

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210222-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 23. Dezember 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **[Verband]**,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern
vom 2. Dezember 2021 (EK210142)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 2. Dezember 2021 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners (nachfolgend: Gläubiger) von Fr. 350.– zuzüglich Zins von 5 % seit 3. Mai 2021 und Fr. 73.60 Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/7). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 13. Dezember 2021 (Datum Poststempel) fristgerecht (vgl. act. 8/12 sowie Art. 174 Abs. 1 SchKG) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-14). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann ein Entscheid des Konkursgerichtes innert zehn Tagen mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden, wobei die Parteien auch uneingeschränkt neue Tatsachen geltend machen können, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. 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. Bei einer rechtzeitigen Zahlung vor Konkursöffnung ist der Schuldner vom Glaubhaftmachen seiner Zahlungsfähigkeit, was bei einer Tilgung erst nach Konkursöffnung erforderlich wäre (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG), befreit (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.3 = ZR 110/2011 Nr. 79). Dasselbe gilt auch, wenn der Schuldner zwar die Forderung inklusive Zinsen und Kosten vor Konkursöffnung tilgte, die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes jedoch erst danach sicherstellt (vgl. OGer ZH PS160210 vom 9. November 2016 E. II.2).

3. Der Schuldner macht geltend und belegt, dass er dem Betreibungsamt Affoltern am Albis am 30. November 2021 Fr. 438.65 zwecks Tilgung der Forderung in

der Betreuung Nr. ... des Gläubigers bezahlte (act. 2 Rz 10 und act. 5/4). Damit wurde die zur Konkurseröffnung führende Forderung samt Zinsen und Kosten noch vor Konkurseröffnung getilgt. Ausserdem erbringt der Schuldner den Nachweis, dass er am 7. Dezember 2021 dem Konkursamt Affoltern ZH Fr. 1'200.– einbezahlte. Gemäss der Bestätigung des Konkursamtes Affoltern ZH vom selben Datum reicht dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamtes inklusive der Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sicherzustellen (act. 2 Rz 14 und act. 5/5). Schliesslich bezahlte der Schuldner auch den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 2 Rz 15 und act. 5/6 sowie act. 11). Somit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid über die Konkurseröffnung aufzuheben.

4. Die Kosten sowohl des erst- als auch des zweitinstanzlichen Verfahrens sind dem Schuldner aufzuerlegen, auch wenn der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Dies, da es in der Verantwortung des – sozusagen bis zur letzten Minute säumigen – Schuldners liegt, das Konkursgericht über Umstände, welche gegen eine Konkurseröffnung sprechen, zu informieren (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 = ZR 110/2011 Nr. 79). Ebenso wird der Schuldner die Kosten des Konkursamtes zu tragen haben. Eine Parteientschädigung ist ihm keine zuzusprechen. Im Übrigen ist auch dem Gläubiger mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 2. Dezember 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Affoltern ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.– (Fr. 1'200.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern (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 am Albis, 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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Tanner

versandt am:
23. Dezember 2021