

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180193-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 18. Oktober 2018

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. September 2018 (EK181319)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 19. September 2018 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 6'432.80 zzgl. 5% Zins ab 8. Juni 2018 und Fr. 181.50 sowie Betreuungskosten von Fr. 156.60 (vgl. act. 7 [= act. 3 = act. 8/9]). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 1. Oktober 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 8/12). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und bringt im Wesentlichen vor, sie sei nicht gehörig zur Konkurseröffnungsverhandlung vorgeladen worden und habe daher vom Konkursverfahren nichts gewusst (vgl. act. 2 Rz 11-18).

Mit Verfügung vom 2. Oktober 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (vgl. act. 9). Diese Frist liess die Gläubigerin unbenutzt verstreichen, weshalb das Verfahren androhungsgemäss ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen ist (vgl. Art. 147 ZPO). Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin wurde verzichtet. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. 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. Letzteres ist dann der Fall, wenn ein sog. Prozessverhältnis besteht.

Aus den beigezogenen erstinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass die Post dem Konkursgericht die der Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde versandte Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retournierte (vgl. act. 8/8/1 und act. 8/8/2). Eine erneute Zustellung der Vorladung

erfolgte nicht bzw. offenbar nur per A-Post (vgl. handschriftlicher Vermerk auf act. 8/8/1).

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 einer Konkursandrohung an den Schuldner 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 Zustellungsfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht. Die Anzeige der Konkursverfahrensbehandlung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid über die Konkursöffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Eine Parteienschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (BGE 139 III 471; URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 107 N 12).

Allfällige Kosten des Konkursamtes Zürich (Altstadt) sind ebenfalls auf die Staatskasse zu nehmen. Der beim Konkursamt Riesbach-Zürich einbezahlte Totalbetrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) ist der Vorinstanz (zwecks Wiederholung der Konkursverfahrensbehandlung und neuer Entscheidung) zu überweisen.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. September 2018, mit dem über die Schuld-

nerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und die Sache wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Vorinstanz (zwecks Wiederholung der Konkursverhandlung und neuer Entscheidung) zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an
  - die Parteien,
  - die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
  - das Konkursamt Zürich (Altstadt),
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
  - das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.
6. 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. O. Canal

versandt am:  
19. Oktober 2018