkursgerichtes und allenfalls des Konkursamtes, wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet.

Beweist der Schuldner mit Urkunden, dass er die Forderung des Gläubigers nebst Zinsen und Betreuungskosten vor der Konkurseröffnung bezahlt hat, und belegt er zudem, dass er nach der Konkurseröffnung auch noch die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes sichergestellt hat, so wird die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben, ohne dass im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG die Zahlungsfähigkeit geprüft wird. Dass der Schuldner die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes in dieser Konstellation erst nach der Konkurseröffnung sicherstellt, bleibt nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014).

2.2 Gemäss einer vom Schuldner eingereichten Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 18. Januar 2017 hat er die in der Betreuung-Nr. ... offene Forderung bereits vor Konkurseröffnung an das Betreibungsamt bezahlt, wobei das Betreibungsamt die bei ihm einbezahlten Beträge mit Zahlungen vom 16. und 18. November 2016 an die Gläubigerin ausbezahlt hat (act. 4/1). Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 11. Januar 2017 eingetreten ist. Gemäss einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Altstetten-Zürich hat der Schuldner zudem am 18. Januar 2017 – und damit während laufender Beschwerdefrist – beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung in der Höhe von gesamthaft Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 4/2). Das Konkursamt ist somit bei Gutheissung der Beschwerde in der Lage, der Gläubigerin den ganzen von dieser ge-

leisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Konkursöffnung aufzuheben.

3. Der Schuldner hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung bereits vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich der Schuldner nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wäre. Vielmehr war es an ihm, beim Konkursgericht auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen. Dies insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Der Schuldner durfte vor diesem Hintergrund nicht ohne weiteres davon ausgehen, die entsprechende Mitteilung durch die Gläubigerin würde rechtzeitig erfolgen bzw. wenn dies nicht geschah, hat er die Folgen zu tragen. Deshalb hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen (Art. 108 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Januar 2017, mit dem 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. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Das Konkursamt Altstetten-Zürich 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 auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
1. Februar 2017