

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170207-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 4. Oktober 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 29. August 2017 (EK170218)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) vom 29. August 2017 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 6'031.70 zuzüglich 5 % Zins ab 2. Januar 2016 abzüglich Teilzahlungen von Fr. 6'001.55, eine Kostenbeteiligung von Fr. 380.95, Mahnspesen von Fr. 300.–, Umtriebsspesen von Fr. 100.– und Betreuungskosten von Fr. 146.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/11, nachfolgend zitiert als act. 7). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 11. September 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 8/12/2) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

2. Mit Verfügung vom 12. September 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht zuerkannt und es wurde dem Schuldner eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (act. 10/1 und act. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-13). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

4. Der Schuldner beruft sich auf den Konkurshinderungsgrund der Tilgung der Schuld einschliesslich Zinsen und Kosten im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1

SchKG, indem er geltend macht, er habe am 11. September 2017 der Gläubigerin Fr. 957.70 überwiesen und damit den noch ausstehenden Restbetrag der Forderung getilgt (act. 2 Rz 7). Zum Nachweis reicht der Schuldner einen Beleg der C._____ [Bank] vom 11. September 2017 ein, aus welchem hervorgeht, dass an diesem Tag ein E-Banking Auftrag zur Überweisung von Fr. 957.70 an die Gläubigerin erteilt wurde (act. 5/2). Ein solcher Zahlungsauftrag ist jedoch noch kein Beweis für eine effektive Tilgung, ist daraus doch nicht ersichtlich, ob der fragliche Betrag der Gläubigerin tatsächlich gutgeschrieben wurde. Zudem ist auch nicht nachgewiesen, dass die mutmassliche Gutschrift noch am selben Tag erfolgte, was vorliegend aber erforderlich gewesen wäre, da es sich beim 11. September 2017 um den letzten Tag der zehntägigen Frist zur Beschwerdeerhebung und damit auch zur Verwirklichung des Konkurshinderungsgrundes handelte (vgl. act. 8/12/2). Selbst wenn die Zahlung aber rechtzeitig erfolgt wäre, wäre damit nicht die gesamte ausstehende Forderung getilgt worden. Die Teilzahlungen des Schuldners von insgesamt Fr. 6'959.25 (Fr. 6'001.55 + Fr. 957.70) entsprechen exakt dem Total der von der Vorinstanz aufgelisteten Forderungen, Nebenforderungen und Betreuungskosten von Fr. 6'031.70, Fr. 380.95, Fr. 300.–, Fr. 100.– und Fr. 146.60. Auf die Hauptforderung von Fr. 6'031.70 fielen jedoch ab dem 2. Januar 2016 zusätzlich Verzugszinsen von 5 % an. Entsprechend besteht nach wie vor ein Ausstand, dessen Höhe allerdings nicht genau ermittelt werden kann, weil mangels Vorbringen des Schuldners und entsprechenden Belegen nicht bekannt ist, wann er die Teilzahlung von Fr. 6'001.55 leistete. Der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung der Schuld im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ist auf jeden Fall nicht erfüllt. Da die Frist zur Beschwerdeerhebung bereits abgelaufen ist, kann dem Schuldner im Übrigen auch keine Frist zur Nachbesserungen mehr gewährt werden. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

5. Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder

von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkursangabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, je gegen Empfangsschein.
5. 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:

M^{Law} C. Funck

versandt am:
5. Oktober 2017