

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180160-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Verfügung und Urteil vom 6. September 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 7. August 2018 (EK180222)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Horgen vom 7. August 2018 wurde für eine Forderung von Fr. 1'135.40 nebst Zins zu 5 % seit 31. Juli 2016, Spesen Fr. 150.00 und Betreuungskosten Fr. 173.95 der B._____ AG (Gläubigerin) über A._____ (Schuldner) der Konkurs eröffnet (act. 6). Der Schuldner ist im Handelsregister des Kantons Zürich als einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter zweier Firmen eingetragen. Einmal bei der Kollektivgesellschaft C._____ mit Sitz in D._____, E._____-Weg ..., welche sich seit tt. Juli 2017 aufgelöst hat und in Liquidation befindet (act. 8/1=act, 5/10) und einmal bei der F._____ GmbH mit Sitz in D._____, G._____ Bei dieser Gesellschaft ist der Schuldner auch Geschäftsführer (act. 8/2). Mit Eingabe vom 29. August 2018 (Poststempel) verlangte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Überdies beantragte er, es sei ihm zum Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit Frist zur Einreichung weiterer Belege einzuräumen (act. 2 S. 2).
2. Das vom Schuldner gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung wird mit dem sofortigen Entscheid in der Sache selbst hinfällig.
3. a) Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Poststempel) ab Zustellung des erstinstanzlichen Entscheides beim Obergericht einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 321 ZPO). Diese gesetzliche Frist kann nicht erstreckt werden. Fristen, die durch eine Mitteilung oder den Eintritt eines Ereignisses ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 143 Abs. 1 ZPO). Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

Die Vorladung zur Verhandlung vor dem Konkursgericht konnte dem Schuldner an die auf dem Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung angegebene Adresse, Im G. _____ ..., Gebäude D in D. _____ nicht zugestellt werden (act. 7/3 i.V.m. act. 7/9 und act. 7/ 2-3). Das mit dem Zustellungsauftrag beauftragte Stadttammamt D. _____ teilte dem Gericht mit, der Schuldner sei nach H. _____, I. _____-Acher ... umgezogen (act. 7/9). An dieser Adresse wurde die Vorladung am 13. Juli 2018 von einer Drittperson entgegengenommen. Auf den Sendungsinformationen der Post zur per Gerichtsurkunde zugestellten erstinstanzlichen Vorladung wird Empfangsperson "I. _____" sowie unter Beziehung "Bevollmächtigter" dokumentiert (act. 7/10). Der Schuldner stellt sich auf den Standpunkt, er habe sich zur Zeit der Zustellung der Vorladung im Ausland befunden und habe keine Kenntnis von der Vorladung gehabt. Er habe Herrn I. _____ in keiner Weise für die Annahme seiner Korrespondenz bevollmächtigt, weshalb keine ordentliche Zustellung erfolgt sei (act. 2 Ziff. 9).

b) Als zugestellt gilt eine Sendung, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Dass dieser sie tatsächlich in Empfang oder zur Kenntnis nimmt, ist nicht erforderlich. Als zugestellt gilt die Sendung insbesondere dann, wenn sie einem vom Adressaten zur Entgegennahme der Postsendung ermächtigten Dritten zugegangen ist (BGer 5D_88/2011 vom 14. September 2011 unter Hinweis auf 122 III 316 Erw. 4b S. 320 mit Hinweisen; BGE 122 I 139 Erw. 1 S. 143 mit Hinweisen; BGer 2C_82/2011 vom 28. April 2011 Erw. 2.3; vgl. auch Ziff.2.5.6 der allgemeinen Geschäftsbedingungen "Postdienstleistungen" für Privatkunden vom Juni 2018 der Post CH AG, act. 13). Ausserdem gilt die Zustellung der Vorladung erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens sechzehn Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten persönlich zuzustellen (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Eine persönliche Zustellung hatte vorliegend nicht zu erfolgen. Eine förmliche Bevollmächtigung zur Entgegennahme der Postsendung braucht es nicht, wenn es sich um eine Person gemäss Art. 138 Abs. 2 Satz 1 ZPO handelt. Der Schuldner

behauptet lediglich, er habe I. _____ nicht bevollmächtigt. Mit dieser allgemeinen Behauptung, ohne weiteren Ausführungen zu den Wohnverhältnissen und zur Beziehung zu I. _____ und ohne Nennung von Beweismitteln, z.Bsp. von I. _____ als Zeugen, vermag der Schuldner die Zustellbescheinigung der Post (act. 7/10) nicht zu widerlegen, zumal I. _____ an der gleichen Adresse wie der Schuldner wohnt (act. 10 tel.search.ch). Damit ist gestützt auf den Zustellnachweis der Post (act. 7/10) von einer rechtmässigen Zustellung der Vorladung auszugehen. Der vorinstanzliche Entscheid konnte dem Schuldner per Einschreiben nicht zugestellt werden (act. 7/14/2). Da ihm die vorinstanzliche Vorladung zugestellt werden konnte (act. 7/10), hatte der Schuldner indes Kenntnis vom Verfahren, weshalb für die Zustellung des Urteils vom 7. August 2018 die Zustellfiktion zum Tragen kommt. Die Abholmeldung der Post datiert vom 9. August 2018 (act. 12 i.V.m. act. 7/14/2) und die Zustellung des Urteils an den Schuldner wird demnach auf den 16. August 2018 fixiert. Die 10tägige Beschwerdefrist lief unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Wochenenden (Art. 142 Abs. 3 ZPO) am 27. August 2018 ab. Auf Wunsch des Schuldners wurde ihm das Urteil nochmals per A-Post zugestellt (act. 7/16). Diese Zustellung erfolgte nicht fristauslösend für die Beschwerde, worauf der Schuldner von der Vorinstanz hingewiesen wurde (act. 7/17). Die Rechtsmitteleingabe des Schuldners trägt den Poststempel vom 27. August 2018 (act. 2 Couvert). Demnach erfolgte die Beschwerde rechtzeitig.

4. Der Schuldner stellte den prozessualen Antrag, ihm sei die Frist zur Einreichung weiterer Belege zum Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit einzuräumen. Da, wie bereits unter Ziffer 3 vorstehend erwähnt, die Beschwerdefrist nicht erstreckt werden darf, kann dem Schuldner keine Nachfrist zur Einreichung von Belegen für seine Zahlungsfähigkeit angesetzt werden (ZR 110/2011 Nr. 5; BGE 136 III 294; BGer 5A_606/2014 vom 19. November 2014). Das Fristerstreckungsgesuch ist deshalb abzuweisen.
5. 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. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen.

Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

6. Die Konkursforderung beläuft sich inklusive Zinsen, Spesen und Betreuungskosten auf Fr. 1'459.35 (act. 11). Der Schuldner weist nach, dass er am 27. August 2018 am Postschalter Fr. 1'759.35 für das Obergericht einbezahlt hat (act. 5/6). Dieser Betrag soll für die Konkursforderung bei der Obergerichtskasse hinterlegt werden. Damit soll die Konkursforderung vollumfänglich getilgt sein (act. 2 Ziff. 11). Dem kann nicht beigespflichtet werden. Der Schuldner übersieht, dass zu den zur Schuld gehörenden Kosten nebst den Betreuungskosten die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– sowie die beim Konkursamt Wädenswil entstandenen und noch entstehenden Kosten gehören. Die konkursamtlichen Kosten einschliesslich der erstinstanzlichen Spruchgebühr hätten beim Konkursamt Wädenswil hinterlegt werden können. Vorliegend hat der Schuldner bei der Obergerichtskasse Fr. 300.– zu viel hinterlegt und geht davon aus, damit seien die Kosten gedeckt (act. 2 Ziff. 11). Dieser Betrag reicht allerdings lediglich für die Deckung der vorinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 300.– (act. 6). Die Kosten des Konkursamtes sind damit noch nicht sichergestellt. Dies wurde auch nicht behauptet und eine schriftliche Bestätigung des Amtes wurde innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist dem Obergericht nicht eingereicht. Da sich die Konkursaufhebungsgründe innerhalb der Beschwerdefrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden müssen (Art. 174 Abs. 2 SchKG; BGE

139 III 491 Erw. 4), gelang es dem Schuldner somit nicht, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung nachzuweisen.

7. Unter diesen Umständen erübrigt es sich, die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zu prüfen. Zu bemerken ist lediglich, dass ein Schuldner allein mit dem Nachweis der Hinterlegung bzw. Tilgung der Forderung seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen könnte. Dies sagt über sein Zahlungsverhalten gegenüber den anderen Gläubigern und die Liquidität nämlich nichts aus. Der Schuldner hat weder einen Betreibungsregisterauszug noch Bankbelege über vorhandene Guthaben und Vermögenswerte eingereicht. Es fehlen auch Belege für seine behauptete Beratertätigkeit.

Es kann offen bleiben, ob der Schuldner für den Nachweis der Zahlungsfähigkeit sinngemäss ein Fristwiederherstellungsgesuch stellte, indem er geltend machte, aufgrund der in D._____ stattfindenden Chilbi seien die Behördenbüros geschlossen gewesen und die nachstehend erwähnten Beweismittel – allerdings werden keine genannt, sondern erwartet, dass das Gericht die erforderlichen Beweismittel verlange – hätten nicht eingereicht werden können (act. 2 Ziff. 14). Zu bemerken ist lediglich zum einen, dass es sich bei der 10tägigen Frist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG um eine SchKG-Frist handelt und deshalb für die Wiederherstellung Art. 33 Abs. 4 SchKG zur Anwendung käme. Zum anderen erschiene es völlig unglaubhaft und lebensfremd, dass die Chilbi zur Schliessung des Betreibungsamtes während der gesamten Kalenderwoche 34 geführt haben soll und auch Banken verhinderte, Belege zu den Konten auszustellen, wie es aber die Behauptung des Schuldners letztlich unterstellt.

8. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen. Es hat bei der Konkursöffnung zu bleiben.
9. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den bei ihr zugunsten der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 1'759.35 dem Konkursamt Wädenswil zu überweisen.

10. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird verfügt:

1. Das Gesuch um Fristerstreckung zur Nachreichung weiterer Belege zum Nachweis der Zahlungsfähigkeit wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr zugunsten der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 1'759.35 dem Konkursamt Wädenswil zu überweisen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wädenswil, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an die Betreibungsämter Wädenswil und Männedorf, 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:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
6. September 2018