

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210137-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## **Beschluss und Urteil vom 26. Juli 2021**

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Juli 2021 (EK211010)

### **Erwägungen:**

1.

Mit Urteil vom tt.mm.2021 eröffnete das Konkursgericht Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 12'222.65 nebst Zins zu 5 % seit 15. Dezember 2020 sowie Betreuungskosten von Fr. 310.20 (act. 5 [= act. 3 = act. 6/9]). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sie macht geltend, sie habe keine Kenntnis von der Konkursverhandlung gehabt; die Forderung sei mittlerweile beglichen worden und die Gläubigerin habe das Konkursbegehren zurück gezogen (act. 11). Die Akten des Konkursgerichtes wurden beigezogen (act. 6/1-11).

2.

2.1. Mit der Beschwerde können unter anderem auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie z.B. die nicht oder nicht richtig erfolgte Vorladung zur Verhandlung des Konkursrichters – gerügt werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 7).

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

2.3. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 13. Juli 2021 am 16. Juni 2021 mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde (act. 5). Die Zustellung gelang jedoch nicht; die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert (act. 8). Die Zustellfiktion von Art. 138 ZPO greift nicht, da die Schuldnerin in je-

nem Zeitpunkt nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 4b; BGE 138 III 225 E. 3.2.). Offenbar wurde die Vorladung der Schuldnerin noch per A-Post zugesandt (act. 8), was jedoch für eine förmliche Zustellung ungenügend ist (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Damit hatte die Schuldnerin von der anstehenden Konkursverhandlung nicht nachweislich Kenntnis. Die Schuldnerin wurde somit nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkurseröffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

2.4. An sich wäre die Sache zur Neuansetzung resp. Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Mit Schreiben an die Vorinstanz vom 22. Juli 2021 teilte die Gläubigerin jedoch mit, sie ziehe das Konkursbegehren vollumfänglich zurück; auf telefonische Nachfrage hin bestätigte sie dies auch gegenüber dem Obergericht (act. 4/4; act. 8). In einer E-Mail an das Betreibungsamt führte sie dazu aus, ihre Schuld sei durch die Zahlung der Schuldnerin von Fr. 12'532.85 beglichen (act. 4/5). Unter diesen Umständen ist auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten. Aufgrund des Rückzugs des Konkursbegehrens ist das Konkursverfahren abzuschreiben.

### 3.

3.1. Das Konkursgericht zeigte den Parteien an, dass bei einer Verfahrenserledigung vor der Verhandlung eine reduzierte Gebühr von Fr. 200.– bis zum Verhandlungstermin zu zahlen sei (act. 6/4-5). Die vorinstanzliche Spruchgebühr ist deshalb auf Fr. 200.– festzusetzen und der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Das Konkursgericht ist anzuweisen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszu zahlen. Die beim Konkursamt entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvor-

schusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin Fr. 1'400.– auszuführen (vgl. auch OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 6.).

3.2. Kosten für das Beschwerdeverfahren sind nicht zu erheben, da diese ohne den Verfahrensfehler des Konkursgerichts nicht entstanden wären. Parteientschädigungen werden nicht verlangt.

4. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Entscheid.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom tt.mm.2021 aufgehoben.  
Das Konkursverfahren wird abgeschrieben.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Kosten des Konkursamtes werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursgericht wird angewiesen, den vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag von Fr. 400.– im Umfang von Fr. 200.– der Schuldnerin auszuführen.
7. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin

sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin Fr. 1'400.– auszuzahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, je gegen Empfangsschein.
9. 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. S. Kröger

versandt am: