

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS240095-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 31. Mai 2024

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Schuldnerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes  
Zürich vom 15. Mai 2024 (EK240691)**

### Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem tt.mm.1998 mit dem Einzelunternehmen "C.\_\_\_\_\_" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist im Handelsregister eingetragen "Führen eines Coiffeurgeschäftes" (act. 7).

1.2. Mit Urteil vom 15. Mai 2024 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 10/10 = act. 3 = act. 9 S. 1):

CHF	2'577.60	nebst Zins zu 5 % seit 12.09.2023
CHF	23.45	Kostenbeteiligung KVG 11/2022
CHF	68.60	Zinsen KVG
CHF	255.00	Mahngebühren KVG 03/2023-07/2023, Betreibungsgebühr KVG
CHF	165.80	Betreibungskosten

1.3. Mit Eingabe vom 23. Mai 2024 (Abgabedatum IncaMail) erhob der Schuldner bei der Kammer rechtzeitig Beschwerde gegen die vorinstanzliche Konkursöffnung (act. 2; act. 6/3 und act. 10/13). Mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 10/1-13). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Mit der Beschwerde können überdies auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie die nicht oder nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursrichters – ge-

rügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Der Schuldner beantragt die Aufhebung der Konkureröffnung. Er macht geltend, die Vorladung zur Konkursverhandlung sei ihm nicht ordnungsgemäss zugestellt worden (act. 2 S. 5). Weiter stellt sich der Schuldner auf den Standpunkt, dass eine erneute Ansetzung der Konkursverhandlung unterbleiben könne, da er die ausstehende Konkursforderung samt Zinsen und Kosten beim Obergericht hinterlegt habe (act. 2 S. 6).

3.

3.1. Eine korrekte Konkureröffnung 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; 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*.

3.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Verhandlung vom 15. Mai 2024, 9.30 Uhr, mit Gerichtsurkunde an den Schuldner verschickt wurde. Die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert. Gemäss handschriftlichem Vermerk auf dem Couvert wurde eine zweite Zustellung per A-Post vorgenommen (act. 6 und act. 9). Ob diese dem Schuldner zuging resp. er von der anstehenden Konkursverhandlung Kenntnis erlangt hatte, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten nicht; der Schuldner bestreitet es (act. 2 S. 5).

3.3. 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 des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden

muss. Die Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss der Schuldner nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (ZR 104 [2005] Nr. 43; vgl. auch BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht.

Die Konkursverhandlung muss den Parteien mindestens drei Tage im Voraus angezeigt werden (Art. 168 SchKG). Da sich nicht nachweisen lässt, wann bzw. ob der Schuldner die Vorladung erhalten hat, ist davon auszugehen, dass er nicht korrekt vorgeladen wurde und er vom laufenden Verfahren keine Kenntnis hatte. Dies steht der Konkursöffnung entgegen. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

3.4. Der Schuldner hat die Konkursforderung samt Zinsen, Mahngebühren und Kosten bereits am 9. April 2024 (im Teilbetrag) resp. am 3. Mai 2024 (den Endbetrag) beim Betreibungsamt Zürich 7 bezahlt (act. 5/2), daneben an das Konkursamt Hottingen-Zürich Fr. 1'200.00 (für dessen Kosten sowie die Kosten des Konkursgerichts) sichergestellt (act. 5/3) sowie an die Obergerichtskasse Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (vgl. act. 5/4 und act. 8). Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG erübrigt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Es ist so zu verfahren, wie wenn der Schuldner die Konkursforderung nicht nur bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts Zürich getilgt, sondern er dies dem Konkursgericht auch rechtzeitig mitgeteilt hätte resp. hätte mitteilen können. Ausgangsgemäss entfällt die Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

Das Gesagte führt zur Gutheissung der Beschwerde; das vorinstanzliche Urteil vom 15. Mai 2024 ist aufzuheben und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

Festzuhalten ist, dass damit bezüglich der Konkursöffnung zwar anders entschieden wird, als die Gläubigerin im vorinstanzlichen Verfahren beantragte und wie das Konkursgericht erkannte. Die Gläubigerin wird damit aber nur rein formell "beschwert". Da ihre Forderung samt allen Kosten – insbesondere auch der vorinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 400.00 (vgl. die nachfolgende Kostenregelung) – erfüllt ist, wurde entsprechend der ständigen Praxis der Kammer keine Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Der Gläubigerin ist jedoch mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel von act. 2 zuzustellen.

4.

Aufgrund des Verfahrensausgangs sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12; BGE 139 III 471).

Ebenfalls sind die Kosten des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 6.a; OGer ZH PS190051 vom 28. März 2019 E. 6). Jedoch hat der Schuldner die erstinstanzlichen Kosten zu tragen, da das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 2. April 2024 (act. 10/1) durch seine Zahlungssäumnis (resp. die vollständige Zahlung erst am 3. Mai 2024) verursacht wurde und das bereits eröffnete Konkursverfahren nicht mehr kostenlos hätte erledigt werden können (vgl. dazu OGer ZH PS190014 vom 11. Februar 2019 E. 3.1 m.w.H.). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist aber infolge des Verfahrensfehlers und der Anzeige der Vorinstanz, dass sich diese bei einer Verfahrenserledigung vor der Konkursöffnung bzw. der entsprechenden Konkursverhandlung auf Fr. 200.00 reduziere (vgl. act. 10/6 S. 2 Ziffer 5), auf den genannten Betrag festzusetzen. Die Differenz von Fr. 200.00 ist der Gläubigerin auszubezahlen. Damit die Gläubigerin den vollen von ihr an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.00 zurückerhält, ist das Konkursamt Hottlingen-Zürich überdies anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Betrag Fr. 1'600.00 an die Gläubigerin auszubezahlen. Der Restbetrag geht an den Schuldner.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Mai 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 200.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem von der Gläubigerin bezahlten erstinstanzlichen Kostenvorschuss bezogen. Der davon verbleibende Rest von Fr. 200.00 wird der Gläubigerin ausbezahlt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem Schuldner vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts den von ihm für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.00 auszuzahlen.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Die Kosten des Konkursamts Hottingen-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
7. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Fr. 1'200.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'600.00 und dem Schuldner den verbleibenden Restbetrag 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 Hottingen-Zürich, im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, 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. K. Würsch

versandt am:  
31. Mai 2024