

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 19. März 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 22. Februar 2012 (EK120032)

Erwägungen:

1. Mit Verfügung vom tt. Februar 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen für eine Forderung von Fr. 6'456.30 nebst 5% Zins seit 29. Dezember 2010 zuzüglich Fr. 440.-- administrative Spesen und Fr. 140.-- Betriebskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 5). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Gleichzeitig reichte er verschiedene Unterlagen ein und stellte die allfälligen Kosten des Konkursamtes sicher (act. 1, act. 3/1-4). Ferner leistete er einen Barvorschuss von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren (act. 9).

2. 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 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Verfügung vom 5. März 2012 wurde der Schuldner auf die Unvollständigkeit seiner Beschwerde aufmerksam gemacht. Er wurde darauf hingewiesen, dass er die Eingabe bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises eines Konkurshinderungsgrundes sowie seiner Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Sodann wurde ihm die nur in Kopie eingereichte Beschwerdeschrift zurückgesandt und ihm Frist angesetzt, sie unterzeichnet wieder einzureichen. Die aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde einstweilen verweigert (act. 7).

4. Diese Verfügung wurde dem Schuldner am 7. März 2012 zugestellt (act. 8/1). Damit endigte die siebentägige Frist zur Unterzeichnung seiner Eingabe am 14. März 2012 (Art. 31 SchKG und Art. 142 Abs. 1 ZPO). Bis zu diesem Datum musste demnach die unterzeichnete Beschwerdeschrift zur Post gegeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Zwar gelangte der Schuldner am 15. März 2012, hier eingegangen am 16. März 2012, mit einem weiteren Schreiben - wiederum lediglich in Kopie - sowie verschiedenen Unterlagen an die Kammer (act. 10 und 11/1-3). Er versäumte es indes, den Mangel der Beschwerdeschrift zu beheben und diese mit einer Originalunterschrift versehen erneut einzureichen. Dies führt androhungsgemäss zur Feststellung, dass seine Beschwerdeschrift als nicht erfolgt gilt. Ist keine Beschwerde (mehr) vorhanden, fehlt es an einem zu behandelnden Rechtsmittel, weshalb kein Nichteintretensentscheid zu ergehen hat; das Verfahren ist vielmehr ohne weiteres abzuschreiben (OGer ZH PQ110012 vom 20. Oktober 2011; KUKO ZPO-Gasser/ Ricki, Art. 132 N 2; Kramer/Kubat Erk, DIKE-Komm-ZPO, Art. 132 N 4, a.M. ZK ZPO-Staehelin, Art. 132 N 5).

5. Selbst wenn die Beschwerde zu behandeln wäre, wäre sie abzuweisen. Der Konkursentscheid wurde dem Schuldner am 24. Februar 2012 zugestellt (act. 9/1). Die 10-tägige Rechtsmittelfrist lief damit am 5. März 2012 ab (Art. 31 SchKG und Art. 142 Abs. 1 ZPO), weshalb die Konkursforderung bis zu diesem Tag getilgt sein musste (Art. 143 Abs. 3 ZPO). Die vom Schuldner lediglich in Aussicht gestellte Zahlung genügt diesen Anforderungen nicht. Es liegt demnach kein Konkurshinderungsgrund vor. Aus dem Umstand, dass der Schuldner die Verfügung vom 5. März 2012, mit welcher er auf das Erfordernis des Nachweises eines Konkurshinderungsgrundes *innert* der Rechtsmittelfrist hingewiesen wurde, erst am 7. März 2012 und damit nach Fristablauf empfing (act. 8/1), kann er nichts zu seinen Gunsten ableiten. Seine Beschwerde ging am letzten Tag der Frist bei der Kammer ein. Diese erliess gleichentags die genannte Verfügung. Zwar steht es dem Schuldner selbstverständlich zu, die Rechtsmittelfrist auszuschöpfen, allfällige daraus entstehende Nachteile hat er indes selbst zu tragen. Namentlich vermag er dadurch die Frist zum Nachweis des Konkurshinderungsgrundes nicht zu verlängern. Ebenso wenig ändert seine Mitteilung in der nachgereichten Eingabe, er könne wegen der erfolgten Kontosperrung die Konkursforderung nicht be-

gleichen, etwas (act. 10). Zwar könnte der Schuldner bei der Rechtsmittelinstanz eigens um Bewilligung für die Zahlung ersuchen, was eine partielle aufschiebende Wirkung bedeutete (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N 8). Ein solches Gesuch wäre indes umgehend zu stellen gewesen; die erst am 15. März 2012 verschickte Eingabe ist jedenfalls verspätet. Im Übrigen unterliess es der Schuldner auch, seine Zahlungsfähigkeit mittels den in der Verfügung vom 5. März 2012 aufgeführten Unterlagen glaubhaft zu machen. Aufgrund der von ihm eingereichten Belege scheint diese nicht gegeben.

6. Ausgangsgemäss wird der Schuldner für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig.

Es wird erkannt:

1. Das Verfahren wird abgeschlossen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem geleisteten Vorschuss bezogen.

Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, den verbleibenden Betrag von Fr. 250.-- zuhanden der Konkursmasse des Schuldners an das Konkursamt C._____ zu überweisen.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 10, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirkes Horgen, das Betreibungsamt C._____, das Konkursamt C._____ sowie das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, 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. S. Bohli Roth

versandt am: