

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200091-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss vom 20. April 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B. _____ AG, Inkasso D-CH

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 3. März 2020 (EK200006)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) betreibt das Einzelunternehmen "C. _____", das den Betrieb einer Bar mit Live-Musik bezweckt (vgl. act. 5).

1.2 Mit Urteil vom 3. März 2020 (act. 3 = act. 6 = act. 7/7) eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon (nachfolgend: Vorinstanz) über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 1'611.05 (inkl. Zins und Spesen) und Fr. 500.– Gerichtskosten den Konkurs und beauftragte das Konkursamt Pfäffikon ZH mit der Durchführung des Verfahrens. Die Spruchgebühr von Fr. 500.– wurde dem Schuldner auferlegt, wobei die Kosten aus dem von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– bezogen wurden.

1.3 Am 8. April 2020 (Poststempel) reichte der Schuldner dagegen eine Beschwerde ein, er verlangt sinngemäss eine Wiederherstellung der Beschwerdefrist (act. 2).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (vgl. act. 7/1-9). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales / Beschwerdefrist

2.1 Eine korrekte Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO).

Der Sendungsnachverfolgung ist zu entnehmen, dass die Gerichtsurkunde mit der Vorladung zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung am 27. Januar 2020 dem Schuldner persönlich am Schalter zugestellt wurde (vgl. act. 7/5/2

i.V.m. act. 7/6/2). Damit wusste er ab diesem Zeitpunkt von der Rechtshängigkeit des Gerichtsverfahrens auf Konkursöffnung und musste im Rahmen dieses Verfahrens mit der Zustellung eines behördlichen Aktes rechnen. Etwas anderes behauptet der Schuldner in seiner Eingabe nicht. Aufgrund dessen war er verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihm Entscheide, welche das Verfahren betreffen, namentlich das Konkursöffnungsurteil, zugestellt werden können (vgl. BGE 138 III 225 ff., E. 3.2). Am 6. März 2020 erfolgte der erfolglose Versuch, das Konkursöffnungsurteil dem Schuldner zuzustellen (vgl. act. 7/8). Das Konkursöffnungsurteil gilt dem Schuldner als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, also am 13. März 2020 (vgl. act. 7/8/1), da er wie gesehen mit der Zustellung eines behördlichen Entscheides rechnen musste (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die 10-tägige Beschwerdefrist nach Art. 174 Abs. 1 SchKG lief demnach am Montag, 23. März 2020 ab (vgl. Art. 142 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO).

Somit erfolgte die Eingabe des Schuldners mit Poststempel vom 8. April 2020 *nach* Fristablauf und ist damit verspätet. Wird ein Rechtsmittel nicht rechtzeitig erhoben, ist darauf nicht einzutreten.

2.2 Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Frist jedoch wiederhergestellt werden. Da der Schuldner sinngemäss ein Fristenwiederherstellungsgesuch stellt, ist dieses zu prüfen. Bei der 10-tägigen Frist handelt es sich um eine SchKG-Frist, weshalb für die Fristwiederherstellung nicht die Bestimmungen von Art. 148 f. ZPO zur Anwendung gelangen, sondern jene nach Art. 33 Abs. 4 SchKG (vgl. BSK SchKG-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 33 N 2a).

Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann nach Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige gerichtliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Gleichzeitig muss er, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen. Ein Restitutionsgesuch ist nur bei objektiver Unmöglichkeit, höherer Gewalt, unverschuldeter persönlicher

Unmöglichkeit oder entschuldbarem Fristversäumnis gutzuheissen (vgl. BSK SchKG-NORDMANN, a.a.O., Art. 33 N 10).

2.3 Der Schuldner begründet sein sinngemässes Gesuch um Fristwiederherstellung damit, es sei nur deswegen zur Konkureröffnung gekommen, weil sein ehemaliger Treuhänder Rechnungen nicht beglichen habe, welcher dieser bis Mitte März alle direkt erhalten habe. Der ehemalige Treuhänder habe ihn erst nach Ablauf der Beschwerdefrist "darüber" informiert (vgl. act. 2).

2.4 Wie bereits dargelegt wusste der Schuldner von der Rechtshängigkeit des Gerichtsverfahrens auf Konkureröffnung, weshalb er mit der Zustellung eines Konkureröffnungsurteils und damit auch mit dem Lauf einer Rechtsmittelfrist rechnen musste. Selbst wenn ihn der ehemalige Treuhänder erst nach Ablauf der Beschwerdefrist über die Konkureröffnung über diese in Kenntnis gesetzt haben sollte, änderte dies nichts daran. Der Schuldner vermag somit kein unverschuldetes Hindernis darzutun, das ihn an der rechtzeitigen Einreichung einer Beschwerde gehindert hätte. Das Gesuch des Schuldners um Wiederherstellung der Beschwerdefrist ist somit abzuweisen.

2.5 Im Übrigen hätte die Beschwerde des Schuldners selbst dann keinen Erfolg, wenn die Frist wiederzustellen wäre, was wie gesehen nicht der Fall ist.

Denn zur Begründung seiner Beschwerde führt der Schuldner einzig aus, sein ehemaliger Treuhänder habe Rechnungen nicht bezahlt und er habe seinem neuen Treuhänder Fr. 10'000.– übergeben, um die offenen Rechnungen zu begleichen (vgl. act. 2).

Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkureröffnung nur dann aufheben, wenn der Schuldner durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Hinterlegung), oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (Verzicht). Überdies muss er seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden

sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hätte deshalb aufzuzeigen gehabt, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen, soweit es vorliegend darauf angekommen wäre. Da der Schuldner sich in seiner Beschwerde jedoch weder zu seiner Zahlungsfähigkeit noch zu jener seines Einzelunternehmens äussert und auch keinerlei Urkunden einreicht, mit denen er einen der drei erwähnten Konkurshindereungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) belegen könnte, wäre seiner Beschwerde gegen die Konkursöffnung selbst bei Wiederherstellung der Beschwerdefrist kein Erfolg beschieden gewesen.

2.6 Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde des Schuldners mangels Einhaltung der Beschwerdefrist nicht einzutreten.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 300.– festzusetzen (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG).

3.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Schuldner nicht, weil er mit seiner Beschwerde unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Schuldners und Beschwerdeführers um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird abgewiesen.
2. Auf die Beschwerde des Schuldners und Beschwerdeführers wird nicht eingetreten.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Schuldner und Beschwerdeführer auferlegt.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels der Beschwerdeschrift (act. 2), sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon ZH, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. 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. A. Götschi

versandt am:
20. April 2020