

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190174-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 21. Oktober 2019

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. September 2019 (EK191349)

### **Erwägungen:**

1.1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 5. September 2019 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung des Gläubigers von Fr. 6'000.– nebst Zins sowie Betreuungskosten von Fr. 191.60 (vgl. act. 3 = act. 6/11). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 26. September 2019 (Datum Poststempel) Beschwerde (act. 2). Mit Verfügung vom 27. September 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert (act. 7). Die Schuldnerin holte diese Sendung auf der Post nicht ab (act. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–15). Nach Einsichtnahme in dieselben wurde mit Verfügung vom 4. Oktober 2019 der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und es wurde dem Gläubiger Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 9). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

1.2. Die Schuldnerin beantragt sinngemäss die Aufhebung des Konkurses und bringt sinngemäss vor, sie sei nicht gehörig zur Konkurseröffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst und insbesondere nie Stellung nehmen können (act. 2).

2.1. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wird (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO, vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.

2.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die an die Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retournierte (act. 6/10). Eine erneute Zustellung erfolgte nicht bzw. nur per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 6/10).

2.3. Ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während der hängigen Verfahren mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Die Zustellung einer Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt vermag nach ständiger Praxis der Kammer jedoch kein solches Prozessrechtsverhältnis mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht zu begründen (vgl. ZR 104 Nr. 43 sowie OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012 E. II./2.; vgl. auch BGE 130 III 396). Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid über die Konkursöffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels ist in zweiter Instanz nicht möglich (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl., Art. 168 N 15).

2.4. Der Konkursöffnungsentscheid der Vorinstanz wurde der Schuldnerin bisher nicht zugestellt (vgl. 6/14). Von einer formellen, die Frist auslösenden Zustellung an die Schuldnerin durch die Kammer kann hier aus prozessökonomischen Gründen abgesehen werden, da der Entscheid wie gezeigt aufgrund der erheblichen Verfahrensmängel ohnehin aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Parteientzündigungen sind keine auszurichten (vgl. z.B. OGer ZH PS170167 vom 11. August 2017 E. 3.2).

4. Für den Fortgang des Verfahrens, namentlich eine Vorladung für eine weitere Konkursverhandlung, wird davon auszugehen sein, dass die Schuldnerin jetzt vom Verfahren weiss. Wenn sie die an sie gerichteten gerichtlichen Sendungen nach wie vor nicht abholt, gelten diese als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. September 2019, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und die Sache wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
  - die Parteien,
  - die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
  - das Konkursamt Hottingen-Zürich,ferner an
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
  - das Betreibungsamt Zürich 7,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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:  
22. Oktober 2019