

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120093-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

## **Beschluss und Urteil vom 12. Juni 2012**

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 9. Mai 2012 (EK120146)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen eröffnete mit Urteil vom 9. Mai 2012 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 16. März 2012 beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung des Konkurses und macht geltend, das Sozialamt hätte die Forderung zahlen müssen (act. 2). Mit Verfügung vom 21. Mai 2012 wurde der nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer darauf hingewiesen, unter welchen Umständen ein Konkurs durch die Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden kann, und dass diese Umstände innert der Beschwerdefrist nachzuweisen seien (act. 5). Gleichzeitig wurde ihm erstmals Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde nicht geleistet (act. 9). Mit unaufgeforderten Eingaben vom 1. Juni 2012 teilt die Beschwerdegegnerin mit, der Beschwerdeführer habe am 24. April 2012 einen Betrag von Fr. 1'061.35 für eine Leistungsabrechnung bezahlt, die noch nicht zur Zahlung fällig gewesen sei, und am 30. Mai 2012 habe er eine weitere Zahlung geleistet. Diese Beträge könnten auf die Konkursforderung angerechnet werden, womit diese getilgt sei. Sie erklärt ferner einen Verzicht auf die Durchführung des Konkursverfahrens und beantragt für den Beschwerdeführer eine Fristwiederherstellung (act. 8 und act. 9). Auf das Ansetzen einer Nachfrist für den Kostenvorschuss gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO wurde in der Folge verzichtet.

2. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (vgl. BGE 136 III 294 zur Rechtslage bis Ende 2010, und ZR 110/2011 Nr. 5 zur Praxis unter der neuen ZPO). Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass der Gläubiger dem Schuldner die Stundung gewährt hat oder die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkursöffnung 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. Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung der bis dahin angefallenen

nen Kosten. Beruft sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessentschädigung an den Gläubiger im Konkursöffnungsverfahren insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (ZR 110 Nr. 79). Zudem muss er seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Wird der Konkurs aber gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels, oder weil der Schuldner neu vorträgt, dass die Schuld bereits vor der Konkursöffnung getilgt wurde, so wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7 und 12).

3.1 Die von der Beschwerdegegnerin für den Beschwerdeführer geltend gemachten Umstände, dass die Konkursforderung mit Zahlungen des Beschwerdeführers vom 24. April 2012 und 30. Mai 2012 getilgt worden sei, und dass sie (die Beschwerdegegnerin) auf die Durchführung des Konkurses verzichtet, wurden bei der Kammer erst mit dem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 1. Juni 2012 vorgebracht (act. 8 und act. 9). Die zehntägige Rechtsmittelfrist gegen den angefochtenen Entscheid begann für den Beschwerdeführer indes am Tag nach der Zustellung an ihn, am 16. Mai 2012, zu laufen und endete am 25. Mai 2012 (Art. 31 SchKG, Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO; act. 4/9/2). Sie war für den Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Eingaben der Beschwerdegegnerin vom 1. Juni 2012 somit bereits abgelaufen.

3.2 Gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG können Fristen die durch ein unverschuldetes Hindernis verpasst wurden, wiederhergestellt werden. Es muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein entsprechendes Gesuch eingereicht und die versäumte Rechtshandlung nachgeholt werden.

3.3 Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Eingabe aus, der Beschwerdeführer habe sich mehrmals bei ihr gemeldet, um den Fall individuell zu lösen. Ihrerseits habe sich jedoch keine Person dem Fall angenommen und der Fall sei liegengeblieben, weshalb der Beschwerdeführer keine Kenntnis vom Umstand der

Tilgung gehabt habe und sie den Gläubigerverzicht auch nicht habe früher erklären können (act. 8 und act. 9). Hatte der Beschwerdeführer während der laufenden Rechtsmittelfrist keine Kenntnis der Tilgung und des erklärten Gläubigerverzichts, so konnte er diese Gründe auch nicht früher vorbringen. Zudem ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer mehrmals ergebnislos darum bemühte, mit der Beschwerdegegnerin in Kontakt zu treten. Es ist daher von einem von seiner Seite her unverschuldeten Hindernis auszugehen. Ausgehend von den Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 1. Juni 2012 ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer ebenfalls erst mit diesen Kenntnis von den Umständen der Tilgung und des Gläubigerverzichts erhielt. Der Wegfall des unverschuldeten Hindernisses, das Fristwiederherstellungsgesuch und die Vornahme der Rechtshandlung, nämlich die Geltendmachung der Tilgung und des Gläubigerverzichts, fallen somit zeitlich zusammen, weshalb die Frist wiederherzustellen ist und der Gläubigerverzicht sowie das Vorbringen der Tilgung zu berücksichtigen sind.

4.1 Die Beschwerdegegnerin betrieb den Beschwerdeführer auf eine Forderung in Höhe von Fr. 1'075.80 zuzügl. Zins zu 5 % seit dem 1. Juli 2011, Fr. 80.-- Spesen und Fr. 146.-- Betreuungskosten (act. 3). Dem Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 1. Juni 2012 ist zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer vor Konkurseröffnung, am 24. April 2012 Fr. 1'061.35 für eine Leistungsabrechnung bezahlt hat, die noch nicht zur Zahlung fällig gewesen ist. Am 30. Mai 2012 zahlte er einen weiteren Betrag für eine spätere Betreuung.

4.2 Gemäss Art. 86 OR kann ein Schuldner, wenn er mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen hat, bei der Zahlung erklären, welche Schuld er tilgen will. Fehlt es an einer solchen Erklärung, so wird die Zahlung auf diejenige Schuld angerechnet, die der Gläubiger in seiner Quittung bezeichnet. Fehlt es an solchen Erklärungen des Schuldners und des Gläubigers, so ist die Zahlung auf die fällige Schuld anzurechnen, unter mehreren fälligen auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist, oder hat keine Betreuung stattgefunden, auf die früher verfallene (Art. 87 Abs. 1 OR).

4.3 Aus den Akten ergibt sich nicht, dass der Beschwerdeführer jeweils eine explizite Erklärung abgegeben hatte, auf welche Schuld die Zahlungen ange-

rechnet werden sollten. Auch stellte die Beschwerdegegnerin keine Quittungen mit einer Erklärung aus. Fehlt es beiderseits an Erklärungen, so ist nach der beschriebenen Rechtslage sowohl die Zahlung für die nicht fällige Forderung als auch diejenige für eine andere Betreuung auf die früher in Betreuung gesetzte Konkursforderung anzurechnen. Davon geht auch die Beschwerdegegnerin aus (act. 8). Demnach wurde die Konkursforderung bereits vor Konkurseröffnung mit Zahlung vom 24. April 2012 im Umfang von Fr. 1'061.35 teilweise getilgt. Ferner ist darauf abzustellen, dass die Beschwerdegegnerin auf die Konkurseröffnung für die verbleibende Restschuld in Höhe von rund Fr. 300.-- bereits vor Konkurseröffnung verzichtet hat. Führt sie doch aus, sie wolle den Konkurs des Beschwerdeführers umgehen, habe aber die Fristen nicht eingehalten, weil der Fall bei ihr liegengeblieben sei (act. 8 und act. 9). Dieses Verhalten kann nicht dem Beschwerdeführer angelastet werden, weshalb es zu seinen Gunsten zu berücksichtigen ist. Damit gilt die Konkursforderung insgesamt als vor der Konkurseröffnung bezahlt bzw. gestundet. Die Konkurseröffnung ist deshalb ohne Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers aufzuheben.

5.1 Die Kosten des Verfahrens trägt die unterliegende Partei, und der Klagerückzug gilt nach der gesetzlichen Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

5.2 Vorliegend erklärt die Beschwerdegegnerin einen Gläubigerverzicht (act. 9). Da die Beschwerdegegnerin als grosse Versicherungsgesellschaft nicht als rechtsunkundig betrachtet werden kann, ist nach Ansicht der Kammer nicht von der gesetzlichen Vermutung abzuweichen. Die Beschwerdegegnerin gilt daher mit dem Verzicht als unterliegend, weshalb die auf Fr. 400.-- festzusetzende Entscheidegebühr ihr aufzuerlegen ist (vgl. OGer ZH, PS120091 vom 31. Mai 2012 E. 8). Die Beschwerdegegnerin trägt ferner die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt.

**Es wird beschlossen:**

Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird gutgeheissen.

**Sodann wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 9. Mai 2012, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 400.-- festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt. Auch die bereits von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dieser auferlegt.
3. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'500.-- (Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, 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. K. Wili

versandt am: