

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS150010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

## Urteil vom 10. Februar 2015

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Dezember 2014 (EK141903)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) betreibt ein seit dem 22. Mai 2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenes Einzelunternehmen, welches den Transport von Waren (Import/Export) bezweckt (act. 5).

2. Mit Urteil vom 17. Dezember 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Beschwerdegegnerin) über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 7/8 [= act. 3] Dispositivziffer 1). Mit Beschwerde vom 21. Januar 2015 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Er macht geltend, dass er die Vorladung des Konkursgerichts zur Konkursverhandlung nicht erhalten habe.

3. Mit Präsidialverfügung vom 22. Januar 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Nach Eingang der vorinstanzlichen Akten (act. 7/1-11) wurde der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 23. Januar 2015 Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 10). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Beantwortung der Beschwerde.

### **II.**

1. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass dem Beschwerdeführer die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Die Vorinstanz hat die Konkursöffnungsverhandlung auf den 17. Dezember 2014, 10.00 Uhr, angesetzt (act. 7/3). Die am 21. November 2014 als Gerichtsurkunde an den Beschwerdeführer versandte Verhandlungsanzeige wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert. Ein zweiter Versand erfolgte nicht eingeschrieben, per A-Post (act. 7/5 und act. 7/7). Der Vorderrichter erachtete die

erfolgten Zustellversuche zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post an den Beschwerdeführer offenbar als rechtsgenügend und eröffnete – da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren – den Konkurs (act. 3). Da kein Zustellungsnachweis vorliegt, ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht in den Besitz der gerichtlichen Verhandlungsanzeige gelangt ist.

2. Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. In der Regel entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches den Parteien gebietet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104 Nr. 43) vermag indes die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt beim Konkursrichter noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten, mithin kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen; das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses – als neues Verfahren – in die Wege geleitet. Davon abzuweichen besteht kein Anlass (vgl. hierzu BGE 130 III 396).

3. Da der Beschwerdeführer mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, kann auch nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem der Vorderrichter die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon der Beschwerdeführer sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde dessen Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich, weshalb der angefochtene Entscheid wegen Verletzung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

4. Aufgrund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Beschwerde des Beschwerdeführers als begründet. In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Entscheid aus dem genannten formellen Grund aufzuheben und die Sache zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

5. Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten des Beschwerdeführers oder der Beschwerdegegnerin veranlasst wurde, sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Für eine Entschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl., Art. 107 N 26; BGE 139 III 471).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2014, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Das Verfahren wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zum neuen Entscheid an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Kosten des Konkursamts Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursamts Aussersihl-Zürich wird angewiesen, dem Beschwerdeführer den Betrag von Fr. 1'200.– auszubezahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an die Betreibungsämter Zürich 4 und 11, je gegen Empfangsschein.
8. 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. Graf

versandt am: