

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS250083-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Beschluss und Urteil vom 4. April 2025

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 17. März 2025 (EK240921)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan: Schuldnerin) ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung seit dem tt.mm.2010 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt gemäss Handelsregisterauszug ... von verschiedenen Bauarbeiten. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin ist C. _____ (act. 6; vgl. act. 2 Rz. 5 f.).

1.2. Mit Urteil vom 17. März 2025 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gläubigerin) einschliesslich Zins und Betreuungskosten von total Fr. 11'339.75. Die Gerichtskosten von Fr. 200.– auferlegte die Vorinstanz der Schuldnerin, bezog sie aus dem von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– und überwies den Rest des Vorschusses dem mit dem Vollzug beauftragten Konkursamt Bassersdorf (fortan: Konkursamt; act. 3 = act. 8 [Aktenexemplar] = act. 9/10).

1.3. Dagegen erhob die Schuldnerin am 1. April 2025 rechtzeitig (vgl. act. 9; nachfolgende E. 2.1) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- " 1. Es sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. März 2025 (EK240921-C) vollumfänglich aufzuheben und das Konkursverfahren abzuschreiben.
2. Eventualiter: Es sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. März 2025 (EK240921-C) vollumfänglich aufzuheben und es sei die Sache an die Vorinstanz zwecks Neuansetzung und Wiederholung der Konkursverfahrens zurückzuweisen.
3. Subeventualiter: Es sei das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 17. März 2025 (EK240921-C) vollumfänglich aufzuheben und es sei das Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin um Eröffnung des Konkurses über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin abzuweisen.
4. Es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens der Schuldnerin und Beschwerdeführerin aufzuerlegen und es seien die Kosten des Konkursamtes und des zweitinstanzlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen, eventualiter seien die Kosten beider Instanzen und des Konkursamtes der Schuldnerin und Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

5. Es sei der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung für beide Verfahren zuzusprechen.

In prozessualer Hinsicht beantragt die Schuldnerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 9/1-16). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort ist aus noch darzulegenden Gründen zu verzichten (vgl. unten E. 3; Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abzuschreiben.

2.

2.1. Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG; vgl. auch Art. 326 Abs. 2 ZPO). Nebst den in Art. 174 Abs. 2 SchKG genannten Konkursaufhebungsgründen können im Beschwerdeverfahren auch Verfahrensfehler des Konkursgerichtes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Die Schuldnerin bemängelt, ihr sei die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht rechtskonform zugestellt worden. Art. 138 Abs. 2 ZPO schreibe vor, dass gerichtliche Urkunden (Vorladungen, Verfügungen, Entscheide) dem Adressaten oder einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person zuzustellen seien. Das SchKG sehe für die Zustellung von Betreuungsurkunden an juristische Personen bei der GmbH die Zustellung an ein Mitglied der Verwaltung sowie an Direktoren oder Prokuristen oder an einen Angestellten der GmbH vor (Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 SchKG). Vorliegend sei die Zustellung an den 13-jährigen Sohn ihres Geschäftsführers und Gesellschafters erfolgt. Dieser habe die Gerichtsurkunde irgendwo in der Wohnung abgelegt, ohne seinen Vater zu informieren. Die Vorladung sei heute unauffindbar. Der Sohn ihres Geschäftsführers und Gesellschafters sei weder Adressat der Verfügung noch mehr als 16 Jahre alt oder einer ihrer Angestellten. Die Zustellung sei

sowohl nach der massgebenden ZPO als auch nach SchKG unwirksam und ohne Rechtsfolge. Durch die mangelhafte Zustellung habe die Vorinstanz es der Schuldnerin verunmöglicht, an der Konkursöffnungsverhandlung teilzunehmen und die Betreuungsforderung samt Zinsen und Kosten rechtzeitig vor der Verhandlung zu tilgen (Art. 172 Ziff. 3 SchKG), um so den Konkurs abzuwenden. Sie habe der Schuldnerin das rechtliche Gehör verweigert. Der angefochtene Entscheid leide an einem Verfahrensmangel und sei vollumfänglich aufzuheben (act. 2 Rz. 11). Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Neuansetzung und Wiederholung der Konkursöffnungsverhandlung könne aber unterbleiben, da die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bereits getilgt und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, des Konkursamtes und der Beschwerdeinstanz sichergestellt seien. Die Beschwerdeinstanz könne die Tilgung feststellen und zusammen mit der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils das Konkursöffnungsverfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abschreiben (Art. 242 ZPO; act. 2 Rz. 12-15).

2.3. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Dabei handelt es sich um ein formelles Erfordernis der Konkursöffnung. Die Anzeige der Konkursverhandlung muss den Parteien vor ihrer Durchführung zugestellt werden. Nur so ist gewährleistet, dass das Verfahren unter Beachtung der verfassungsmässigen Garantien, insbesondere des Anspruchs auf rechtliches Gehör durchgeführt wird (BGE 138 III 225 E. 3.3). Die Beweislast für die ordnungsgemässe Zustellung trägt das Gericht. Es gelten – da es sich bei der Anzeige nicht um eine Betreuungsurkunde handelt – die Vorschriften von Art. 138 Abs. 1 bis 3 ZPO (BGer 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.1 f.). Demnach hat die Zustellung durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Sie gilt als erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten oder der Adressatin persönlich zuzustellen. Eine fehlerhafte Zustellung der Anzeige der Konkursver-

handlung entfaltet grundsätzlich keine Rechtswirkung und ist zu wiederholen. Das gilt bloss dann nicht, wenn dem Adressat aus der fehlerhaften Zustellung keine negativen Folgen entstehen, z.B. weil er auf andere Weise rechtzeitig Kenntnis von der Konkursverhandlung erlangt hat (BGer 5A_44/2021 vom 23. August 2021 E. 2.1.3; zur Zustellung an eine gem. Art. 138 Abs. 2 ZPO zur Entgegennahme nicht berechnete Person vgl. auch BSK ZPO-GSCHWEND, 4. Aufl. 2024, Art. 138 N 12).

2.4. Die Vorinstanz zeigte den Parteien mit Verfügung vom 13. Januar 2025 die Durchführung der Konkursverhandlung am 17. März 2025 an (act. 9/7). Gemäss der Sendungsverfolgung der Post wurde die als Gerichtsurkunde an die Domiziladresse der Schuldnerin versandte Verfügung von D. _____ entgegengenommen. Als Beziehung ist in der Sendungsverfolgung "Bevollmächtigter" angegeben (act. 5/6 = act. 9/8). Bei D. _____ handelt es sich, wie die von der Schuldnerin eingereichten Ausweisdokumente belegen, um einen 13-jährigen Knaben (act. 5/7/1+2). Ob die Gerichtsurkunde tatsächlich an D. _____ ausgehändigt wurde, erscheint aufgrund der Diskrepanz zwischen seiner Unterschrift auf seinem EU-/EFTA-Ausweis (act. 5/7/1) und der Unterschrift auf dem Empfangschein (act. 5/6) alles andere als gewiss. Mangels hinreichender gegenteiliger Anhaltspunkte muss dennoch davon ausgegangen werden. D. _____ erreicht die in Art. 138 Abs. 2 ZPO für die Zustellung an Hausgenossen und Angestellte vorgeschriebene Altersgrenze von 16 Jahren nicht, weshalb die Zustellung als nicht erfolgt gilt. Die Schuldnerin behauptet sodann, dass ihr Geschäftsführer und Gesellschafter von D. _____ nie über den Eingang der Gerichtsurkunde informiert wurde (vgl. vorstehende E. 2.2). Dafür spricht, dass die Schuldnerin die Konkursforderung bis am 17. März 2025 nicht beglich und ihrerseits auch niemand zur Konkursverhandlung erschien (Prot. Vi. S. 3). Zwar liessen sich diese beiden Umstände auch mit den von der Schuldnerin selbst behaupteten fehlenden Deutschkenntnissen ihres Geschäftsführers und Gesellschafters erklären (act. 2 Rz. 6). Ein eindeutiger Nachweis dafür, dass die Anzeige der Konkursverhandlung ihren Geschäftsführer und Gesellschafter erreichte, liegt jedoch nicht vor. Damit ist zugunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass keine wirksame Zustellung erfolgte und sie keine Kenntnis von der Konkursverhandlung hatte. Die Vorinstanz

sprach die Konkursöffnung demnach aus, ohne dass sich die Schuldnerin zum Konkursbegehren äussern konnte. Damit verletzte sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV). Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufgrund des Verfahrensmangels aufzuheben.

3. An sich wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese anzuweisen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin zu entscheiden (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Davon kann indes abgesehen werden. Die Schuldnerin weist nach, dass sie die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten beim Betreibungsamt Kloten vollumfänglich bezahlt hat (act. 5/8). Mit der Zahlung an das Betreibungsamt erlischt die Schuld (vgl. Art. 12 SchKG). Weiter leistete die Schuldnerin beim Konkursamt einen Kostenvorschuss von Fr. 700.–. Das Konkursamt bestätigte, dass damit die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichtes für die Konkursöffnung sichergestellt sind (act. 5/9). Zusammen mit dem Rest des Vorschusses, welchen die Vorinstanz dem Konkursamt überwies (Fr. 1'600.–, vgl. act. 8 Dispositiv-Ziffer 3), verfügt das Konkursamt über genügend Mittel, um der Gläubigerin den Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstaten. Unter diesen Umständen ist auf das Einholen einer Beschwerdeantwort und auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu nochmaliger Entscheidung über das Konkursbegehren zu verzichten (vgl. statt vieler: OGer ZH PS200052 vom 9. März 2020 E. 6b; OGer ZH PS180132 vom 31. Juli 2018 E. 5a).

4. Es ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid der Vorinstanz getilgt hätte. Für diesen Fall sieht Art. 172 SchKG vor, dass das Gericht das Konkursbegehren abweist und nicht, wie von der Schuldnerin im Hauptbegehren beantragt, abschreibt. Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ist für die Abweisung des Konkursbegehrens bei Zahlung der Konkursforderung samt Kosten und Zinsen vor der Konkursöffnung nicht erforderlich (vgl. Art. 172 Ziff. 3 und Art. 174 Abs. 2 SchKG). In Gutheissung des Subeventualbegehrens der Schuldnerin ist der angefochtene Entscheid deshalb aufzuheben und das Konkursbegehren der Gläubigerin abzuweisen. Die Vorinstanz belies die Gerichtsgebühr bei den in der Verfügung vom 13. Januar 2023

für den Fall des Zahlungsnachweises in Aussicht gestellten Fr. 200.– (vgl. act. 9/7). Hinsichtlich der Höhe der erstinstanzlichen Gerichtskosten besteht deshalb kein Anpassungsbedarf. Ebenfalls beizubehalten ist die Auflage der erstinstanzlichen Gerichtskosten an die Schuldnerin, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat (vgl. statt vieler OGer ZH PS110149 vom 23. August 2012 E. 3; OGer PS120214 vom 30. November 2012 E. V.; OGer PS240174 vom 13. September 2024 E. 4.1).

4.2. Hingegen wären die Kosten des Konkursamtes und des zweitinstanzlichen Verfahrens ohne die Gehörsverletzung im vorinstanzlichen Verfahren nicht angefallen und sind den Parteien nicht anzulasten (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Sie sind entsprechend auf die Staatskasse zu nehmen bzw. fallen ausser Ansatz. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 700.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 500.– auszuzahlen. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, der Schuldnerin den von ihr für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– (act. 5/5 und act. 7) vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts zurückzuerstatten.

4.3 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Die Schuldnerin hat zu Recht keine Parteientschädigung beantragt, da es für eine Parteientschädigung aus der Staatskasse an einer gesetzliche Grundlage fehlt (vgl. ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, Art. 107 N 26; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 107 N 12). Der Gläubigerin sind keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag der Schuldnerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 17. März 2025 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 200.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Sie wird aus dem vom Kostenvorschuss der Gläubigerin für die Spruchgebühr einbehaltenen Betrag in gleicher Höhe bezogen.
3. Die Kosten des Konkursamtes Bassersdorf werden auf die Staatskasse genommen.
4. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 700.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 500.– auszusahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin vorbehaltlich eines allfälligen Verrechnungsrechts den von ihr für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– auszusahlen.
7. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 samt Beilagenverzeichnis, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bassersdorf, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, die Grundbuchämter E._____, F._____, G._____, H._____ und I._____ sowie an das Betreibungsamt Kloten, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:
4. April 2025