

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240086-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 16. Mai 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **BVG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 23. April 2024 (EK240485)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 23. April 2024 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 6). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 7. Mai 2024 (überbracht) Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und in prozessualer Hinsicht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Eingabe vom 14. Mai 2024 reichte der Beschwerdeführer sodann weitere Unterlagen ein (act. 9/1-3). Zudem leistete der Beschwerdeführer am 14. Mai 2024 den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 10).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
- 3.1. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde zunächst geltend, sein rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil er die Vorladung zur am 23. April 2024 angesetzten Konkursverhandlung nicht erhalten habe (act. 2).
- 3.2. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Im Falle einer

misslungenen postalischen Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung darf ein Konkursgericht die Konkurseröffnung erst aussprechen, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtsweibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls würde der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen müsste, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II-NORDMANN, 3. Aufl. 2021, Art. 168 N 15; BGE 138 III 225 E. 3.3).

3.3. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 23. April 2024 dem Beschwerdeführer am 27. März 2024 am Schalter der Poststelle zugestellt wurde (act. 7/8). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist damit nicht festzustellen. Die Beschwerde erweist sich insoweit als unbegründet. Darüber hinaus ist festzustellen, dass dem Beschwerdeführer das angefochtene Konkurserkenntnis am 29. April 2024 zugestellt wurde (act. 7/12). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann demnach am darauffolgenden Tag zu laufen und endete am Montag, 10. Mai 2024 (Art. 142 ZPO). Die Beschwerde vom 7. Mai 2024 erfolgte demnach rechtzeitig. Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 14. Mai 2024 ist hingegen verspätet und daher nicht zu berücksichtigen.

4.1. Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, er habe die Forderung inklusive Zinsen und Betreuungskosten beglichen (act. 2). Dazu reicht der Beschwerdeführer einen nicht näher bestimmten Screenshot ein (act. 4/1). Zudem legt der Beschwerdeführer eine Bestätigung der Konkursamtes Hottingen-Zürich vom 6. Mai 2024 vor, wonach er zur Deckung der zu erwartenden Konkurskosten (Gebühren und Auslagen, inkl. des erstinstanzlichen Konkursgerichts) einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet hat (act. 4/2).

4.2. Der genannte Screenshot zeigt eine Liste von Zahlungen, wobei die Zahlungen dem Beschwerdeführer nicht zugeordnet werden können und nicht erkennbar ist, dass er mit diesen Zahlungen die Konkursforderung getilgt hat. Selbst wenn die Nachweisqualität des Screenshots als genügend erachtet würde, decken aber die seit Beginn des Konkursverfahrens aufgelisteten Beträge in Höhe von Fr. 6'794.15 die Konkursforderung in Höhe von Fr. 7'875.45 (act. 8) nicht vollständig. Mit den eingereichten Unterlagen vermag der Beschwerdeführer den Nachweis für die Tilgung der Konkursforderung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG daher nicht zu erbringen. Darüber hinaus fehlt es vollständig an Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit. Die Beschwerde erweist sich auch in dieser Hinsicht als unbegründet und ist abzuweisen.

5. Immerhin ist der Beschwerdeführer aber auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (dazu insbesondere KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N. 3 und 5).

6. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es ist dem Beschwerdeführer wegen seines Unterliegens und der Beschwerdegegnerin mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und die Betriebsämter Zürich 2 und 7, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Kappeler

versandt am:
17. Mai 2024