

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140075-O/ U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

## Urteil vom 9. Mai 2014

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Februar 2014 (EK140097)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) betreibt ein Einzelunternehmen im Bereich Wellness-Massage, Beauty und Kosmetik und ist seit dem 10. Oktober 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 5).

2. Mit Urteil vom 28. Februar 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 6/9 [= act. 3] Dispositivziffer 1). Mit (nicht unterzeichneter) Beschwerde vom 27. März 2014 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Fristwiederherstellung (act. 2).

3. Mit Präsidialverfügung vom 1. April 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt, die Rechtsmitteleingabe der Schuldnerin zurückgesandt und ihr eine Frist von 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung angesetzt, um die Eingabe unterzeichnet wieder einzureichen (act. 7). Die unterzeichnete Beschwerde ging am 9. April 2014 bei der Kammer ein (act. 9). Mit Verfügung vom 11. April 2014 wurde der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 10). Die Gläubigerin liess sich innert Frist nicht vernehmen. Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-13).

### **II.**

Zur Rechtzeitigkeit des Rekurses, der innert zehn Tagen nach Zustellung des Urteils über die Konkurseröffnung zu erheben ist (Art. 174 SchKG):

Das Urteil des Konkursgerichts vom 28. Februar 2014 konnte der Schuldnerin zunächst nicht zugestellt werden, da sie es auf der Post nicht abholte. Erst als

sie auf Vorladung des Konkursamt zur Einvernahme erschien, erhielt sie Kenntnis vom Konkurs und holte am 18. März 2014 ein Exemplar des Urteils beim Bezirksgericht ab (act. 6/13). Wenn es darauf ankommt, ist die Beschwerde rechtzeitig.

Nach Art. 138 Abs. 3 ZPO gilt die Zustellung mit dem siebten Tag nach der Avisierung einer eingeschriebenen gerichtlichen Sendung durch die Post erfolgt - wenn der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Das war hier nicht der Fall, oder jedenfalls kann es nicht verbindlich angenommen werden. Die Schuldnerin hatte schon die Zustellung der Vorladung zur Konkurseröffnung nicht auf der Post abgeholt, und ob die nachfolgend mit gewöhnlicher A-Post noch einmal spezialisierte Sendung ihr zukam, ist zwar möglich (nachdem die Post zwar manchmal langsam, aber in aller Regel zuverlässig ist, sogar wahrscheinlich), aber nicht zweifelsfrei erstellt. Damit kann der Schuldnerin auch nicht vorgehalten werden, sie hätte mit der Zustellung des Urteils über die Konkurseröffnung rechnen müssen. Die Fiktion von Art. 138 ZPO greift nicht, und für den Fristenlauf entscheidend ist die tatsächliche Zustellung am 18. März 2018.

Ist die Beschwerde rechtzeitig, bleibt das Gesuch um Wiederherstellung der Frist gegenstandslos.

### III.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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 Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zu-

lässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss er nachweisen, dass er neben den Kosten des Konkursgerichts auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 = ZR 110/2011 Nr. 79).

2. Die Schuldnerin erbringt zwar den Nachweis, die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich und die erstinstanzlichen Gerichtskosten am 28. März 2014 sichergestellt zu haben (act. 4/11), sie reichte allerdings keinen Nachweis für die Tilgung der Konkursforderung ein. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind bereits deshalb nicht gegeben.

Da sich innerhalb der Beschwerdefrist kein Konkurshinderungsgrund verwirklicht hat, erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, ohne dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen wäre. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung erteilt, weshalb der Konkurs neu zu eröffnen ist.

3. Ausgangsgemäss wird die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzulegen. Eine Parteientschädigung ist der Beschwerdegegnerin mangels ihr entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **9. Mai 2014, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: