

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS230025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende,  
Oberrichter Dr. E. Pahud und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 9. März 2023

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B. \_\_\_\_\_ AG, Inkasso

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 31. Januar 2023 (EK222098)**

### **Erwägungen:**

1.1 Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) ist Inhaber des im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_", das Malerarbeiten bezweckt (act. 5).

1.2 Mit Urteil vom 31. Januar 2023 (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar] = act. 8/10) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 3'114.75 nebst Zins zu 5 % seit 24. April 2022, Fr. 250.– Spesen, Fr. 88.60 Zins und Fr. 146.60 Betreuungskosten.

1.3 Gegen dieses Urteil erhebt der Schuldner mit Eingabe vom 13. Februar 2023 (act. 2) Beschwerde und beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung. Zudem beantragt er, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (a.a.O., S. 1).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-14). Mit Verfügung vom 14. Februar 2023 (act. 9) wurde der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner Frist zur Leistung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Der Kostenvorschuss ist eingegangen (vgl. act. 11). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln (Art. 326 ZPO) ab: Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshindernungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der

Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Dazu gehört – jedenfalls soweit der Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat – auch die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, für welche der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit sieht die Kammer in ständiger Praxis ab, wenn die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes zwar erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, die Schuldtilgung im Übrigen aber ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist (vgl. etwa ZR 110/2011 Nr. 79). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO; BGE 136 III 294 und ZR 110 [2011] Nr. 5 S. 8).

2.1 Der Schuldner macht in seiner Beschwerdeschrift im Wesentlichen geltend, er verfüge über ein (Konto-)Guthaben von rund Fr. 40'000.–. Er könne die Konkursforderung und/oder die anderen Betreibungen nicht sofort bezahlen, weil sein Konto nach der Konkurseröffnung gesperrt worden sei. Aus demselben Grund könne er auch keinen Kontoauszug einreichen (vgl. act. 2). Telefonisch erklärte er gegenüber der Kammer, er habe kein E-Banking (vgl. act. 6 S. 2).

Am 13. Februar 2023, dem letzten Tag der Beschwerdefrist (vgl. act. 8/10 i.V.m. act. 8/14), erschien der Schuldner am Empfang des Obergerichtes des Kantons Zürich und machte geltend, er habe letzte Woche die Konkursforderung beim Betreibungsamt in bar bezahlen wollen. Dieses habe sich jedoch geweigert, die Zahlung entgegenzunehmen. Seitens des Betreibungsamtes wurde telefonisch bestätigt, dass der Konkursit am 9. Februar 2023 vorbeigekommen sei und Fr. 23'000.– in bar habe bezahlen wollen, die Annahme dieser Zahlung aber verweigert worden sei, weil mit der Konkurseröffnung alle hängigen Betreibungen aufgehoben seien (vgl. act. 6 S. 1). Der Schuldner erklärte zudem, die Konkursforderung bei der Obergerichtskasse nicht (noch fristgerecht) hinterlegen zu können; dies, weil seine Konten gesperrt seien (vgl. act. 6 S. 1).

2.2 Der Schuldner macht damit zusammengefasst geltend, die Tilgung oder Hinterlegung nach Konkurseröffnung beim Betreibungsamt sei ihm von diesem verweigert worden.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Tilgung der Schuld beim Betreibungsamt im Sinne von Art. 12 SchKG bis zum Ablauf der Beschwerdefrist möglich. Auch wenn es von der zeitlichen Abfolge her nach der erstinstanzlichen Konkurseröffnung an sich keine Spezialexécution mehr gebe – so das Bundesgericht –, habe Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG offensichtlich nicht nur die direkte Bezahlung an den Gläubiger im Auge (vgl. BGer 5A\_865/2013 vom 21. Januar 2014, E. 3). Mit einer entsprechenden, vom Betreibungsamt ausgestellten Quittung und Abrechnung kann gemäss Praxis der Kammer denn auch der Urkundenbeweis im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG geführt werden (vgl. etwa OGer ZH PS170235 vom 30. Oktober 2017, E. 3.1). Die Hinterlegung ist nach dem klaren Wortlaut von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nur bei der Rechtsmittelinstanz möglich. Es erscheint jedoch überspitzt formalistisch, eine (rechtzeitige und ausreichende) Hinterlegung bei der ersten Instanz, beim Betreibungsamt – oder beim Konkursamt (vgl. OGer ZH PS210081 vom 7. Mai 2021) – nicht gelten zu lassen, weshalb dies nicht von vornherein auszuschliessen ist (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 9). Zu beachten gilt es bei der Tilgung und der Hinterlegung jedoch, dass diese – wie gesehen – einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein müssen, wozu insbesondere auch die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes gehört (vgl. statt vieler OGer ZH PS130054 vom 16. April 2013, E. 4). Die entsprechende Bestätigung, dass neben den Kosten des Konkursgerichtes auch jene des Konkursamtes sichergestellt wurden, ist beim zuständigen Konkursamt einzuholen, zumal grundsätzlich nur dieses seine Kosten kennt. Diese Bestätigung ist daher grundsätzlich unverzichtbar (vgl. OGer ZH PS140083 vom 23. Mai 2014, E. 3). Ob es sich im Einzelfall unter Umständen rechtfertigen kann, auf eine solche Bestätigung zu verzichten und ob der Schuldner ohne eine solche Bestätigung beim Betreibungsamt hätte tilgen oder hinterlegen dürfen bzw. dieses seine Zahlung hätte akzeptieren müssen, braucht hier nicht abschliessend beantwortet zu werden. Denn die Beschwerde des Schuldners ist bereits deshalb abzuweisen, weil

er keinerlei Unterlagen zu seiner Zahlungsfähigkeit eingereicht hat, anhand derer hätte geprüft werden können, ob er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und die bestehenden Schulden abzutragen. Insbesondere fehlt ein Beleg zum behaupteten Kontoguthaben von rund Fr. 40'000.–. Die Zahlungsfähigkeit wäre hier glaubhaft zu machen gewesen (vgl. oben E. 2). Darauf wurde der Schuldner (auch) seitens der Kammer hingewiesen (vgl. act. 6 S. 2).

2.3 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

3. Immerhin ist der Schuldner auf die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses hinzuweisen. Das Konkursgericht widerruft den Konkurs und gibt dem Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück, wenn er nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind, er von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorlegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (vgl. Art. 195 SchKG).

4. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahren dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Schuldner nicht, weil er mit seiner Beschwerde unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an die Vorinstanz (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.

4. 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. A. Götschi

versandt am:  
9. März 2023