

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180078-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 8. Juni 2018

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Mai 2018 (EK180515)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist Inhaberin des seit dem tt. Juli 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____". Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt das Einzelunternehmen das Ausführen von Reinigungen aller Art sowie ... (act. 9).

1.2. Mit Urteil vom 2. Mai 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 29'575.40 sowie Betreuungskosten von Fr. 213.60 (act. 7/8 = act. 6 S. 1). Das Urteil über die Konkursöffnung unterliegt dem Weiterzug mittels Beschwerde (Art. 319 in Verbindung mit Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO) innert zehn Tagen (Art. 174 SchKG). Das angefochtene Urteil wurde der Schuldnerin am 9. Mai 2018 zugestellt (act. 7/11). Die zehn Tage liefen bis am Samstag, 19. Mai 2018, und beim 21. Mai 2018 handelte es sich um den Pfingstmontag, womit sich die Beschwerdefrist bis zum 22. Mai 2018 verlängerte (vgl. Art. 56 Ziff. 1 SchKG i.V.m. § 122 GOG).

1.3. Mit Eingabe vom 22. Mai 2018 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin bei der Kammer rechtzeitig Beschwerde gegen die vorinstanzliche Konkursöffnung (act. 2; act. 7/11). Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 9). Am 23. Mai 2018 (Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin eine Zahlungsbestätigung nach (act. 11-12). Da diese nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereicht wurde, kann sie keine Beachtung mehr finden. Die Beschwerdeantwort wurde von der Gläubigerin am 1. Juni 2018 (Datum Poststempel) und damit fristgerecht erstattet (act. 13). Ein Doppel der Beschwerdeantwort der Gläubigerin ist der Schuldnerin mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-13). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. 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 Konkurs hinderungsgründe (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 Konkureröffnung. Sie macht geltend, die Vorladung zur Konkursverhandlung sei ihr nicht ordnungsgemäss zugestellt worden. Weiter stellt sie sich auf den Standpunkt, dass eine erneute Ansetzung der Konkursverhandlung unterbleiben könne, da sie mit der Gläubigerin am 17. Mai 2018 eine Einigung erzielt und eine Ratenzahlungsvereinbarung abgeschlossen habe. Die erste Rate über Fr. 10'000.00 habe sie bereits bezahlt (act. 2 S. 2, 4 f. und 6; act. 5/5-6).

3.

3.1. Eine korrekte Konkureröffnung 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 Verhandlung vom 2. Mai 2018, 10.00 Uhr, mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde. Die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert. Gemäss handschriftlichem Vermerk auf dem Couvert wurde eine zweite Zustellung am 19. April 2018 per A-Post vorge-

nommen (act. 7/7). Ob diese der Schuldnerin zuzuging resp. sie von der anstehenden Konkursverhandlung Kenntnis erlangt hatte, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten nicht; die Schuldnerin bestreitet es (act. 2 S. 4).

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 Konkurseröffnungsverfahren 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 Konkurseröffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

3.4. Die Schuldnerin weist nach, dass sie am 17. Mai 2018 mit der Gläubigerin die Tilgung der ausstehenden Forderung in Raten vereinbart hat, wobei die erste Ratenzahlung von Fr. 10'000.00 am 30. Mai 2018 fällig war und anschliessend jeweils auf den Letzten der Monate Juni bis Oktober 2018 weitere Ratenzahlungen geschuldet sind (act. 5/5). Die Schuldnerin macht geltend, die erste Rate bezahlt zu haben. Sie reicht einen Beleg der D. _____ über den Zahlungsauftrag von Fr. 10'000.00 ein (act. 5/6). Die Gläubigerin widerspricht den Behauptungen zur erfolgten ersten Ratenzahlung nicht (act. 13). Es ist folglich glaubhaft, dass der erste Termin für die Ratenzahlung eingehalten wurde; in Bezug auf die restliche Forderung liegt eine Stundung der Gläubigerin vor. Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der (teilweisen) Tilgung bzw. der Stundung nach

Art. 172 Ziff. 3 SchKG erübrigt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

4.

4.1. Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene, Spruchgebühr von Fr. 400.00 ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie der Gläubigerin mit ihrer Zahlungssäumnis begründeten Anlass zur Stellung des Konkursbegehrens gegeben und damit das Verfahren des Konkursgerichtes verursacht hat.

4.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Eine Parteienschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12; BGE 139 III 471).

4.3. Auch die Kosten des Konkursamtes Altstetten-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen. Von dem beim Konkursamt einbezahlten Betrag ist der Gläubigerin der von ihr geleistete Barvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.00 zurückzuzahlen. Der Rest von Fr. 600.00 geht an die Schuldnerin. Damit trägt sie, die dem Konkursamt einen Vorschuss von Fr. 1'000.00 geleistet hat, die Kosten des Konkursgerichtes.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Mai 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben,
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.

4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Kosten des Konkursamtes Altstetten-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin Fr. 600.00 auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an das Betreibungsamt Zürich 9, je gegen Empfangsschein.
8. 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. K. Würsch

versandt am:

8. Juni 2018