

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110246-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 17. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Horgen vom 7. Dezember 2011 (EK110340)

Erwägungen:

I.

1. Am tt. Dezember 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Horgen für eine Forderung von Fr. 1'806.-- nebst Zins zu 5% seit 2. März 2009 sowie Fr. 80.-- Spesen und Fr. 176.40 Betreuungskosten über den Schuldner den Konkurs (act. 2 = act. 6/15). Gegen dieses Urteil erhob der Schuldner mit an die Vorinstanz adressierter Eingabe vom 15. Dezember 2011 (Poststempel) Beschwerde (act. 6/20 = act. 1). Die Beschwerdeschrift wurde zuständigkeitshalber der Kammer übermittelt (act. 4 und 5 = act. 6/21-22). Zur Begründung der Beschwerde führte der Schuldner aus, er habe die Geschäftstätigkeit in seiner Einzelfirma „Z. _____“ bereits im Jahre 2008 aufgeben müssen und habe hernach wahrheitshalber, nachdem er beim Betreibungsamt W. _____ am 30. Mai 2011 danach gefragt worden sei, ob er Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Firma sei, den Eintrag per 21. Juni 2011 löschen lassen. Er sei seit seinem zwanzigsten Lebensjahr ein Lebenskünstler, sei „immer unter dem Steuerbaren einkommen“, besitze nichts Pfändbares und lebe sehr einfach. Er fühle sich somit nicht schuldig und hoffe, das Gericht fände eine Lösung mit der Gläubigerin (act. 1; act. 3/2).

2. Ein gesetzlicher Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) wurde in der Beschwerde vom 15. Dezember 2011 nicht geltend gemacht. Zur konkreten finanziellen Lage des Schuldners, welcher als (vormaliger) Inhaber einer Einzelfirma unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen haftet, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung im Unternehmens- oder im Privatbereich entstanden ist, lässt sich der Beschwerdeschrift nichts entnehmen und wurden hiezu auch keine Dokumente eingereicht. Noch vor Eingang der vorinstanzlichen Akten wurde der Schuldner daher mit Verfügung vom 22. Dezember 2011 unter Erläuterung der Voraussetzungen nach Art. 174 Abs. 2 SchKG darauf hingewiesen, dass seine Beschwerdeschrift unvollständig sei und er bis zum Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist einen der drei gesetzlichen Konkurshinderungsgründe wie auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und die hiefür erforderlichen und aufgezählten Do-

kumente einzureichen habe; Nachfristen würden keine gewährt (act. 8 Ziff. 2.1 - 2.3). Der Vollständigkeit halber wurde noch festgehalten, dass das Einzelunternehmen Z._____, welches im Handelsregister des Kantons X._____ eingetragen und dessen Inhaber der Schuldner war, infolge Geschäftsaufgabe erloschen sei. Die Streichung sei durch das Schweizerische Handelsamtsblatt am tt. mm 2011 publiziert und die Betreuung gestützt auf Art. 40 Abs. 2 SchKG somit zu Recht auf dem Wege des Konkurses fortgesetzt worden (vgl. act. 7 und act. 8 Ziff. 3).

3. Die Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses stellt keine Betreuungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG dar. Die Verfügung vom 22. Dezember 2011 wurde noch gleichentags versandt und zwar an die vom Schuldner in der Beschwerdeschrift angegebene Adresse (act. 1; act. 8 S. 5). Parallel zur Zustellung mit Gerichtsurkunde erfolgte eine informelle Zustellung mit A-Post (act. 8 Dispositiv-Ziff. 3), damit der Schuldner möglichst umgehend von den noch nötigen Ergänzungen der Beschwerde Kenntnis erhält. Die Gerichtsurkunde wurde mit dem Vermerk der Post "Nicht abgeholt" retourniert (act. 10). Da der Schuldner in einem Prozessrechtsverhältnis steht und als Rechtsmittelkläger mit gerichtlichen Zustellungen hat rechnen müssen, ist gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO von einer fiktiven Zustellung der Verfügung am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist, d.h. am 30. Dezember 2011 (act. 11) auszugehen (vgl. Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, N 52 zu Art. 138 ZPO; BGE 123 III 493 und 130 III 399). Dass der Schuldner - wie mit Schreiben vom 6. Januar 2012 dargelegt - seit dem 28. Dezember 2011 eine neue Anschrift hat, ändert daran nichts. Die zehntägige Zahlungsfrist zur Leistung des Kostenvorschusses begann somit am Folgetag, d.h. am 31. Dezember 2011 zu laufen und endete am 9. Januar 2012. Der Kostenvorschuss wurde bis dato nicht geleistet (act. 13). Von einer Nachfristansetzung kann jedoch umständehalber (vgl. nachstehend Ziff. II.) abgesehen werden.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung

des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe nachweist, z.B. a) dass sie seit der Konkursöffnung die Schuld samt Zinsen und Kosten des Betreibungsamtes, des Konkursamtes und des Konkursgerichtes getilgt bzw. - was die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes anbelangt - beim Konkursamt sichergestellt hat oder b) dass sie die Forderung samt Zinsen und vorerwähnter Kosten bei der Beschwerdeinstanz hinterlegt hat oder c) dass die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Die Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen besteht hingegen nicht (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2. Der Empfang der Konkursöffnung vom tt. Dezember 2011 wurde vom Schuldner am 14. Dezember 2011 unterschriftlich bestätigt (act. 6/19). Die zehntägige Beschwerdefrist lief somit am 27. Dezember 2011 ab (Art. 142 Abs. 3 ZPO). Der Schuldner versäumte es, seine unvollständige Beschwerde bis zum Fristablauf zu ergänzen.

3. In der Beschwerdeschrift vom 15. Dezember 2011 (Poststempel) wurde wie vorerwähnt keiner der drei gesetzlichen Konkurshinderungsgründe geltend gemacht und enthält die Eingabe zur Zahlungsfähigkeit des Schuldners ebenfalls keine Ausführungen und Unterlagen. Folglich hat der Schuldner weder einen Konkurshinderungsgrund noch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr des Rechtsmittelprozesses dem Schuldner aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Schuldner auf-erlegt.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen ent-richtet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Be-zirkes Horgen und das Konkursamt W._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt W._____, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmit-telfrist an die Vorinstanz zurück.

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 Be-schwerde 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. D. Tolic

versandt am: