

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110176-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 20. Oktober 2011

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B. \_\_\_\_\_ AG**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 19. September  
2011 (EK111392)

### Erwägungen:

1. Am 19. September 2011 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 5). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Mit Verfügung der Kammer vom 4. Oktober 2011 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 7). Ferner leistete die Schuldnerin am 26. September 2011 rechtzeitig den Kostenvorschuss von Fr. 750.– (act. 4/7).

2. Die Schuldnerin macht geltend, es sei zur Konkursöffnung gekommen, da sie gar keine Kenntnis über das Konkursverfahren gehabt habe (act. 1 S. 5 f.). Wie noch zu zeigen sein wird, geht die Schuldnerin irrtümlicherweise davon aus, die Vorladung für die Konkursverhandlung vom 19. September 2011 sei der C.\_\_\_\_\_ AG an der D.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in E.\_\_\_\_\_ (Sitz der Schuldnerin, vgl. act. 8) zwar zugestellt, aber anschliessend der Schuldnerin nicht weitergeleitet worden (act. 1 S. 5 f.).

Aus den vorinstanzlichen Akten (act. 6/1-8) ergibt sich, dass der Schuldnerin die Gerichtsurkunde mit der Vorladung an die Adresse gemäss Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürichs (act. 9; [A.\_\_\_\_\_ AG c/o B.\_\_\_\_\_ AG, D.\_\_\_\_\_ -Str. ..., E.\_\_\_\_\_]) nicht zugestellt werden konnte. Der Rückschein der Gerichtsurkunde wurde vielmehr mit dem Vermerk "weggezogen" retourniert (act. 6/4). Der zweite Zustellungsgesuch per Einschreiben an die F.\_\_\_\_\_ -Strasse ... in E.\_\_\_\_\_ (Privatadresse von G.\_\_\_\_\_ [Geschäftsführer der Schuldnerin]) verlief ebenfalls erfolglos (act. 6/5). Weitere Zustellungsversuche sind aus den Akten nicht ersichtlich. Schliesslich geht aus dem Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich vom 4. Oktober 2011 (act. 9) hervor, dass sich der Sitz der Schuldnerin nach wie vor an der D.\_\_\_\_\_ -Str. ... in G.\_\_\_\_\_ befindet (vgl. dazu auch act. 6/8 und act. 1 S. 1).

Gemäss ständiger Praxis der Kammer begründet die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner kein Prozessrechtsverhältnis (ZR 104 Nr. 43). Demnach musste die Schuldnerin im Konkursöffnungsverfahren nicht mit gerichtli-

chen Sendungen rechnen. Kommt eine an die letztbekannte Adresse gesandte Gerichtsurkunde mit dem Vermerk "weggezogen" zurück, kann sie daher nicht als zugestellt gelten (vgl. auch Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Dasselbe gilt für eine Zustellung an die Privatadresse eines Gesellschafters. Es lässt sich auch nicht als Zustellungsvereitelung auslegen, dass der Schuldnerin die Vorladung des Konkursrichters nicht zugestellt werden konnte. Indem das Konkursgericht die Konkursöffnung (act. 2 = act. 5) aussprach, ohne der Schuldnerin die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Konkursbegehren einzuräumen, missachtete es deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich.

3. An sich wäre die Sache zu erneuter Vorladung zur Konkursverhandlung und zur neuen Entscheidung an den Konkursrichter zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden, weil die Schuldnerin die Forderung der Gläubigerin zwischenzeitlich vollständig beglichen hat (act. 4/8; act. 4/4; act. 4/5) und auch die Kosten des Konkursamtes mit einem Barvorschuss sichergestellt sind (act. 4/6). Nach dem Gesagten besteht somit (sinngemäss) ein Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG. Bei dieser Sachlage ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die dem Konkursbegehren zu Grunde liegende Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters getilgt hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. Die erstinstanzliche Spruchgebühr ist der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursachte. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Spruchgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Für die Zusprechung einer Prozessentschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren an die Schuldnerin aus der Gerichtskasse fehlt es an der gesetzlichen Grundlage.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 19. September 2011, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr wird der Schuldnerin auferlegt. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Das Konkursamt H.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 1, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt H.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt I.\_\_\_\_\_, 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. M. Weibel

versandt am: