

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150058-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 20. Mai 2015

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 20. April 2015 (EK150089)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt. August 2012 im Handelsregister des Kantons Thurgau eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie das Betreiben eines Restaurants mit ... sowie ... (act. 6/4 = act. 4).

1.2. Mit Urteil vom 20. April 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 2'939.90 inklusive Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 6/5 = act. 5).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 25. April 2015 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2; act. 6/6). Nach Eingang der vorinstanzlichen Akten (act. 6/1-6) wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 28. April 2015 von Amtes wegen einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 7). Diese Frist liess die Gläubigerin unbenutzt verstreichen, weshalb das Verfahren androhungsgemäss ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen ist (Art. 147 ZPO). Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin wurde verzichtet.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie die nicht oder nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursrichters – gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A, Basel 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Die Schuldnerin beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung. Sie macht sinngemäss geltend, dass ihr die Vorladung zur Konkursverhandlung und das Urteil betreffend die Konkursöffnung nicht ordnungsgemäss zugestellt worden seien. Es sei eine Zustellung an die falsche Adresse, nämlich an die C._____-Strasse ... in ... Winterthur erfolgt. Sie wohne jedoch an der D._____-Strasse ... in Winterthur und sie sei zudem zur Zeit der Zustellungen im Ausland gewesen. Infolge dessen habe sie nicht an der Verhandlung teilnehmen und sich nicht zur Konkursöffnung äussern können (act. 2 S. 2).

3.

3.1. Eine korrekte 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). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, *sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste*.

3.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 20. April 2015, 13.45 Uhr, zweimal mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde. Beide an die C._____-Strasse ... in ... Winterthur adressierten Gerichtsurkunden wurden mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert (act. 6/3). Gemäss Auskunft der Einwohnerkontrolle Winterthur hat sich die Schuldnerin bereits am 20. Juli 2011 an der C._____-Strasse ... in Winterthur abgemeldet. Sie sei heute an der D._____-Strasse ... in Winterthur angemeldet (Prot. S. 2). Damit hatte die Schuldnerin von der anstehenden Konkursverhandlung nicht aktenkundig Kenntnis.

3.3. Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden

muss. Die Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht der Schuldnerin, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss die Schuldnerin nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (ZR 104 [2005] Nr. 43; vgl. auch BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Folglich wurde die Schuldnerin nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkursöffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Die Sache ist zur Neuansetzung resp. Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

Die Schuldnerin hat zu beachten, dass dem Konkursbegehren der Gläubigerin stattzugeben ist, wenn sie beim Konkursgericht nicht einen Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 f. SchKG dartut. Die Schuldnerin führte in ihrer Beschwerde aus, dass sie – um den Konkurs abzuwenden – bereit sei, die ausstehende Forderung samt Kosten und Zinsen zu bezahlen (act. 2 S. 2). In der Tilgung aller in der Konkursandrohung enthaltener Positionen (der Zins bis zur effektiven Zahlung gerechnet) würde ein gesetzlich vorgesehener Konkurshinderungsgrund bestehen. Zudem ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass sie sich – nachdem sie nun vom Verfahren Kenntnis hat – sorgfältig um ihre Post vom Konkursgericht kümmern müssen. Würde sie die neue Vorladung zur Verhandlung nicht abholen, gälte die Zustellung als am letzten Tag der Abholfrist gültig erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

4.

Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten der Schuldnerin oder der Gläubigerin veranlasst wurde, sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine gegenseitige Entschädigungspflicht entfällt (Art. 106 ZPO). Für eine Entschädigung aus der

Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-Jenny, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 107 N 26; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12; BGE 139 III 471).

Es wird erkannt:

1. Das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 20. April 2015 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten)
 - das Konkursamt Wülflingen-Winterthur,
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und Thurgau sowie an das Betreibungsamt Winterthur-Wülflingen,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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:
21. Mai 2015