

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140164-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 2. Juli 2014

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 Zürich vom 11. Juni 2014 (EK140733)

Erwägungen:

1. Am 11. Juni 2014 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich für eine Forderung von Fr. 893.90 nebst Zins zu 5% seit 25. Mai 2013 zuzüglich Fr. 30.-- Mahn- und Fr. 95.-- Inkassogebühren sowie Fr. 146.30 Betriebskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Er habe die Konkursforderung bereits vor der Konkurseröffnung an die Gläubigerin bezahlt (act. 2).

2. Mit Verfügung vom 27. Juni 2014 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde innert der Beschwerdefrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurshinderungsgrundes (Kosten des Konkursamtes und noch offener Anteil der erstinstanzlichen Kosten) ergänzen kann. Sodann wurde ihm Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren angesetzt und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Noch am gleichen Tag leistete der Schuldner den Barvorschuss und stellte weiter die konkursamtlichen sowie die erstinstanzlichen Kosten sicher (act. 11/1-2).

3. Mit der Beschwerde können unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Zudem sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zu den drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) selbst dann zulässig, wenn sie erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Stützt sich der Schuldner auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat er zusätzlich zu deren Nachweis seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Nachfristen sind keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

Weist der Schuldner im Beschwerdeverfahren nach, dass er die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten bereits vor Konkursöffnung bezahlt hat, ist für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes sichergestellt werden. In diesen Fällen sieht die Kammer nach ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab; dies ungeachtet dessen, dass der Schuldner – mit Blick auf die Sicherstellung der Konkurskosten – auch auf erst nach der Konkursöffnung verwirklichte Tatsachen abstellt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

4.a) Mit Einreichung der Beschwerde belegte der Schuldner mit einem Kontoauszug der ZKB, dass er mit Valuta vom 4. Juni 2014 und damit vor der Konkursöffnung die Konkursforderung samt Zinsen sowie Mahn- und Inkassogebühren und Betreuungskosten inkl. Fr. 200.-- Gerichtskosten, total Fr. 1'417.95 an die Gläubigerin bezahlt hatte (act. 5/3). Da der Vorinstanz indes kein Zahlungsnachweis vorlag, eröffnete sie den Konkurs zu Recht.

b) Zu den Kosten, die der Schuldner dem Gläubiger gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abwendung des Konkurses zu zahlen hat, gehören nebst den Betreuungskosten auch die Kosten des Konkursamtes sowie des konkursrichterlichen Verfahrens (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 172 N 3; act. 8/4, Ziffer 5 der "wichtigen Hinweise"). Der Schuldner bezahlte bereits vor Konkursöffnung die in der Vorladung erwähnten Gerichtskosten von Fr. 200.--. Die Gerichtskosten fallen aber nur dann in dieser Höhe an, wenn eine Erklärung des Gläubigers (Rückzug des Konkursbegehrens oder Stundung) oder vom Schuldner nachgewiesene Gründe im Sinne von Art. 172 ff. SchKG der Konkursöffnung entgegenstehen. Vorliegend wurde der Konkurs jedoch eröffnet, weshalb sich die effektiven Gerichtskosten auf Fr. 400.-- belaufen (act. 7). Wie dargelegt hat der Schuldner nunmehr am 27. Juni 2014 und damit innert der Beschwerdefrist sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die noch offenen Gerichtskosten von Fr. 200.-- sichergestellt (act. 11/2, act. 8/11, Art. 142 ZPO). Ebenfalls rechtzeitig leistete er den Barvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 11/1). Die

Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt, ohne dass, wie unter Ziffer 3 erwogen, die Zahlungsfähigkeit zu prüfen wäre.

Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen.

5. Die Kosten beider Instanzen sowie des Konkursamtes hat der Schuldner zu tragen, da er durch seine Säumnis das Verfahren verursacht hat. Für eine Kostenaufgabe an die Gläubigerin besteht kein Grund (act. 2). Diese sah sich durch die verspätete Zahlung des Schuldners überhaupt erst veranlasst, das Konkursbegehren zu stellen. Es ist Sache des Schuldners, das Konkursgericht über vorgenommene Zahlungen in Kenntnis zu setzen. Schliesslich liegt es in seinem Interesse, durch rechtzeitige Mitteilung an das Gericht die Eröffnung des Konkurses wenn möglich abzuwenden.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Juni 2014, 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. Das Konkursamt Fluntern-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'150.-- (Fr. 750.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'600.-- (Anteil Gerichtskosten von Fr. 200.-- wurden ihr bereits mit der Forderung bezahlt) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Fluntern-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: