

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil vom 26. Juni 2013

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung**, Zweigstelle Deutschschweiz,  
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. Mai 2013 (EK130601)

**Erwägungen:**

**I.**

1. Mit Urteil vom 23. Mai 2013 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) über Fr. 635.50 nebst Zins zu 5 % seit 31. März 2012, Fr. 635.50 nebst Zinst zu 5 % seit 30. Juni 2012, Fr. 200.00 (Mahnkosten à 2 mal Fr. 100.00) sowie Betreuungskosten von Fr. 270.00 (act. 3).

2. Mit Eingabe vom 31. Mai 2013, beim Obergericht eingegangen am 3. Juni 2013, erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Urteil vom 23. Mai 2013 und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

"Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich (EK130601-L) sei aufzuheben und die Angelegenheit zur nochmaligen Beurteilung an das Bezirksgericht zurückzuweisen, unter richtiger Vorladung;

eventualiter sei sonst die Konkursöffnung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG aufzuheben;

dieser Beschwerde sei zudem aufschiebende Wirkung zu gewähren."

3. Mit Verfügung vom 3. Juni 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist angesetzt, um für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen (act. 8).

Der Vorschuss wurde fristgemäss geleistet (act. 10).

4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-9).

6. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Eine 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; 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. Die Vorinstanz hat die Verhandlung über das Konkursbegehren der Gläubigerin auf den 23. Mai 2013, 10:00 Uhr, angesetzt. Die Verhandlungsanzeige an die Schuldnerin wurde am 12. April 2013 eingeschrieben an ihre Adresse gemäss Handelsregister (...) versandt, von der Post indessen mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" retourniert. Eine zweite Zustellung an dieselbe Adresse erfolgte am 15. April 2013 per A-Post (act. 7/4). Auch diese Sendung wurde von der Post mit demselben Vermerk retourniert (act. 7/5).

Weitere Zustellversuche wurden durch die Vorinstanz gemäss Aktennotiz nicht vorgenommen, und in den Akten findet sich kein Zustellungsnachweis. Daher ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin mit Recht vorbringt, nicht in den Besitz der gerichtlichen Verhandlungsanzeige gelangt zu sein (act. 2 S. 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 Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zuge-

stellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss der Schuldner nach der Praxis der Kammer nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (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 Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt, weshalb der angefochtene Entscheid betreffend Konkursöffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

4. Vorliegend fällt weiter in Betracht, dass die Vorinstanz offenbar den auf Zahlungsbefehl und Konkursandrohung unter der Adresse der Schuldnerin angebrachten Hinweis auf die von der Schuldnerin angegebene Zustelladresse "B.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]" übersah (vgl. act. 7/2/1-2). Erst nachdem auch die Zustellung des angefochtenen Entscheids an die Adresse der Schuldnerin gemäss Handelsregister scheiterte, bemerkte die Vorinstanz das Versehen und stellte den Entscheid an die Zustelladresse zu (act. 7/8-9). Die Schuldnerin stellt sich zu Recht auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz sich an die angegebene Zustelladresse hätte halten müssen (vgl. Art. 137 ZPO). Ob die Parteivertretung sich auf die Prozessführung oder, wie vorliegend, bloss auf die Entgegennahme von Schriftstücken bezieht, ist unerheblich. Aus der insoweit mangelhaften Zustellung darf der vertretenen Partei kein Nachteil entstehen. Die Zustellung allein an den privat Vertretenen statt an den Vertreter ist daher nichtig (vgl. ZK ZPO-Staehelin, 2. Auflage 2013, Art. 137 N 3 f.).

5. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaligem Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung inkl. Kosten und Zinsen am 29. Mai 2013 mit Zahlung an das Betreibungsamt getilgt (Bestätigung des Betreibungsamts Zürich 1 vom 29. Mai 2013 über den Erhalt von Fr. 1'825.05 für die vorliegende Betreuung, act. 4/4). Zudem hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr mit

der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 1'700.00 beim Konkursamt Zürich ... sichergestellt. Nach der Bestätigung des Konkursamtes genügt dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamts und die erstinstanzliche Entscheidgebühr sicherzustellen (act. 4/5-6).

Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde ohne weiteres aufzuheben.

### III.

1. Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene Spruchgebühr von Fr. 400.00 ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie der Gläubigerin mit ihrer Zahlungssäumnis begründeten Anlass zum Konkursbegehren gegeben hat (vgl. OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. V.).

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes Oerlikon-Zürich sind auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. auch dazu PS120214 vom 30. November 2012, E. V.). Für eine Parteientschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-Jenny, 2, Auflage 2013, Art. 107 N 26; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 12).

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

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 23. Mai 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.

4. Die Kosten des Konkursamtes Zürich ... werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt Zürich ... wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.00 (Fr. 1'700.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin Fr. 1'300.00 auszusahlen.
6. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich ..., ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.
8. 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:

lic. iur. T. Engler

versandt am: