

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180126-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 9. August 2018

in Sachen

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

Schuldner, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend Konkureröffnung

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 20. Juni 2018 (EK180100)

## Erwägungen:

### I.

1. Der Schuldner, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der seit dem tt.mm.2014 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung C.\_\_\_\_\_ (Switzerland), welche folgenden Gesellschaftszweck hat: *"Consulting und Engineering im Medizinischen Technik Bereich, Gesundheitswesen. Die Beratung von Firmen, Institutionen und Behörden bei der Beschaffung von Medizintechnischen Systemen und Informationstechnologie. Erstellt Analysen und Konzepte; setzt Projekte um"* (act. 8).

2. Am 20. Juni 2018, 10:00 Uhr, eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Meilen für nachfolgende Forderung der Gläubigerin, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 6 = act. 7/20):

CHF 2'171.65 nebst Zins zu 5% seit 1. August 2017

CHF 50.75 Zinsen

CHF 300.00 Mahngebühren

CHF 146.60 Betriebskosten

3. Am 10. Juli 2018 erhob der Schuldner rechtzeitig (vgl. act. 7/21) Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Letztere wurde ihm mit Verfügung vom 11. Juli 2018 einstweilen gewährt. Zudem wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 10). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 14). Zudem machte der Schuldner am 12. Juli 2018 eine weitere Eingabe (act. 12-13). Die Gläubigerin liess sich nicht verlauten, weshalb das Verfahren androhungsgemäss (vgl. act. 10) ohne ihre Stellungnahme fortzusetzen ist. Die

Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-23). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. Eine Beschwerde gegen einen Konkursöffnungsentscheid ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Zwar stellt das Konkursgericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 55 Abs. 2 ZPO und Art. 255 lit. a ZPO), doch trifft den Schuldner eine Mitwirkungspflicht bzw. -last (OGer ZH, PS130147-O vom 19. September 2013, E. 2.3; KUKO-ZPO Jent-Sørensen, 2. Aufl. 2014, Art. 255 N 2). Der Schuldner hat deshalb seine Beschwerde innerhalb der Rechtsmittelfrist *abschliessend* zu begründen, wozu er in der Regel neben einem der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) seine Zahlungsfähigkeit nachzuweisen hat (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

1.1 Der Schuldner beruft sich in seiner Beschwerdeschrift grundsätzlich auf das Bestehen des Konkurshinderungsgrundes der Hinterlegung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG. Hierzu bringt er vor, er habe die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten beim Konkursamt Männedorf sichergestellt (act. 2 Rn. 4), wobei er nachweist, am 10. Juli 2018 beim Konkursamt Männedorf zuhanden der Gläubigerin Fr. 2'726.85 hinterlegt zu haben (act. 5/3). Ausserdem führt er aus, er sei überzeugt, dass er zahlungsfähig sei, da ihm zur Begleichung der fälligen Schulden liquide Mittel in der Höhe von ca. Fr. 31'000.– zur Verfügung ständen und ihm sein Bruder per spätestens Mitte Juli 2018 verbindlich ein niedrig verzinsliches Darlehen über mindestens Fr. 50'000.– zugesichert habe, welches

er frühestens Anfang 2020 zurückbezahlen müsse und welches mit der Errichtung eines nachrangigen Schuldbriefs auf seinem Grundstück gesichert werde (act. 2 Rn. 5). Zum Beleg reicht er einen Grundbuchauszug ein (act. 5/3) und stellt überdies die Nachreichung des Darlehensvertrages in Aussicht (act. 2 Rn. 5).

1.2 Bei diesem Vorgehen übersieht der Schuldner, dass er – wie bereits gesagt – die Beschwerde gegen den Konkursöffnungsentscheid innert der 10-tägigen Beschwerdefrist *abschliessend* zu begründen hat, wozu er neben dem Bestehen eines Konkurshinderungsgrundes auch glaubhaft darzutun hat, dass er in der Lage ist, die aktuell dringendsten Verpflichtungen zu bedienen und überdies innert nützlicher Frist, längstens aber innert zwei Jahren, neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die bereits bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. dazu etwa OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014). Das Urteil der Vorinstanz wurde dem Schuldner am 30. Juni 2018 zugestellt (act. 7/21/1), womit die 10-tägige Beschwerdefrist am 10. Juli 2018 endete. Der Schuldner hat seine Beschwerdeschrift dementsprechend am letzten Tag der Frist der Post übergeben und die Eingabe ist einen Tag später – und damit nach Ablauf der Frist – bei der Kammer eingegangen (vgl. act. 2). Eine Ergänzung der Beweismittel zur Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist deshalb nicht mehr möglich. Hinzu kommt, dass sich aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Pfannenstiel vom 25. Juni 2018 (act. 5/4) offene Betreibungsschulden von Fr. 189'378.60 (Fr. 40'162.80 offene Betreibungen + Fr. 149'214.80 offene Verlustscheine) ergeben, weshalb die vom Schuldner behaupteten verfügbaren Mittel von rund Fr. 81'000.–, selbst wenn deren Bestehen innerhalb der Rechtsmittelfrist glaubhaft dargetan worden wäre, bei Weitem nicht zum Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit ausreichen würden. Angaben zu seinen laufenden Einnahmen und Ausgaben fehlen zudem vollständig. Ob seine Einnahmen bzw. verfügbaren Mittel ausreichen, um neben den laufenden Geschäftsausgaben auch die bestehenden Schulden abzutragen, kann dementsprechend gestützt auf den vom Schuldner vorgetragenen Sachverhalt nicht beurteilt werden. Damit wäre die Zahlungsfähigkeit des Schuldners – käme es denn darauf an – gar nicht erst rechtsgenügend behauptet.

2. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG jedoch abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Vorliegend ergibt sich aus dem vom Schuldner eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 25. Juni 2018, dass die der Betreuung Nr. ... zugrunde liegende Forderung am Tage der Erstellung des Betreibungsregisterauszuges bereits an das Betreibungsamt bezahlt worden war (vgl. act. 5/4), wobei die Tilgung gemäss einer Auskunft des Betreibungsamtes am 5. April 2018 und damit vor Konkurseröffnung erfolgte (act. 9). Gestützt auf Art. 255 lit. a ZPO ist dieser Umstand, der nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn er dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre, von Amtes wegen zu berücksichtigen. Der Gläubigerin wurde mit Verfügung vom 11. Juli 2018 das rechtliche Gehör hierzu gewährt (vgl. act. 10), wobei sie sich innert der ihr hierzu angesetzten Frist nicht hat vernehmen lassen. Jedoch hat sie am 12. Juli 2018 gegenüber dem Schuldner bestätigt, die Konkursforderung in Höhe von Fr. 2'742.30 bereits am 10. April 2018 – und damit vor Konkurseröffnung – erhalten zu haben (act. 13/2).

2.1 Wird die bereits vor Konkurseröffnung erfolgte Tilgung als Novum erst im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, ist für die Gutheissung der Beschwerde ausserdem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

2.2 Der Schuldner belegt, dass er am 10. Juli 2018 – und damit während noch laufender Beschwerdefrist – beim Konkursamt Männedorf die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung in der Höhe von gesamthaft Fr. 1'000.– sichergestellt hat (act. 5/3). Das Konkursamt ist somit bei Gutheissung der Beschwerde in der Lage, der Gläubigerin den ganzen von dieser geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzu-

erstatten. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist.

Der vom Schuldner nach Konkurseröffnung beim Konkursamt zur Sicherstellung der bereits vor Konkurseröffnung getilgten Konkursforderung hinterlegte Betrag von Fr. 2'726.85 ist dem Schuldner durch das Konkursamt zu erstatten.

### III.

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 am 5. April 2018 und damit mehrere Wochen 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, nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 20. Juni 2018 (act. 7/14 und 7/19) beim Konkursgericht selber 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. Deshalb hat der Schuldner 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 (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 Meilen vom 20. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EK180100-G), 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. 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Männedorf wird angewiesen, von dem bei ihm als Kostenvorschuss einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 1'000.– 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 auszus zahlen.
4. Das Konkursamt Männedorf wird angewiesen, dem Schuldner den von ihm zur Sicherstellung der Konkursforderung einbezahlten Betrag von Fr. 2'726.85 zu erstatten.
5. Schriftliche Mitteilung an:
  - die Parteien;
  - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten);
  - das Konkursamt Männedorf;
  - das Grundbuchamt ...;ferner mit besonderer Anzeige an:
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
  - an das Betreibungsamt Pfannenstiel,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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
9. August 2018