

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120239-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## **Beschluss und Urteil vom 21. Januar 2013**

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Versicherungen,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 6. Dezember 2012 (EK120505)

### **Erwägungen:**

1. a) Am 6. Dezember 2012 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 5). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses (act. 2).  
  
b) Mit Verfügung vom 17. Dezember 2012 wurde dem Schuldner u.a. eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.- angesetzt (act. 8). Diese Verfügung konnte dem Schuldner nicht zugestellt werden (act. 9/1), weshalb die Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift. Die Abholmeldung der Post datiert vom 18. Dezember 2012 (act. 9/1) und die Zustellung wird demnach auf den 25. Dezember 2012 fixiert. Die Zahlungsfrist lief am 4. Januar 2013 ab. Bevor eine Nachfrist gestützt auf Art. 101 Abs. 3 ZPO angesetzt wurde, ersuchte der Schuldner mit Postaufgabe vom 7. Januar 2013 das Gericht um Gewährung von drei Ratenzahlungen mit Fälligkeit der ersten Ratenzahlung Ende Januar 2013 (act. 15). Mit Verfügung vom 9. Januar 2013 wurden dem Schuldner drei Ratenzahlungen bewilligt mit Fälligkeit 25. Januar 2013, 8. Februar 2013 und 22. Februar 2013 (act. 16). Am 15. Januar 2013 erhielt die II. Zivilkammer auf internem Weg ein bei der Obergerichtskasse am 7. Januar 2013 eingegangenes Gesuch um unentgeltliche Prozessführung des Schuldners. Da der Schuldner vor Obergericht keine weiteren Verfahren hängig hat und der Schuldner sich in seinem Gesuch auf die Zahlung von Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 750.- bezieht, ist davon auszugehen, dass sich sein Gesuch auf das vorliegende Verfahren bezieht.
  
2. a) Das Bundesgericht hatte in seiner älteren Rechtsprechung den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Schuldbetreibungsverfahren grundsätzlich ausgeschlossen. Mit BGE 118 III 27 hatte es eine Praxisänderung eingeleitet, die in der Folge dahingehend weiterentwickelt wurde, dass das Bundesgericht zum Schluss kam, nach einem zeitgemässen Verfassungsverständnis bestehe der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege unab-

hängig von der Rechtsnatur der Entscheidungsgrundlagen bzw. des in Frage stehenden Verfahrens für jedes staatliche Verfahren, in welches der Geschw. einbezogen werde, oder dessen er zur Wahrung seiner Rechte bedürfe (BGE 121 I 60 Erw. 2 S. 62-63).

Im Zusammenhang mit der Einführung der neuen Zivilprozessordnung stellte sich die Frage, ob bei Konkursöffnungsverfahren eine Spruchgebühr (im Sinne von Art. 48 GebVO SchKG) oder eine Gerichtsgebühr (im Sinne der GebV OG) festzusetzen sei. Die II. Zivilkammer erwog, Entscheide über Konkursöffnungen seien gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO), weshalb diese Verfahren von der ZPO geregelt werden und die Tarife der kantonalen Verordnungen, im Kanton Zürich jene der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG, LS 211.11) zur Anwendung gelangen (Art. 96 ZPO). Deshalb sei nicht eine "Spruchgebühr" (im Sinne von Art. 48 GebVO SchKG), sondern eine Gerichtsgebühr im Sinne der GebV OG festzusetzen (vgl. dazu [www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html): Kosten gerichtlicher SchK-Sachen).

b) Gelangen für Konkursöffnungsverfahren die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung, so sind auch die Vorschriften über die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO zu beachten. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

Wie die nachstehenden Ausführungen zeigen, erweist sich die Beschwerde nicht als aussichtslos. Aus dem eingereichten Betreibungsregisterauszug geht hervor, dass der Schuldner diverse Beteiligungen offen hat, insbesondere läuft für die am 7. August 2012 von der Gemeinde D. \_\_\_\_\_ für Alimenzahlungen eingeleitete Beteiligung im Betrag von Fr. 25'652.- eine Lohnpfändung. Ferner bestehen Lohnpfändungen für Forderungen des Steueramtes, der Sozialversicherungsanstalt und der Billag. Allein im Jahr 2012 erfolgten 9 Konkursandrohungen und zwar auch für kleine Beträge, z.Bsp.

- Fr. 203.- bzw. Fr. 220.- (act. 4/4). All dies zeigt auf, dass der Schuldner zur Zeit nicht über die erforderlichen Mittel zur Zahlung der Gerichtskosten verfügt. Dem Schuldner ist deshalb die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. Die ihm mit Verfügung vom 9. Januar 2013 angesetzten Fristen zur Kautionsleistung mittels Ratenzahlungen sind abzunehmen.
3. Das Konkursöffnungsbegehren ging am 19. Oktober 2012 bei der Vorinstanz ein (act. 6/1). Die Konkursforderung samt Zinsen, Nebenforderung und Betreibungskosten hatte der Schuldner am 5. November 2012 beim Betreibungsamt bezahlt (act. 4/1-2). Auch wenn das Betreibungsamt dem Schuldner zugesichert hat, das Konkursamt über die Zahlung zu informieren, lag es am Schuldner, dem Konkursrichter mittels Urkunden (Quittungen) die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen. **Zudem** hätte der Schuldner auch die durch das Konkursöffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten im Betrag von Fr. 200.- auf der Konkursgerichtskanzlei bis zum Konkursöffnungstermin bar bezahlen müssen, worauf er im Anhang zur Vorladungsverfügung hingewiesen wurde (vgl. act. 6/5 S. 3 Ziffer 5). **Beide** Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkursöffnung zu verhindern. Selbst bei Kenntnis der Forderungstilgung hätte demnach - mangels Leistung der Gerichtskosten - das Konkursgericht den Konkurs eröffnen müssen.
  4. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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 Parteien können bei der Beschwerdeinstanz neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).
  5. a) Mit der Beschwerdeschrift hatte zwar der Schuldner dem Gericht die entsprechenden Belege für den Nachweis der Zahlung von Konkursforderung samt Zinsen, Nebenforderung und Betreibungskosten eingereicht (act. 4/1-2), jedoch war mit diesen Zahlungen noch keine vollständige Tilgung im Sin-

ne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG erfolgt. Das Gesetz verlangt, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt sein muss, wobei die "Kosten" auch die Kosten des Konkursamtes und jene der Vorinstanz umfassen. Darauf wurde der Schuldner in der Verfügung vom 17. Dezember 2012 hingewiesen (act. 8).

Das vorinstanzliche Urteil vom 6. Dezember 2012 wurde dem Schuldner am 10. Dezember 2012 zugestellt (act. 6/9). Da der Ablauf der 10tägigen Beschwerdefrist in die Betreibungsferien [18. Dezember bis 1. Januar, Art. 56 Ziff. 2 SchKG] fiel, lief die Beschwerdefrist in Anwendung von Art. 63 SchKG am 7. Januar 2013 ab. Mit Poststempel vom 7. Januar 2013 reichte der Schuldner rechtzeitig die Bescheinigung des Konkursamtes E.\_\_\_\_\_ über die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz (act. 14) ein. Der Schuldner konnte somit die vollständige Zahlung der Schuld nachweisen, weshalb ein Konkurs hinderungsgrund (Tilgung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 vorliegt.

b) Es wurde eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 6. Dezember 2012 eingetreten ist. Praxisgemäss ist in solchen Fällen von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG abzusehen.

6. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet.
7. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Da dem Schuldner für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden ist, ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Der Schuldner ist auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Schuldner wird die unentgeltliche Prozessführung für das Beschwerdeverfahren bewilligt.
2. Die dem Schuldner mit Verfügung vom 9. Januar 2013 angesetzten Ratenzahlungsfristen werden abgenommen.
3. Schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 6. Dezember 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Beschwerdeverfahren einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
6. Das Konkursamt E. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.- (Fr. 400.- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.- und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt E.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
8. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: