

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230054-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 24. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 2. Februar 2023 (EK222246)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 2. Februar 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin für eine Forderung von Fr. 22'500.– nebst Zins zu 5 % seit 24. Dezember 2021 und Fr. 216.67 Zins zu 5 % seit 1. November 2021 bis 23. Dezember 2021 auf Fr. 30'000.– zuzüglich Fr. 1'794.90 Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (act. 6) als Inhaber des Einzelunternehmens C._____. Dagegen erhob dieser mit Eingabe vom 20. März 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde und beantragt sinngemäss die Aufhebung des Konkurses wegen Verfahrensmängeln. Insbesondere sei ihm das rechtliche Gehör zu gewähren. Der Schuldner wendet ein, er habe sich nie zum Bestand der Forderung äussern können. Er sei mit der Forderung nicht einverstanden und wolle dagegen opponieren. Wegen eines Wohnsitzwechsels im Februar 2023 von Zürich nach D._____ sei er in Zürich kaum erreichbar gewesen. Auch das Urteil vom 2. Februar 2023 sei ihm nie zugestellt worden, von der Konkurseröffnung habe er vom Konkursamt erfahren (act. 2).

Der angefochtene Entscheid ging mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz zurück. Diese notierte auf dem Umschlag handschriftlich, die Sendung gelte am 9. Februar 2023 als zugestellt (act. 12). Gemäss Praxis der Kammer liegt in der mündlichen Information oder einer Mitteilung per E-Mail ebenso wie in einer allfälligen Aushändigung einer Kopie des Urteils durch das Konkursamt an den Schuldner keine förmliche und damit fristauslösende Zustellung (OGer ZH PS120221 vom 19. November 2012). Eine Zustellfiktion nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO kann – ohne dass die geltend gemachten Verfahrensmängel näher zu prüfen sein werden (vgl. nachstehend E. 2.b) – aufgrund der erhobenen Einwendungen und der Akten nicht angenommen werden. Da somit die Rechtsmittelfrist noch nicht zu laufen begonnen hat, ist die am 20. März 2023 zur Post gegebene Beschwerde als rechtzeitig entgegenzunehmen.

2.a) Mit Verfügung vom 23. März 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Weiter wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren und der Gläubigerin zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 8). Die Gläubigerin liess sich innert Frist nicht vernehmen. Die an den Schuldner verschickte Sendung kam wiederum mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" zurück. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene gerichtliche Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Die Verfügung vom 23. März 2023 wurde dem Schuldner gemäss der Sendungsverfolgung der Post am 27. März 2023 zur Abholung gemeldet, so dass die siebentägige Abholfrist am 3. April 2023 ablief (act. 9/1). An diesem Tag gilt die Verfügung als zugestellt. Daran vermag der in der Beschwerde erwähnte Umzug von Zürich nach D. _____ nichts zu ändern (act. 2 S. 2). Der Schuldner hat das Beschwerdeverfahren eingeleitet und musste deshalb mit Zustellungen rechnen. Die Verfügung wurde an die von ihm auf der Beschwerde bezeichnete Adresse in D. _____ verschickt (act. 2 und 9/1). Allfällige mit dem Wohnortwechsel verbundene Schwierigkeiten bei der Postzustellung können somit nicht gegen die Annahme einer Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO angeführt werden.

b) Da der Vorschuss innerhalb der angesetzten Zahlungsfrist nicht geleistet wurde, wurde dem Beschwerdeführer am 3. Mai 2023 eine einmalige fünftägige Nachfrist angesetzt (act. 10). Auch diese Verfügung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert. Gemäss Sendungsverfolgung wurde sie dem Schuldner am 4. Mai 2023 zur Abholung gemeldet. In Anwendung des obgenannten Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO endete die siebentägige Abholfrist demnach am 11. Mai 2023 (act. 11). Die Verfügung gilt an diesem Tag als zugestellt. Die dem Beschwerdeführer angesetzte fünftägige Nachfrist lief somit am 16. Mai 2023 ab. Der Schuldner liess diese Frist ungenutzt verstreichen, weshalb auf die Beschwerde androhungsgemäss nicht einzutreten ist. Auf die vom Schuldner in der Beschwerde erhobenen Einwendungen zum vorinstanzlichen Verfahren ist damit nicht weiter einzugehen.

3. Ausgangsgemäss wird der Schuldner für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdegegnerin ist mangels erheblicher Umtriebe keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **25. Mai 2023, 08.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die vorliegenden Verfahrenskosten werden vorsorglich zur Kollokation angemeldet.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Enge-Zürich, das Betreibungsamt Zürich ... und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, 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. S. Bohli Roth

versandt am:
25. Mai 2023