

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230156-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 5. September 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 17. August 2023 (EK231077)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 17. August 2023 über den Beschwerdeführer den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 1'192.95 nebst Zins zu 5 % seit 13. März 2023 zuzüglich Fr. 170.-- administrative Kosten, Fr. 26.80 fällige Zinsen sowie Fr. 227.60 Betreuungskosten (act. 7). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 23. August 2023 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Zudem leistete der Beschwerdeführer bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht üblicherweise erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/5). Mit Verfügung vom 24. August 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

2. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (ZR 110/2011 Nr. 5). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkurseröffnung aufheben, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei im Gesetz genannten Konkurshindierungsgründe nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Es können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahren gerügt werden und es können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung 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 sämtlicher Kosten. Beruft sich die Schuldnerin erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss sie nachweisen, dass sie neben den Kosten des Konkursgerichts und einer allfälligen Prozessentschädigung an die Gläubigerin im Konkurseröffnungsverfahren insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sichergestellt hat. Wird der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben, also insbesondere wegen eines Verfahrensmangels oder weil die Schuldnerin neu vorträgt, dass die

Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde, so wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3.1. Der Beschwerdeführer hält fest, der angefochtene Entscheid sei ihm bisher noch nicht formell eröffnet worden, und lässt offen, ob ihm die vorinstanzliche Vorladung zur Konkursverhandlung rechtmässig zugestellt worden sei (act. 2 S. 3), da die Beschwerdefrist auf jeden Fall gewahrt sei. In materieller Hinsicht macht er geltend, die Konkursforderung bereits vor Konkurseröffnung bezahlt zu haben (act. 2 S. 4 ff.).

3.2. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (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). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt oder erfolgt keine gültige Ersatzzustellung, so gilt sie gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss erst dann mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden, wenn ein Verfahrensverhältnis begründet wurde. Damit entsteht für die Partei die prozessuale Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass ihr während des hängigen Verfahrens Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Nach ständiger Praxis der Kammer vermag die Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt indes noch kein Prozessrechtsverhältnis in Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 104/2005 Nr. 43). Daraus folgt, dass im Falle erfolgloser postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkurseröffnung erst aussprechen darf, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtsweweibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls wird der

Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führt, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II-NORDMANN, 3. Aufl. 2021, Art. 168 N 15).

3.3. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 8) ist nicht ersichtlich, dass die Vorladung vom 28. Juni 2023 für die auf den 17. August 2023 angesetzte Konkursverhandlung (act. 8/7) dem Beschwerdeführer zugestellt wurde: Die gerichtliche Zustellung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert und für die zweite Zustellung per A-Post fehlt es an einem Zustellungsnachweis (act. 8/9). In der Folge ist hier von einer nicht gehörigen Vorladung zur Konkursverhandlung auszugehen, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides wegen eines Verfahrensmangels und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Wiederholung des Verfahrens führen würde. Davon kann indes abgesehen werden, wenn der Beschwerdeführer die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) zwischenzeitlich bezahlt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen. Das trifft hier zu. Der Beschwerdeführer belegt, die Forderung der Beschwerdegegnerin einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten am 16. August 2023 beim Betreibungsamt Zürich 7 bezahlt und die auf Fr. 400.-- festgesetzten Kosten des Konkursgerichtes sowie die konkursamtlichen Kosten mit der Zahlung von Fr. 1'200.-- beim Konkursamt Hottingen-Zürich sichergestellt zu haben (act. 5/3, act. 5/4 und act. 7). Demnach ist vorliegend auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten und das Konkursbegehren abzuweisen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass die Konkursforderung bereits vor Konkurseröffnung getilgt wurde, was nach dem Gesagten (auch für sich alleine) ebenfalls zur Aufhebung der Konkurseröffnung führt.

4. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.-- ist dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, weil seine Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin zu Recht gestellt wurde. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist antragsgemäss ebenfalls dem

Beschwerdeführer zu auferlegen. Eine Parteientschädigung wurde nicht verlangt. Das Konkursamt Hottingen-Zürich ist für die Behandlung der ihm überwiesenen bzw. einbezahlten Kostenvorschüsse (Fr. 1'400.-- seitens der Beschwerdegegnerin via Konkursgericht und Fr. 1'200.-- seitens des Beschwerdeführers) zuständig.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. August 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Vorschuss bezogen.
4. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'200 Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.

7. 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. Houweling-Wili

versandt am:
7. September 2023