

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240080-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Urteil vom 16. Mai 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 10. April 2024 (EK240432)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) ist mit ihrem Einzelunternehmen "C._____, by A._____" seit dem tt.mm.2022 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt ihr Unternehmen Yoga und Work Life Balance Unterricht wie auch Beratung, Organisation und Durchführung von Kursen, Veranstaltungen, Workshops und Ausflügen (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 10. April 2024 (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/8, fortan zitiert als act. 6) eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Zürich (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Beschwerdeführerin für eine Forderung von

CHF	1'571.50	nebst Zins zu 5 % seit 18.10.2023
CHF	610.70	Leistungsforderungen KVG vom 10.12.2022 bis 20.12.2022
CHF	33.40	Zinsen
CHF	120.00	Mahnspesen
CHF	145.00	Umtriebsspesen
CHF	176.60	Betriebskosten.

1.3. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 25. April 2024 (Datum Poststempel) Beschwerde und reichte Unterlagen ein (act. 2-4/1/1-3).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-11). Nachdem der Beschwerde mit Verfügung vom 29. April 2024 die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt wurde, wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung – nach Eingang der vorinstanzlichen Akten – mit Verfügung vom 30. April 2024 einstweilen zuerkannt (act. 8; act. 10). Mit Eingabe vom 3. Mai 2024 machte die Beschwerdeführerin weitere Ausführungen und reichte weitere Unterlagen ein (act. 12-13/1-4). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 14). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan

Beschwerdegegnerin) sind die Eingaben der Beschwerdeführerin mit diesem Entscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.

2.1. Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin erwähnt in ihrer Beschwerde, dass ihr das an ihre Adresse versandte Urteil der Vorinstanz leider nicht erfolgreich habe zugestellt werden können. Sie habe das Urteil jedoch am 24. April 2024 persönlich bei der Vorinstanz abgeholt, womit die Beschwerdefrist eingehalten sei (act. 2 S. 2).

2.2. Die Beschwerde ist innert 10 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheids bei der Beschwerdeinstanz einzureichen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Massgeblich für den Fristenlauf ist die formgültige Zustellung des angefochtenen Entscheids durch das Gericht. Das Urteil der Vorinstanz konnte der Beschwerdeführerin an ihrer Adresse, wie sie vorbringt (vgl. act. 2 S. 2), nicht zugestellt werden. Die Sendung wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert und es wurde handschriftlich festgehalten, dass die Sendung am 18. April 2024 als zugestellt gelte (act. 7/11). Am 24. April 2024 holte die Beschwerdeführerin das Urteil bei der Vorinstanz persönlich ab (Prot. Vi. S. 2). Es stellt sich daher die Frage, wann das Urteil der Beschwerdeführerin rechtsgültig zugestellt wurde.

2.3. Die Zustellung von Verfügungen und Vorladungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Neben der Entgegennahme durch den Adressaten gilt die eingeschriebene Postsendung unter anderem auch am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Adressatin mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung aber auch die Zustellung durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei in Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG/ZH). Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin mit der Zustellung des Urteils rechnen musste.

2.4. Die vorinstanzliche Vorladung vom 7. März 2024 zur Konkursverhandlung am 10. April 2024 stellt das erste Schriftstück im vorinstanzlichen Verfahren dar (act. 7/5). Erst die korrekte Zustellung des ersten vorinstanzlichen Schriftstücks begründet ein Prozessrechtsverhältnis im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO. Die Zustellung der Konkursandrohung begründet jedenfalls noch kein Prozessrechtsverhältnis im Hinblick auf das gerichtliche Konkursverfahren (BGE 138 III 225 E. 3.2). Die Vorinstanz sandte die Vorladung mittels Gerichtsurkunde an die Adresse der Beschwerdeführerin, die mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert und anschliessend gemäss handschriftlichem Vermerk per A-Post versandt worden sei (act. 7/7). Mit Urteil vom 10. April 2024 eröffnete die Vorinstanz in der Folge den Konkurs über die Beschwerdeführerin, wobei auch diese Gerichtsurkunde – wie bereits erwähnt (vgl. obige E. 2.2) – mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert wurde (act. 6; act. 7/11). Daraus geht hervor, dass die Vorinstanz den Konkurs – ohne dass die Beschwerdeführerin zur Verhandlung erschienen wäre oder sich je gemeldet hätte – eröffnete, ohne nach der zurückerhaltenen Vorladung weitere Zustellversuche nach Art. 138 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 121 Abs. 1 GOG/ZH vorgenommen zu haben. Ebenfalls erfolgte keine öffentliche Bekanntmachung nach Art. 141 ZPO, die nach Praxis der Kammer nach drei erfolglosen formellen Zustellversuchen auf zwei verschiedenen Wegen bei bekannter Adresse der Empfängerin zu erfolgen hätte (vgl. OGer ZH PS220216 vom 20. Februar 2023 E. 2.3.5 m.w.H.). Folglich liegt keine formelle Zustellung der Vorladung vor, womit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde, konnte sie so doch nicht an der Konkursöffnungsverhandlung teilnehmen.

2.5. Infolgedessen wäre die Beschwerde nach Anhörung der Beschwerdegegnerin wohl gutzuheissen, der angefochtene Entscheid wegen Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör aufzuheben und die Sache zur Durchführung einer neuen Verhandlung und Fällung eines neuen Entscheides an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.6. Derartige Weiterungen erübrigen sich indes, da die Beschwerdeführerin belegt, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zwischenzeitlich bezahlt zu haben (vgl. act. 4/1/1-2). Es rechtfertigt sich, zur Vermeidung eines unnötigen

Leerlaufs diese Zahlung zu berücksichtigen (vgl. OGer ZH PS190014 vom 11. Februar 2019 E. 2.3). Die Schuld gilt gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als getilgt. Die vorgängige Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts ist in der vorliegenden Konstellation nicht vorausgesetzt, zumal die Kosten des Konkursamts auf die Staatskasse zu nehmen sind und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gedeckt sind (vgl. untenstehende E. 3). Unter diesen Umständen kann auch die Frage der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin offen bleiben. Demnach ist das Urteil der Vorinstanz in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und das Konkursbegehren ohne Weiteres abzuweisen.

3. Aufgrund des Verfahrensausgangs sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Ebenfalls sind die Kosten des Konkursamts auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 6.a; OGer ZH PS190051 vom 28. März 2019 E. 6). Jedoch hat die Beschwerdeführerin die erstinstanzlichen Kosten zu tragen, da das Konkursbegehren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht wurde und das bereits eröffnete Konkursverfahren nicht mehr kostenlos hätte erledigt werden können (vgl. dazu OGer ZH PS190014 vom 11. Februar 2019 E. 3.1 m.w.H.). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist infolge des Verfahrensfehlers und der Anzeige der Vorinstanz, dass sich diese bei einer Verfahrenserledigung vor der Konkurseröffnung bzw. der entsprechenden Konkursverhandlung auf Fr. 200.– reduziere (vgl. act. 7/4 S. 2 Ziffer 5), auf den genannten Betrag zu reduzieren. Die Vorinstanz ist anzuweisen, die dadurch vom von der Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschuss übrigbleibenden Fr. 200.– an diese auszuführen. Da für die Abweisung des Konkursbegehrens durch das zweitinstanzliche Gericht vorausgesetzt ist, dass der Beschwerdegegnerin sämtliche ihr entstandenen Kosten, mithin auch der Gesamtbetrag des von ihr bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschusses, erstattet werden, sind dem Konkursamt Fr. 200.– vom von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren zu überweisen. Das Konkursamt ist anzuweisen, sobald der Betrag von Fr. 200.– von der Obergerichtskasse eingetroffen ist, den bei ihr einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.– der Beschwerdegegnerin auszuführen. Der Restbetrag des bei der

Obergerichtskasse einbezahlten Kostenvorschusses im Umfang von Fr. 550.– ist der Beschwerdeführerin – vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts – auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. April 2024, mit dem der Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 200.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und aus dem von der Beschwerdegegnerin bezahlten erstinstanzlichen Kostenvorschuss bezogen. Der davon verbleibende Rest von Fr. 200.– wird vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts der Beschwerdegegnerin ausbezahlt.
3. Die Kosten des Konkursamts Enge-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, Fr. 200.– des von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschusses an das Konkursamt Enge-Zürich zu überweisen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Beschwerdeführerin vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts den Restbetrag des von ihr für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschusses von insgesamt Fr. 550.– auszuzahlen.

7. Das Konkursamt Enge-Zürich wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.– (Fr. 200.– [Überweisung von der Obergerichtskasse] sowie Fr. 1'400.– [Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses]) der Beschwerdegegnerin auszuführen. Ein allfälliger Restbetrag wäre der Beschwerdeführerin auszuführen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Enge-Zürich, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 2, je gegen Empfangsschein.
9. 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 T. Rumpel

versandt am:
17. Mai 2024