

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170178-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 30. August 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 9. August 2017 (EK171070)

Erwägungen:

1. A._____ (Schuldner und Beschwerdeführer, nachfolgend Schuldner) ist Inhaber eines Einzelunternehmens, welches im Handelsregister eingetragen ist und die "Ausführung von Neu- und Umbauten, Service- sowie Planung von Heizungs- und Sanitär Anlagen" bezweckt (act. 6). Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 9. August 2017 für eine Forderung der B._____ AG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 2'280.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2016 und Fr. 120.– Umtriebs- und Mahnspesen sowie Fr. 190.60 Betreibungskosten (in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 3) über den Schuldner den Konkurs (act. 7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 17. August 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).
2. In der Beschwerdeschrift machte der Schuldner geltend, er habe die Forderung der Gläubigerin samt Zinsen und Kosten beim Betreibungsamt Zürich 3 bereits vor der Konkurseröffnung bezahlt (act. 2 S. 4 unter Hinweis auf act. 5/6-8). Die Parteien hätten telefonisch vereinbart, dass er – der Schuldner – die ausstehenden Beträge beim Betreibungsamt Zürich 3 bezahlen solle. Er habe danach davon ausgehen dürfen, dass sich die Angelegenheit erledigt habe. Umso mehr erstaune es, dass die Gläubigerin mit Schreiben vom 17. Juli 2017 nicht auf die Durchführung des Konkurses verzichtet, sondern erklärt habe, dass keine Stundungsverhandlungen mit ihm stattgefunden hätten und das Gericht aufgrund der Akten entscheiden solle (act. 2 S. 4).
3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnung 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 Konkursgerichtes (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung 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 beiden Abrechnungen des Betreibungsamtes (act. 5/6-7) und dem Buchungsbeleg der PostFinance Card (act. 5/8) die vollständige Zahlung der Konkursforderung (Valuta-Datum 12. Juli 2017) belegt. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 9. August 2017 eingetreten ist. Ausserdem stellte der Schuldner während laufender Beschwerdefrist (act. 7 i.V.m. act. 8/9), nämlich am 14. August 2017, beim Konkursamt Wiedikon-Zürich die Kosten des Konkursamtes und die Kosten der Vorinstanz (Fr. 400.–), insgesamt Fr. 1'800.–, sicher (act. 5/5). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete der Schuldner einen Vorschuss (act. 5/4). 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 einfach davon ausgehen, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren – mit Kostenfolgen für das vorinstanzliche Verfahren – zurückzieht. Im Zeitpunkt der Postaufgabe des vom Schuldner erwähnten Schreiben der Gläubigerin an das Gericht (17. Juli 2017, vgl. act. 5/9 = act. 8/6) hatte diese noch nicht zwangsläufig Kenntnis von der Zahlung. Ausserdem wäre es am Schuldner

gelegen, sich beim Konkursgericht zu erkundigen, ob ein Rückzug des Begehrens einging. Es ist nämlich Aufgabe des **Schuldners**, dem Konkursgericht mittels Urkunden die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen oder allenfalls eine Rückzugserklärung der Gläubigerin beizubringen. Zudem hätte er auch die durch das Konkurseröffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten auf der Konkursgerichtskanzlei bis zum Konkurseröffnungstermin bar bezahlen müssen. Darauf wurde er auf der Rückseite der Vorladung unter "wichtige Hinweise" aufmerksam gemacht (act. 8/3/2). Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkurseröffnung durch das erstinstanzliche Gericht zu verhindern.

6. Die Kosten beider Instanzen hat daher der Schuldner zu tragen, da er zum einen durch die nicht rechtzeitige Zahlung der Krankenkassenprämien 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. Als unterliegende Partei ist ihm deshalb auch keine Entschädigung zuzusprechen (Act. 106 Abs. 1 ZPO). Dies entgegen den Anträgen des Schuldners, der eine Auflage der vorliegenden Kosten an die Gläubigerin und die Zusprechung einer angemessenen Parteientschädigung verlangt (act. 2 S. 8).

Eine Entschädigung an die Gläubigerin 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 9. August 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 Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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:
30. August 2017