

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130171-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## **Beschluss vom 16. Oktober 2013**

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. September 2013 (EK131421)

### **Erwägungen:**

1. Die Schuldnerin ist seit dem tt. November 1998 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag verfolgt sie umweltpolitische und soziale Ziele (vgl. act. 6). Mit Urteil vom 12. September 2013, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für zwei Forderungen der Gläubigerin von Fr. 12'517.80 und Fr. 4'539.90, jeweils nebst Zins zu 5 % seit 25. Februar 2013, Fr. 100.-- Mahnkosten, Fr. 100.-- Inkassokosten und Fr. 250.-- Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/8).

Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldnerin mit einer am 26. September 2013 dem Gericht persönlich überbrachten Eingabe vom 24. September 2013 rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 8/10). Sie verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben, und es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2). Den Kostenvorschuss von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren hatte die Schuldnerin bereits geleistet (vgl. act. 5). Ebenso hatte sie einen Betrag von Fr. 1'500.-- zur Sicherstellung der konkursamtlichen Kosten beim Konkursamt C.\_\_\_\_\_ hinterlegt (act. 4/3). Am 26. September 2013 reichte die Schuldnerin eine Beschwerdeergänzung ein (act. 9 und act. 10).

Nach dem Eingang der vorinstanzlichen Akten wurde der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 27. September 2013 (act. 11) einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Innert der ihr mit Verfügung vom 2. Oktober 2013 angesetzten Frist reichte die Gläubigerin keine Beschwerdeantwort ein (act. 14 und act. 15).

2. Die Schuldnerin macht geltend, sie habe erst nach der Eröffnung des Konkurses vom vorinstanzlichen Verfahren Kenntnis erhalten (act. 2 S. 2). Insbesondere habe sie keine Vorladung zur vorinstanzlichen Verhandlung erhalten (act. 10).

Den vorinstanzlichen Akten zufolge wurde am 9. August 2013 die Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung vom 12. September 2013 erlassen (act. 8/4). Die Sendung mit derselben wurde der Schuldnerin am 12. August 2013 zur Abholung gemeldet und am 20. August 2013 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an das Gericht zurückgesandt (act. 8/7). Eine zweite Zustellung der Vorladung erfolgte noch gleichentags per A-Post (vgl. den handschriftlichen Vermerk auf act. 8/7). Mangels eines Zustellungsnachweises ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin auch diese Vorladung nicht erhalten hat, wie es von ihr behauptet wird.

Stellt das Gericht eine Vorladung durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Gemäss der bundesrätlichen Botschaft zur ZPO entspricht diese Vorschrift bewährter Rechtsprechung (vgl. die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7307 Ziff. 5.9.2). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zustellungsfiktion lässt sich deshalb auf die ZPO übertragen. Demnach entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Diese prozessuale Pflicht entsteht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (vgl. zum Ganzen: BGE 138 III 227 mit Hinweisen). Die Konkursandrohung begründet kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Konkursgericht (BGE 138 III 229). Die Zustellung der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung vom 12. September 2013 kann somit nicht fingiert werden.

Indem die Vorinstanz die Konkurseröffnung aussprach, ohne dass sich die Schuldnerin bzw. ihr Vertreter im Rahmen der Verhandlung vom 12. September 2013 äussern konnte, wurde der Anspruch der Schuldnerin auf Wahrung des rechtlichen Gehörs missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht möglich, da für eine solche vorausge-

setzt wird, dass die Rechtsmittelinstanz sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 137 I 197 f. mit Hinweis auf BGE 136 V 117, Erw. 4.2.2.2 und BGE 133 I 201, Erw. 2.2). Im Rahmen dieses Verfahrens kann indessen lediglich unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache ist zur Vorladung der Parteien und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Klarheit halber ist die Schuldnerin ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie nunmehr Kenntnis vom vorinstanzlichen Konkursöffnungsverfahren und mit der neu zu ergehenden Vorladung zu rechnen hat.

3. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ ist anzuweisen, der Schuldnerin den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'500.-- auszuzahlen.
4. Bei diesem Ausgang sind für das Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben. Die Gläubigerin hat sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Schuldnerin mangelt es an einer Rechtsgrundlage.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. September 2013 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben.
3. Es wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, der Schuldnerin den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'500.-- auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. 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. F. Gohl Zschokke

versandt am: