

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120180-O/Z01

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

## Urteil vom 5. Oktober 2012

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. September 2012 (EK120211)

### **Erwägungen:**

1. Am 21. September 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Ferner leistete die Schuldnerin am 3. Oktober 2012 den gemäss Art. 98 ZPO zu erhebenden Kostenvorschuss von Fr. 750.– (act. 5/6).

Zur Begründung ihrer Beschwerde führt die Schuldnerin aus, sie habe die Konkursforderung mittlerweile bei der Gerichtskasse hinterlegt, was einen Konkurshinderungsgrund darstelle. Zudem habe die Vorinstanz durch die Konkurseröffnung trotz fehlender rechtsgültiger Vorladung ihr rechtliches Gehör verletzt. Es hätten zwar zwei Zustellungsversuche mittels Gerichtsurkunde stattgefunden, infolge Ferienabwesenheit habe sie die Vorladungen aber nicht entgegen nehmen können. Die Konkursverhandlung habe daher in ihrer Abwesenheit stattgefunden (act. 2).

2. Aus den Beilagen act. 5/8 und act. 5/9 ergibt sich, dass die Schuldnerin beide Gerichtsurkunden mit den darin enthaltenen Vorladungen nicht entgegengenommen hat und diese mit dem Vermerk "nicht abgeholt" dem Konkursgericht retourniert worden sind.

Gemäss ständiger Praxis der Kammer begründet die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner kein Prozessrechtsverhältnis (ZR 104 Nr. 43). Demnach musste die Schuldnerin im Konkurseröffnungsverfahren nicht mit gerichtlichen Sendungen rechnen. Kommt eine an die letztbekannte Adresse gesandte Gerichtsurkunde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück, kann sie daher nicht als zugestellt gelten (vgl. auch Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Es lässt sich auch nicht als Zustellungsvereitelung auslegen, dass der Schuldnerin die Vorladung des Konkursrichters nicht zugestellt werden konnte. Indem das Konkursgericht die Konkurseröffnung (act. 3) 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 das Konkursgericht zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden, weil die Schuldnerin die Forderung der Gläubigerin zwischenzeitlich vollständig bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 5/7) und auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichts mit einem Barvorschuss sichergestellt sind (act. 5/5). Nach dem Gesagten besteht somit (sinngemäss) ein Konkursverhinderungsgrund 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.

Mit der sofortigen Aufhebung der Konkursöffnung wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2) gegenstandslos.

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. Desgleichen sind die Kosten des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen (OGerZH PS110149 vom 23. August 2012). 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 Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. September 2012, 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. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.

4. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin und Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 500.– auszusahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Gläubigerin den von der Schuldnerin sichergestellten Betrag von Fr. 15'000.– auszusahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
7. 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: