

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120151-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

## Urteil vom 25. September 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG**, Mitglied des Verwaltungsrates: **B.\_\_\_\_\_**,  
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**C.\_\_\_\_\_**, [Versicherungsgesellschaft]  
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 14. August 2012 (EK120065)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Die Schuldnerin, eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D.\_\_\_\_\_, ist seit dem tt. Juli 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Eintrag bezweckt sie im Wesentlichen das Planen und Ausführen von Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsanlagen. Einziges Mitglied des Verwaltungsrats ist B.\_\_\_\_\_ mit Wohnsitz in E.\_\_\_\_\_ (AG; act. 5).

Am 14. August 2012 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon für eine Forderung von Fr. 3'264.35 (Forderung inklusive Zins und Spesen) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 3 = act. 6/2).

Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte sie daraufhin mit Eingabe vom 23. August 2012 (eingegangen am 24. August 2012; act. 2; vgl. auch act. 10 und act. 11) dessen Aufhebung. Da lediglich die Tilgung der Konkursforderung (inklusive Zins und Spesen) nachgewiesen war, wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 24. August 2012 die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 7). Nach Eingang der vorinstanzlichen Akten wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 31. August 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt, unter Hinweis auf den Lauf der Rechtsmittel- und Kostenvorschussfrist (act. 11). Am 10. September 2012 wurde der Kostenvorschuss in der verlangten Höhe einbezahlt (act. 14 bzw. act. 16).

### **II.**

Mit Verfügung vom 24. August 2012 wurde der Schuldnerin in Anwendung von Art. 98 ZPO in Verbindung mit Art. 1 lit. c und Art. 96 ZPO sowie der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (LS 211.11) eine zehntägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 angesetzt (act. 7). Der Entscheid wurde an die im Handelsregister eingetragene und in der Beschwerde-

schrift angegebene Adresse in D. \_\_\_\_\_ versandt (act. 8/1). Von diesem Ort wurde die entsprechende Sendung offenbar an eine Adresse in F. \_\_\_\_\_ weitergeleitet (act. 8/1) und dort am 28. August 2012 zur Abholung gemeldet (act. 9). Als Rechtsmittelklägerin musste die Schuldnerin mit der Zustellung obergerichtlicher Entscheide rechnen. Diesfalls gilt eine eingeschriebene Sendung als am letzten Tag einer Frist von sieben Tagen ab Benachrichtigung als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO), in diesem Fall am 4. September 2012. Die Frist lief demnach am 14. September 2012 ab. Damit wurde der am 10. September 2012 geleistete Kostenvorschuss in der verlangten Höhe innert Frist geleistet (act. 14 bzw. act. 16). Auf das Rechtsmittel ist daher einzutreten.

### III.

1. Eine Konkursöffnung setzt die rechtzeitige Anzeige der gerichtlichen Verhandlung über das Konkursbegehren an die Parteien voraus (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt nach Art. 138 Abs. 1 ZPO durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. auch Art. 1 lit. c ZPO). Wie bereits gesehen, gilt eine nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht abgeholte eingeschriebene Postsendung als am siebten Tag nach erfolglosem Zustellungsversuch zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.

Aus den vorinstanzlichen Akten (act. 6/1-4) ergibt sich, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 14. August 2012 nicht zugestellt werden konnte. Das Couvert der Gerichtsurkunde wurde vielmehr mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert. Nach erneutem Eingang bei der Vorinstanz wurde am 2. Juli 2012 der Stadtmann D. \_\_\_\_\_ ersucht, der Schuldnerin die Vorladung bis spätestens 2. August 2012 auszuhändigen. Mit Schreiben vom 30. Juli 2012 sandte der Stadtmann dieses Gesuch an die Vorinstanz zurück und meldete, dass der Auftrag um Zustellung nicht habe erledigt werden können. Trotz mehreren Versuchen sei es nicht möglich gewesen, jemanden persönlich oder telefonisch zu erreichen. Beim letzten Versuch am 27. Juli 2012 seien die Räumlichkei-

ten der Schuldnerin am Sitz gemäss Handelsregistereintrag in D.\_\_\_\_\_ leer gewesen.

Gemäss ständiger Praxis der Kammer begründet die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners zur Zustellermöglichkeit gerichtlicher Entscheide. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss der Schuldner demnach nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und für die jederzeitige Entgegennahme gerichtlicher Postsendungen sorgen (ZR 104 Nr. 43; BGer 5A\_895/2011; BGer 5D\_130/2011; BGE 130 III 396). Demnach musste die Schuldnerin im vorliegenden Konkurseröffnungsverfahren nicht mit gerichtlichen Sendungen rechnen. Anzeichen für eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf das noch nicht begründete Prozessrechtsverhältnis (z.B. Indizien, die auf effektiven Zugang der Vorladung zur Konkursverhandlung oder mindestens der entsprechenden Abholungseinladung schliessen lassen, oder Indizien, die darauf schliessen lassen, dass der Empfänger vom Versuch wusste, ihm die Anzeige der Konkursverhandlung zuzustellen) finden sich in den Akten keine. Diesfalls muss die Vorladung zur Konkursverhandlung als erste, ein Prozessrechtsverhältnis begründende Zustellung entweder durch den Stadtammann oder die Polizei effektiv oder mittels öffentlicher Bekanntmachung erfolgen (vgl. zum Ganzen auch LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 52 bis 54). In den vorinstanzlichen Akten findet sich weder eine Bestätigung, wonach die Schuldnerin die Vorladung auf irgendeine Weise tatsächlich in Empfang genommen hätte, noch Unterlagen zu einer öffentlichen Bekanntmachung. Durch Aussprache der Konkurseröffnung ohne vorherige Möglichkeit der Schuldnerin zur Stellungnahme zum Konkursbegehren, wurde deren Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Der Entscheid betreffend Konkurseröffnung vom 14. August 2012 ist daher aufzuheben.

2. An sich wäre die Sache zu erneuter Vorladung zur Konkursverhandlung und neuem Entscheid an den Konkursrichter zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden, weil die Schuldnerin den Nachweis der Bezahlung der Konkursforderung (inklusive Zins und Kosten) bereits vor Konkurseröffnung innert

Rechtsmittelfrist erbracht hat (act. 4 und act. 15). Nach dem Gesagten besteht somit ein Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG. Bei dieser Sachlage ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Zahlung der dem Konkursbegehren zugrundeliegenden Schuld bereits vor dem Entscheid des Konkursrichters nachgewiesen hätte.

Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

#### IV.

Dem einzigen Verwaltungsrat der Schuldnerin, B.\_\_\_\_\_, wurde am 23. April 2012 der Zahlungsbefehl und am 22. Mai 2012 die Konkursandrohung zugestellt (act. 6/1). Gemäss Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamts D.\_\_\_\_\_ vom 16. August 2012 wurde die der Konkursforderung zugrundeliegende Betreibung Nr. ... am 18. Juni 2012 durch Zahlung erledigt (act. 4). Das Konkursbegehren der Gläubigerin datiert vom selben Datum (act. 6/1). Aufgrund dieser zeitlichen Abläufe konnte die Gläubigerin kaum von der Zahlung ihrer Forderung wissen und stellte daher das Konkursbegehren wohl zu Recht. Immerhin macht auch die Schuldnerin nichts Gegenteiliges geltend. Sie stellt sich vielmehr lediglich auf den Standpunkt, sie habe die Forderung gleichentags beglichen (act. 2). Damit hat die Schuldnerin die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.00 zu tragen, weil sie das Konkursverfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Die Gläubigerin hat für das erstinstanzliche Verfahren einen Kostenvorschuss geleistet (act. 3 S. 2 = act. 6/2 S. 2).

Hingegen fallen die zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufgrund des Verfahrensfehlers der Vorinstanz ausser Ansatz. Daher sind von dem von der Schuldnerin für das zweitinstanzliche Verfahren bei der Obergerichtskasse geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.00 zur Deckung der von der Gläubigerin bevorschussten Kosten des Konkursgerichts Fr. 500.00 an letztere auszuzahlen. Für die Zurechnung einer Prozessentschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren an die Schuldnerin aus der Gerichtskasse fehlt es an der gesetzlichen Grundlage.

Ebenso sind die beim Konkursamt D.\_\_\_\_\_ entstandenen Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 14. August 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Von dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.00 werden zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens Fr. 500.00 an die Gläubigerin ausbezahlt.

Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten fallen ausser Ansatz.

Die beim Konkursamt D.\_\_\_\_\_ entstandenen Verfahrenskosten werden auf die Staatskasse genommen.

3. Das Konkursamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'300.00 (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursrichter geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon und das Konkursamt D.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_, 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. K. Findeisen

versandt am: