

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220193-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 5. Dezember 2022

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

B. _____ **Krankenversicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 27. Oktober 2022 (EK221645)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem tt. mm. 2021 mit dem Einzelunternehmen "C._____ by A._____" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist aufgeführt "Betrieb eines Imbiss und Take Aways" (act. 7).

1.2. Mit Eingaben an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. September 2022 verlangte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin), es sei über den Schuldner der Konkurs zu eröffnen (act. 6/1-2). Am 29. September 2022 lud das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) die Parteien zur Verhandlung betreffend Konkurseröffnung auf den 27. Oktober 2022 vor (act. 6/6-7). Zur Konkursverhandlung erschien keine der Parteien (vgl. Vermerk Vi-Aktenthek). Mit Urteil vom 27. Oktober 2022 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über den Schuldner (act. 6/11 = act. 5).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 5. November 2022 (Datum Poststempel: 8. November 2022) erhob der Schuldner gegen das vorinstanzliche Urteil vom 27. Oktober 2022 eine Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Valutadatum vom 9. November 2022 leistete der Schuldner den für das Beschwerdeverfahren usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.00 an die Obergerichtskasse (act. 10). Mit Verfügung vom 9. November 2022 wurde der Beschwerde des Schuldners einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldner wurde darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist noch ergänzen könne (act. 8). Die Verfügung wurde an den Schuldner mit Gerichtsurkunde und zusätzlich per A-Post versandt. Die Gerichtsurkunde wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Kammer retourniert (act. 9/1).

2.2. Nach Beizug der erstinstanzlichen Akten (vgl. act. 6/1-15) wurde ersichtlich, dass dem Schuldner das angefochtene Urteil nicht ordnungsgemäss zugestellt

worden war. Daher wurde ihm das vorinstanzliche Urteil mit Verfügung vom 15. November 2022 förmlich eröffnet und darauf hingewiesen, dass die Beschwerdefrist erst mit Zustellung dieser Verfügung zu laufen beginne. Zudem wurde der Schuldner erneut darauf aufmerksam gemacht, dass er seine Beschwerde gegen die Konkurseröffnung bis zum Ablauf der genannten Rechtsmittelfrist im Sinne der Erwägungen der Verfügung vom 9. November 2022 ergänzen könne (act. 11). Auch die Verfügung vom 15. November 2022 konnte dem Schuldner mit Gerichtsurkunde nicht zugestellt werden. Sie lag am 18. November 2022 zur Abholung auf der Post und wurde am 25. November 2022 (nach sieben Tagen) mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert.

Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Diese sog. Zustellfiktion greift im vorliegenden Beschwerdeverfahren (anders als im vorinstanzlichen Verfahren), da der Schuldner vom Verfahren weiss, war er es doch, welcher das Beschwerdeverfahren betreffend die Konkurseröffnung beim Obergericht anhängig gemacht hat. Die Verfügung der Kammer vom 15. November 2022 gilt dementsprechend am 25. November 2022 als zugestellt. Die zehntägige Beschwerdefrist lief dem Schuldner bis am 5. Dezember 2022. Noch vor Fristablauf, nämlich am 29. November 2022 sowie am 1. Dezember 2022 (jeweils persönlich überbracht), reichte der Schuldner weitere Belege im Sinne einer Beschwerdeergänzung bei der Kammer ein (act. 13 und act. 14/1-2).

3.

3.1. Im Beschwerdeverfahren 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. Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes

sichergestellt werden. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Dass eine Schuldnerin in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichtes (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

3.2. Der Schuldner beruft sich darauf, dass er die Konkursforderung inklusive Zinsen und Betreuungskosten vor der Konkurseröffnung bezahlt habe (act. 2). Er belegt, dass er dem Betreibungsamt Zürich 5 in der Betreuung-Nr. 1 am 4. Oktober 2022 einen Betrag von Fr. 1'776.30 und gleichentags in der Betreuung-Nr. 2 einen solchen von Fr. 3'506.55 bezahlt hat. Das Betreibungsamt Zürich 5 bescheinigt in den vorgelegten Abrechnungen, die Endbeträge in den genannten Betreibungen erhalten zu haben (act. 14/1-2). Dadurch hat der Schuldner den Nachweis erbracht, dass die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzten Forderungen samt Zinsen und Kosten vor der Konkurseröffnung am 27. Oktober 2022 beglichen wurden. Ausserdem stellte der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursverfahrens sowie die erstinstanzlichen Verfahrenskosten über Fr. 1'200.00 beim Konkursamt Aussersihl-Zürich sicher (act. 13). Auch für die zweitinstanzlichen Verfahrenskosten leistete der Schuldner einen Vorschuss in der Höhe von Fr. 750.00 (act. 10).

Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Oktober 2022 ist aufzuheben.

4.

Obschon die Beschwerde gutzuheissen ist, sind die Kosten beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, da er das Verfahren betreffend Konkurseröffnung durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Oktober 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Fr. 1'200.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (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 5, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
5. Dezember 2022