

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120152-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Ge-  
richtsschreiber lic. iur. M. Isler.

## Urteil vom 19. September 2012

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B. \_\_\_\_\_ AG, Inkasso

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 8. August 2012 (EK120274)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Am 8. August 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach auf Begehren der Gläubigerin vom 11. Juni 2012 nach vorangegangener Betreuung über den Schuldner den Konkurs (act. 3 und 10). Dagegen erhob der Schuldner beim Obergericht mit Eingabe vom 23. August 2012 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, die Konkurseröffnung aufzuheben (act. 2; vgl. act. 11/9). Er stützt sich auf Art. 174 Abs. 1 SchKG, wonach mit der Beschwerde gegen den Entscheid des Konkursgerichts neue Tatsachen geltend gemacht werden können, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Er macht geltend, die offene Forderung der Gläubigerin mit Posteinzahlung vom 20. Juli 2012 inklusive Zins und Kosten beglichen zu haben (act. 2 S. 4 N 9, S. 5 N 13 f.). Die erstinstanzlichen Gerichtskosten habe er der Vorinstanz am 13. August 2012 bezahlt (act. 2 S. 4 N 11); beim Konkursamt habe er einen die Kosten des Konkursamtes (und der Vorinstanz) deckenden Vorschuss geleistet (act. 2 S. 4 N 12, S. 6 N 16).

Mit Präsidialverfügung vom 29. August 2012 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Gläubigerin wurde Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten, dem Schuldner, um die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens zu bevorschussen (act. 8). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

Der Schuldner hat den ihm auferlegten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 14). Die Gläubigerin hat die Beschwerde nicht beantwortet (vgl. act. 9/2). Das Verfahren ist deshalb – ohne Beschwerdeantwort – weiterzuführen (Art. 147 ZPO).

## II.

1. Der Schuldner kann die Konkursöffnung abwenden, indem er vor dem Konkursgericht durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Weist er, nachdem er dies im erstinstanzlichen Verfahren versäumt hat, erst im Beschwerdeverfahren nach, dass die Schuld vor der Konkursöffnung getilgt wurde, ist der Konkurs wieder aufzuheben (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Unter einschränkend definierten Voraussetzungen kann der Konkurs im Beschwerdeverfahren selbst dann aufgehoben werden, wenn der Schuldner nachweist, dass er die Forderung nach der Konkursöffnung (aber vor Ablauf der Beschwerdefrist) getilgt hat (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

2. Die Vorinstanz hat den vom Schuldner nach Massgabe der Konkursandrohung und des Konkursbegehrens zu zahlenden Forderungsbetrag einschliesslich Zins und Betreuungskosten in ihrer vom 19. Juni 2012 datierten Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung festgehalten (act. 11/4):

Fr.	871.40	Forderung
Fr.	20.40	5 % Zins seit 1. November 2011
Fr.	100.00	Bearbeitungsgebühren
Fr.	83.00	bisherige Kosten (Zahlungsbefehl, Konkursandrohung)
- Fr.	<u>824.65</u>	abzüglich Teilzahlung vom 11. April 2012
Fr.	250.15	

Der Schuldner belegt mit der Kopie eines Postempfangsscheins, dass er den Betrag am 20. Juli 2012 bei der Post für die Gläubigerin einbezahlt hat (act. 5/9).

Gemäss telefonischer Bestätigung der Gläubigerin ist der Betrag bei ihr eingegangen. Er sei dem Schuldner aber nicht an die Betreuungsforderung, sondern an die Juli-Prämie angerechnet worden (act. 6).

Hat ein Gläubiger mehrere Forderungen gegen denselben Schuldner und leistet der Schuldner eine Zahlung, welche nicht zur Tilgung aller Schulden ausreicht, so bestimmen die Art. 86 f. OR, wie die Zahlung anzurechnen ist:

### **Art. 86**

Hat der Schuldner mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen, so ist er berechtigt, bei der Zahlung zu erklären, welche Schuld er tilgen will.

Mangelt eine solche Erklärung, so wird die Zahlung auf diejenige Schuld angerechnet, die der Gläubiger in seiner Quittung bezeichnet, vorausgesetzt, dass der Schuldner nicht sofort Widerspruch erhebt.

**Art. 87**

Liegt weder eine gültige Erklärung über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so ist die Zahlung auf die fällige Schuld anzurechnen, unter mehreren fälligen auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist, und hat keine Betreuung stattgefunden, auf die früher verfallene.

Sind sie gleichzeitig verfallen, so findet eine verhältnismässige Anrechnung statt.

Ist keine der mehreren Schulden verfallen, so wird die Zahlung auf die Schuld angerechnet, die dem Gläubiger am wenigsten Sicherheit darbietet.

Eine Erklärung des Schuldners im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR kann stillschweigend erfolgen, muss aber für den Gläubiger erkennbar sein (BSK OR I-Leu, 5. Aufl., Art. 86 N 3).

Angesichts des hängigen Konkursbegehrens dürfte für die Gläubigerin erkennbar gewesen sein, dass der Schuldner die Konkursforderung tilgen wollte (Art. 86 Abs. 1 OR). Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, wäre die Zahlung nach der subsidiären gesetzlichen Regelung von Art. 87 Abs. 1 OR gleichwohl an die Konkursforderung anzurechnen.

Es bleibt somit festzuhalten, dass der Schuldner mit seiner Posteingahlung vom 20. Juli 2012 die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten getilgt hat, womit eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG nachgewiesen ist, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten ist. Der Schuldner hat zudem sowohl die erstinstanzlichen Gerichtskosten als auch die Kosten des Konkursamtes sichergestellt. Die Bezirksgerichtskasse und das Konkursamt verfügen über genügend Mittel, um der Gläubigerin den dem Bezirksgericht geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten (act. 5/11–12).

Damit sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung erfüllt. Das erstinstanzliche Konkurskenntnis ist aufzuheben. Eine Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG erübrigt sich.

### III.

Da der Schuldner das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst und den Zahlungsnachweis erst nach der Konkursöffnung erbracht hat, wird er für beide Instanzen kostenpflichtig.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 8. August 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kasse des Bezirksgerichtes Bülach wird angewiesen, den ihr vom Schuldner am 13. August 2012 per Post einbezahlten Betrag von Fr. 200.– an die Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 500.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Bezirksgericht geleisteten Kostenvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'600.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), an die Kasse des Bezirksgerichtes Bülach und an das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: