

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220108-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 4. August 2022

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B.____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 22. Juni 2022 (EK220121)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen vom 22. Juni 2022 (fortan Vorinstanz) wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) für Forderungen der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) von Fr. 2'396.50 (nebst Zins zu 5% seit 20. Dezember 2021) und Fr. 62.– sowie Spesen von Fr. 250.–, Zins von Fr. 52.90 und Betreibungskosten von Fr. 146.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 [Aktenexemplar] = act. 6/12, fortan zitiert als act. 3; Betr.-Nr. ... des Betreibungsamts Küsnacht-Zollikon-Zumikon). Mit Eingabe vom 27. Juni 2022 (Datum Poststempel) erhob der Beschwerdeführer dagegen Beschwerde (act. 2).

2. Mit Verfügung vom 29. Juni 2022 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht erteilt und dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens angesetzt. Zudem wurde der Beschwerdegegnerin aufgrund der Behauptung des Beschwerdeführers, diese habe ihm am 21. Juni 2022 telefonisch versichert, das Konkursbegehren nach Bezahlung der Forderung zurückzuziehen, Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Die Kammer erwog in der Verfügung vom 29. Juni 2022 sodann, dass der Beschwerdeführer zwar belegt habe, die Forderung der Gläubigerin inkl. Zinsen und Kosten noch vor der Konkurseröffnung getilgt zu haben, jedoch keinen Beleg bezüglich der Sicherstellung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursamts eingereicht habe. Der Beschwerdeführer wurde deshalb darauf hingewiesen, dass er eine solche Bestätigung noch bis zum Ablauf der Beschwerdefrist bei der Kammer einreichen könne (zum Ganzen act. 7). Der Beschwerdeführer holte die Verfügung vom 29. Juni 2022, nachdem ihm diese am 30. Juni 2022 von der Post zur Abholung gemeldet worden war, innert der siebentägigen, bis am 7. Juli 2022 gelaufenen Frist nicht ab (act. 8/1). Die von der Post retournierte Verfügung gilt per diesem Datum von Gesetzes wegen als zugestellt (Zustellfiktion, Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die zehntägige Frist zur Leistung des Kostenvorschusses begann demnach am darauffolgenden 8. Juli 2022 zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Keinen Einfluss hatte diese

Zustellfiktion allerdings auf den Lauf der Beschwerdefrist. Nachdem dem Beschwerdeführer das vorinstanzliche Urteil vom 22. Juni 2022 bereits am 25. Juni zugestellt worden war (act. 6/13/1), lief ihm die zehntägige Beschwerdefrist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG bis am 5. Juli 2022. Den mit Verfügung vom 29. Juni 2022 verlangten Sicherstellungsbeleg des Konkursamts reichte der Beschwerdeführer innert der Beschwerdefrist jedoch nicht ein (vgl. act. 11 E. 2.), sondern erst mit Eingabe vom 15. Juli 2022 (dazu nachfolgend).

Nachdem die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerdeantwort innert Frist erstattet hatte (act. 8/2; act. 9–10), wurde dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 12. Juli 2022 Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 11). Der Verfügung wurde dabei auch ein Exemplar der Verfügung vom 29. Juni 2022 beigelegt, da diese als nicht abgeholt retourniert worden war und die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses noch am Laufen war; dies unter dem Hinweis, dass die Verfügung vom 29. Juni 2022 bereits als zugestellt gelte und deshalb mit der nochmaligen Zustellung keine neue Frist ausgelöst werde (act. 11). Die beiden Verfügungen (inkl. der Beschwerdeantwort mit Beilage) gingen dem Beschwerdeführer am 18. Juli 2022 zu (act. 12/1). Bereits mit Eingabe vom 15. Juli 2022 (Datum Poststempel) erhob der Beschwerdeführer jedoch bei der Kammer Beschwerde gegen die Verfügung vom 29. Juni 2022 (act. 13). Der Beschwerdeführer erlangte demnach auf anderem Weg Kenntnis von der Verfügung vom 29. Juni 2022; womöglich durch das Konkursamt Küsnacht, welchem diese Verfügung, anders als die Verfügung vom 12. Juli 2022, ebenfalls zugestellt wurde (vgl. act. 7 und 11). In den mit der Beschwerde vom 15. Juli 2022 eingereichten Beilagen befindet sich ein Postbeleg bezüglich einer am 27. Juni 2022 an die Vorinstanz mit dem Vermerk "EK220121" geleisteten Zahlung von Fr. 250.– (act. 14/3). Ebenfalls legte der Beschwerdeführer seiner Beschwerde einen Sicherstellungsbeleg des Konkursamts Küsnacht vom 14. Juli 2022 bei (act. 14/1). Darin bestätigt das Konkursamt zuhanden der Kammer, den von ihm geforderten Kostenvorschuss von Fr. 950.– erhalten zu haben, womit seine Kosten sowie die Entscheidgebühr der Vorinstanz sichergestellt seien. Mit Verfügung vom 22. Juli 2022 überwies die Kammer die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 15. Juli 2022 gegen die Verfügung vom 29. Juni 2022 zuständigkeitshalber dem Bundesgericht (act. 15). Zudem setzte sie dem Be-

schwerdeführer eine einmalige Nachfrist von fünf Tagen an, um den bis dahin nicht eingegangenen Kostenvorschuss für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die Verfügung ging dem Beschwerdeführer am 25. Juli 2022 zu. Den Kostenvorschuss von Fr. 750.– zahlte er am 26. Juli 2022, mithin innert Frist (act. 17). Mit Urteil vom 26. Juli 2022 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde vom 15. Juli 2022 wegen offensichtlicher Unzulässigkeit und offensichtlichem Fehlen einer hinreichenden Begründung nicht ein (act. 18). Nachdem der Beschwerdeführer die mit Verfügung vom 12. Juli 2022 angesetzte zehntägige Frist zur Stellungnahme zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin ungenutzt verstreichen liess (Zustellung der Verfügung am 18. Juli 2022 [act. 12/1]; Fristablauf am 28. Juli 2022), erweist sich das Verfahren als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–13).

3. Gemäss Art. 174 SchKG kann ein Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden. Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für das vorliegende Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurs hinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG). Die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts (wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet) gehört dabei (jedenfalls soweit der Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat) ebenfalls zur Schuldtilgung bzw. zum geschuldeten Betrag (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Nach der Praxis der Kammer wird jedoch in denjenigen Fällen die Zahlungsfähigkeit nicht geprüft, in welchen ausschliesslich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, die Forderung selbst (inkl. Zinsen und Kosten) hingegen bereits vor der Konkurseröffnung getilgt bzw. sichergestellt

wurde (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014, PS150137 vom 20. August 2015). Während die Zahlungsfähigkeit nur glaubhaft gemacht werden muss, ist die Tilgung bzw. Sicherstellung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten oder der Verzicht des Gläubigers auf Durchführung des Konkurses mit Urkunden zu beweisen, wobei all dies innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen muss (Art. 172 Ziff. 3 SchKG; Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

4. Der Beschwerdeführer belegt zwar mit Quittungen des Betreibungsamts Küssnacht-Zollikon-Zumikon, dass er die Forderung der Beschwerdegegnerin inkl. Zinsen und Kosten noch vor der Konkurseröffnung getilgt hat (act. 4/3 und 4/6). Den Beleg bezüglich der Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts hat der Beschwerdeführer hingegen erst nach Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist und damit verspätet eingereicht (siehe oben E. 2.). Dieser Umstand steht nach vorstehend Ausgeführtem einer Aufhebung des Konkurses grundsätzlich entgegen.

Der Beschwerdeführer macht nun aber geltend, die Beschwerdegegnerin habe ihm am 21. Juni 2022 telefonisch versichert, das Konkursbegehren nach Bezahlung der Forderung zurückzuziehen (act. 2; siehe auch act. 13). Es fragt sich, ob in einer solchen Konstellation die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts immer noch als durch den Schuldner (der es immerhin soweit hat kommen lassen, dass gegen ihn ein Konkursbegehren gestellt wurde) veranlasst zu gelten hätten. Die Frage kann vorliegend aber offen gelassen werden. Der Nachweis der Schuldtilgung, der Hinterlegung des geschuldeten Betrags oder des Verzichts des Gläubigers auf die Durchführung des Konkurses ist vom Schuldner innert der Beschwerdefrist durch Urkunden zu erbringen. Entsprechendes muss für den Nachweis einer gläubigerseitigen Zusicherung eines Rückzugs des Konkursbegehrens gelten. Der Beschwerdeführer reichte (innert der Beschwerdefrist) keine Urkunde ein, welche seine Behauptung der Zusicherung eines Rückzugs des Konkursbegehrens durch die Beschwerdegegnerin belegen würde. Vielmehr führte er bloss aus, das entsprechende Telefonat mit der Beschwerdegegnerin sei standardmässig aufgenommen worden und könne zur Überprüfung seiner Aussa-

ge eingefordert werden (act. 2). Damit bleibt es dabei, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt sind. Auch die Erklärung der Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 5. Juli 2022, wonach sie mit der Aufhebung der Konkursöffnung einverstanden sei, sofern sie den von ihr geleisteten Kostenvorschuss zurückerhalte (act. 9), ändert daran nichts. Eine entsprechende (unbedingte) Verzichtserklärung der Beschwerdegegnerin hätte der Beschwerdeführer innert der zehntägigen Beschwerdefrist einreichen müssen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Die Beschwerde des Beschwerdeführers ist aus den dargelegten Gründen abzuweisen.

5. Der Beschwerdeführer wird jedoch darauf hingewiesen, dass der Konkurs unter den Voraussetzungen gemäss Art. 195 SchKG widerrufen werden kann. Diese Möglichkeit besteht unter anderem dann, wenn sämtliche zur Kollokation angemeldeten Forderungen getilgt sind. Das Konkursamt Küsnacht kann ihm diesbezüglich nähere Auskünfte erteilen.

6. Anzufügen bleibt, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort vom 5. Juli 2022 ausführte, in ihren Systemen keinen Eintrag gefunden zu haben, wonach dem Beschwerdeführer am 21. Juni 2022 für den Fall der Forderungstilgung der Rückzug des Konkursbegehrens zugesichert worden wäre. Die Beschwerdegegnerin wies aber darauf hin, dass am 7. Juni 2022 ein Telefongespräch stattgefunden habe, in welchem sie dem Beschwerdeführer unter anderem gesagt habe, dass er einen Beleg bezüglich der Forderungstilgung dem Gericht vorweisen müsse (act. 9). Eine entsprechende Gesprächsnotiz reichte die Beschwerdegegnerin ebenfalls ein (act. 10). Wie es sich damit genau verhalten hat, kann aufgrund des vorstehend Ausgeführten jedoch offen gelassen werden.

7. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG) und ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sie sind von dem von ihm für die Gerichtskosten geleisteten Vorschuss zu beziehen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Beschwerdeführer nicht, weil er unterliegt, und der Beschwerdegegnerin (nur schon deshalb) nicht, weil sie keinen entsprechenden Antrag gestellt hat.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und von dem von ihm für die Gerichtskosten geleisteten Vorschuss bezogen.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Konkursamt Küsnacht,
 - das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon,
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),je gegen Empfangsschein.
5. 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. D. Siegwart

versandt am:
8. August 2022