

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120135-O/U

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

Urteil vom 10. August 2012

in Sachen

A._____,
Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG, Inkassodienst

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 5. Juli 2012 (EK120071)

Erwägungen:

1.1 Am 5. Juli 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern auf Begehren der Gläubigerin (Beschwerdegegnerin) vom 18. April 2012 über den Schuldner (Beschwerdeführer) den Konkurs (act. 3). Mit Eingabe vom 19. Juli 2012 erhob der Beschwerdeführer beim Obergericht rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben.

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die Forderung der Gläubigerin inzwischen (mit Zahlungen vom 3. Juli und 19. Juli 2012) getilgt zu haben und zahlungsfähig zu sein (act. 2).

1.2 Mit Verfügung vom 25. Juli 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert. Der Beschwerdeführer wurde darauf hingewiesen, dass er die Beschwerde bis zum Ablauf der infolge der Betreibungsferien bis Montag, 6. August 2012 dauernden Beschwerdefrist ergänzen könne. Der Beleg für die Zahlung vom 3. Juli 2012 fehle, und überdies seien die eingereichten Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit kaum genügend. Zudem wurde ihm Frist angesetzt, um die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu bevorschussen (act. 8).

Den ihm auferlegten Kostenvorschuss hat der Beschwerdeführer mit Posteinzahlung vom 2. August 2012 rechtzeitig geleistet (act. 10 und 12/17). Seine Beschwerdeergänzung datiert vom 4. August 2012 (act. 11); sie wurde der Post samt Beilagen am Dienstag, 7. August 2012, übergeben (act. 13).

2.1 Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 lit. a in Verbindung mit Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe – Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht – nachweist. Kumulativ zu einem der Konkurshinderungsgründe hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner in-

nerter der Rechtsmittelfrist seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und einen der drei Konkurshinderungsgründe mit Urkunden nachzuweisen hat (vgl. BSK SchKG II, 2. A. Basel 2010, Art. 174 N 20 ff.). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind nicht zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5). Im Rahmen der Prüfung der Hinderungsgründe ist allerdings vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (Art. 57 ZPO; vgl. KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N 7).

2.2 Der Beschwerdeführer hält in der Beschwerde fest, dass ihm eine Verfügung vor der Konkursandrohung nicht per Einschreiben zugestellt worden sei (act. 2 S. 2). Dass er diese Verfügung – vermutlich die Rechtsöffnungsverfügung – nicht erhalten habe, behauptet er allerdings nicht, und es kann nicht angenommen werden. Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Zahlungsbefehl dem Beschwerdeführer vom 5. Oktober 2010 am 20. Oktober 2010 zugestellt wurde, wobei der Beschwerdeführer bei der Aushändigung Rechtsvorschlag erhob (act. 7/2/2). Weiter ist zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin als Krankenkasse nach KVG in einer durch sie eingeleiteten Betreuung einen erhobenen Rechtsvorschlag durch Verfügung selbst beseitigen kann; die Beseitigung des Rechtsvorschlages muss immerhin, damit die Betreuung fortgesetzt werden kann, dem Schuldner tatsächlich zugestellt worden sein (vgl. 130 III 396 E. 1.2.3, E. 400; BGer 5A_172/2009 vom 26. Januar 2010, E. 4.2). Ging dem Beschwerdeführer die Rechtsöffnungsverfügung zu, konnte die Betreuung gültig fortgesetzt werden und haftet insoweit auch der nachfolgenden Konkursandrohung (act. 7/2/1) kein Mangel an. Die Vorladung zur (auf Gesuch des Beschwerdeführers auf den 5. Juli 2012 verschobenen) Konkursverhandlung wurde dem Beschwerdeführer im Übrigen sodann am 25. Mai 2012 zugestellt (act. 7/9 und 7/10). Formelle Mängel, insbesondere eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beschwerdeführers, sind nicht erkennbar.

2.3 Nach Massgabe der Konkursandrohung vom 22. September 2011 hat der Beschwerdeführer zur Abwendung des Konkurses folgende Zahlung zu beweisen (act. 7/2/1):

Fr.	2'953.70	Hauptforderung nebst Zins zu 5% seit 14. Januar 2010
Fr.	80.00	Spesen
Fr.	143.00	Betriebskosten

Laut dem Konkursbegehren der Gläubigerin vom 18. April 2012 dürfen von dem sich ergebenden Gesamtbetrag Fr. 70.– in Abzug gebracht werden (Storno; act. 7/1). Mit der Beschwerdeschrift vom 19. Juli 2012 reichte der Beschwerdeführer ein Schreiben der Gläubigerin vom 6. Juli 2012 ein, wonach sich das Guthaben der Gläubigerin per 6. Juli 2012 auf total Fr. 3'459.50 belaufe (act. 4/4). Der Beschwerdeführer behauptet dazu in der Beschwerde, der Gläubigerin am 3. Juli 2012 an diesen Betrag eine Teilzahlung von Fr. 469.70 geleistet zu haben (act. 2 S. 2; vgl. act. 4/2). Seine Schuld hätte sich damit auf Fr. 2'989.80 reduziert. Mit einer Postquittung belegte er, dass er am 19. Juli 2012 zugunsten der Gläubigerin bei der Post Fr. 2'989.80 einbezahlt hatte (act. 4/8). Beide Zahlungen zusammen würden den geschuldeten Betrag von Fr. 3'459.50 ergeben. Den Urkundenbeweis für die Teilzahlung von Fr. 469.70 erbrachte der Beschwerdeführer mit der Beschwerdeschrift indessen nicht. Er verwies auf eine Überweisungsquittung (Beilage 5 zur Beschwerdeschrift), ohne den betreffenden Beleg einzureichen. Mit Verfügung vom 25. Juli 2012 wurde der Schuldner auf den Mangel hingewiesen und aufgefordert, ihn bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 6. August 2012 zu beheben (act. 8). Mit Eingabe vom 4. August 2012 (act. 11) belegte der Beschwerdeführer, dass er am 2. August 2012 bei der Post für die Gläubigerin den Betrag von Fr. 469.70 einbezahlt habe (act. 12/18.; auch wenn damit fest steht, dass seine erste Behauptung, er habe diesen Betrag bereits bezahlt, falsch war, ist er nun immerhin innert der Beschwerdefrist noch bezahlt worden). Zudem behauptete und belegte er, dass die Gläubigerin mit Schreiben an das Konkursamt vom 3. August 2012 erklärt habe, auf die Durchführung des Konkurses zu verzichten, da alles bezahlt sei (act. 12/19). Allein: die Beschwerdeergänzung samt den vorgeannten Beilagen gab der Beschwerdeführer erst einen Tag nach Fristablauf, am

7. August 2012, auf die Post (act. 13). Der Beschwerdeführer hat es versäumt, die für den Urkundenbeweis eines der Konkursaufhebungsgründe notwendigen Belege rechtzeitig beizubringen, obwohl er dazu ausdrücklich aufgefordert und auf den Fristenlauf hingewiesen worden war. Die eingereichten Urkunden können aus diesem Grund nicht berücksichtigt werden.

2.4 Innert der Beschwerdefrist wurde weder eine Tilgung der Schuld im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG noch den Verzicht der Beschwerdeführerin auf die Durchführung des Konkurses nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG nachgewiesen. Zur (Nicht-)Einhaltung der Frist macht der Beschwerdeführer keine Ausführungen. Für eine Wiederherstellung der Frist (vgl. Art. 33 Abs. 4 SchKG; ferner Art. 148 ZPO) bleibt mangels Gesuch und Grundlage kein Raum.

3. Fehlt es bereits am Konkursaufhebungsgrund, entfällt die Prüfung der Zahlungsfähigkeit; auch die dafür nachgereichten Unterlagen wurden verspätet zur Post gegeben und wären daher unbeachtlich. Die Beschwerde ist abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen. Weil der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert worden ist, ist der Konkurs über den Beschwerdeführer nicht neu zu eröffnen.

4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 5. Juli 2012, 14.00 Uhr (EK120071) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern und das Konkursamt ..., ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt ..., 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. V. Seiler

versandt am: