

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160228-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

## Urteil vom 28. Dezember 2016

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. November 2016 (EK161803)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) vom 23. November 2016 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) von Fr. 5'817.95 zuzüglich 5% Zins ab 28. Dezember 2015, eine Nebenforderung von Fr. 90.– und Betreuungskosten von Fr. 26.30 sowie von Fr. 161.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 5 = act. 6/6, nachfolgend zitiert als act. 5). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 1. Dezember 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 6/8 = act. 7) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses beantragt (act. 2).

2. Mit Verfügung vom 2. Dezember 2016 wurde festgehalten, dass – würde es bei der bisherigen Eingabe bleiben – die Beschwerde abgewiesen werden müsste. Der Beschwerde wurde aufgrund dessen die aufschiebende Wirkung verweigert, der Beschwerdeführer jedoch auf die gesetzlichen Anforderungen an eine aussichtsreiche Beschwerde gegen die Konkursöffnung hingewiesen. Sodann wurde ihm eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8).

3. Diese als Gerichtsurkunde versandte Verfügung wurde dem Beschwerdeführer am 5. Dezember 2016 zur Abholung gemeldet. Nachdem er sie innert siebentägiger Frist nicht abgeholt hatte, retournierte die Post die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" (act. 9). Nicht abgeholte eingeschriebene Sendungen gelten am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Vorliegend musste der Beschwerdeführer mit eingeschriebenen Postsendungen rechnen, zumal das Beschwerdeverfahren von ihm eingeleitet worden war. Die Verfügung vom 2. Dezember 2016 gilt somit als am 12. Dezember 2016 rechtsgültig zugestellt. Folglich lief die für die Leistung des Vorschusses angesetzte zehntägige Frist unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sie im Sinne von

Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO in den Gerichtsferien nicht stillstand, am 22. Dezember 2016 ab. Bis heute ging der verlangte Kostenvorschuss bei der Obergerichtskasse nicht ein. In Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO wäre dem Beschwerdeführer grundsätzlich eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen mit der Androhung, dass andernfalls auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Darauf kann jedoch verzichtet werden, da die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

4. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

5. In seiner Eingabe vom 1. Dezember 2016 legt der Beschwerdeführer dar, er habe die betriebene Forderung aus Eigenverschulden und ungeplanter Abwesenheit nicht innert Frist bezahlen können, wolle dies nun aber so schnell wie möglich nachholen, zumal er über das Geld verfüge, um die Forderung bezahlen zu können (act. 2). Obwohl ihm mit der Verfügung vom 2. Dezember 2016 – welche ihm auch per A-Post zugestellt wurde – die oben aufgelisteten Voraussetzungen für eine Gutheissung der Beschwerde zur Kenntnis gebracht wurden und ihm unter Hinweis darauf, dass seine Beschwerde vom 1. Dezember 2016 den Anforderungen (noch) nicht genüge, erläutert wurde, was er bis zu welchem Zeitpunkt vorzunehmen hätte, um die drohende Abweisung seiner Beschwerde zu verhindern (vgl. act. 8 E. 2 und 3.1-2), reichte der Beschwerdeführer bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 5. Dezember 2016 weder weitere Unterlagen ein noch machte er zusätzliche Ausführungen. Damit hat der Beschwerdeführer weder seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht noch einen der Konkurs hinderungsgründe durch

Urkunden nachgewiesen. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen, zumal keine Nachfristen gewährt werden können.

6. Der Vollständigkeit halber ist der Beschwerdeführer auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteienschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Beschwerdeführer nicht aufgrund seines Unterliegens, der Beschwerdegegnerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Enge-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 2, 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:

MLaw C. Funck

versandt am:  
29. Dezember 2016