

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170276-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 29. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 13. Dezember 2017 (EK171885)

Erwägungen:

1. Am 13. Dezember 2017 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 9). Die Sache erweist sich im Übrigen als spruchreif, weshalb keine weiteren Verfahrensschritte erforderlich sind.
2. In seiner Beschwerdeschrift machte der Schuldner unter Hinweis auf die Abrechnung des Betreibungsamtes geltend, er habe die Forderung der Gläubigerin inkl. Kosten der Betreuung sowie aufgelaufener Zinsen dem Betreibungsamt Zürich 4 am 29. November 2017, somit vor der Konkursöffnung, bezahlt (act. 2 i.V.m. 4/1).
3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Im Beschwerdeverfahren können Tatsachen neu geltend gemacht werden, die sich vor dem erstinstanzlichen, angefochtenen Entscheid ereignet haben (Art. 174 Abs. 1 SchKG; das in Abweichung des sonst geltenden Ausschlusses aller neuen Behauptungen gemäss Art. 326 ZPO). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Hat sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkursöffnung verwirklicht, so wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen (vgl. OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014). Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkursöffnung sichergestellt hat, bleibt dabei nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79).

4. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner mit Einreichung der Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 die vollständige Zahlung der Konkursforderung (Valuta-Datum 29. November 2017) belegt (act. 4/1). Damit ist eine konkurshindernde Tatsache dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 13. Dezember 2017 eingetreten ist. Ausserdem stellte der Schuldner während laufender Beschwerdefrist (act. 6 i.V.m. act. 7/9), nämlich am 21. Dezember 2017, beim Konkursamt Aussersihl-Zürich die Kosten des Konkursamtes und die Kosten der Vorinstanz (Fr. 400.–) sicher (act. 4/2). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete der Schuldner einen Vorschuss (act. 8). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Praxisgemäss ist von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abzusehen.
5. Nach der Zahlung der Konkursforderung durfte der Schuldner nicht davon ausgehen, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren – mit Kostenfolgen für das vorinstanzliche Verfahren – zurückzieht. Es ist nämlich vielmehr Aufgabe des **Schuldners**, dem Konkursgericht mittels Urkunden die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen oder allenfalls eine Rückzugserklärung des Gläubigers beizubringen. Zudem hat der Schuldner auch die durch das Konkurseröffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten auf der Konkursgerichtskanzlei bis zum Konkurseröffnungstermin bar zu bezahlen. Darauf wurde der Schuldner im Anhang zur Vorladungsverfügung hingewiesen (vgl. act. 7/4/1). Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkursöffnung durch das erstinstanzliche Gericht zu verhindern.
6. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er zum einen durch die nicht rechtzeitige Zahlung der Krankenkassenprämien und Kostenbeteiligungen das Verfahren veranlasst, und es zum anderen ebenfalls unterlassen hat, die Vorinstanz über das Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes in Kenntnis zu setzen und die Gerichtskosten zu bezahlen. Demzufolge ist dem Schuldner auch keine Entschädigung zuzusprechen. Eine Entschädigung an die Beschwerdegegnerin entfällt, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine Umtriebe entstanden sind, die abzugelten wären.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Dezember 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. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.
6. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
29. Januar 2018