

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS240099-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw S. Ursprung

## Urteil vom 18. Juli 2024

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes  
Horgen vom 21. Mai 2024 (EK240121)**

### **Erwägungen:**

1. Mit Eingabe vom 17. April 2024 stellte die Gläubigerin ein Konkursöffnungsbegehren gegen die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz; act. 9/1). Die Vorinstanz lud die Parteien am 22. April 2024 zur Konkursöffnungsverhandlung vom Dienstag, 21. Mai 2024, vor (act. 9/4). Diese Vorladung wurde für die Beschwerdeführerin gemäss Empfangsbestätigung am 24. April 2024 an "C.\_\_\_\_\_" zugestellt (act. 9/5). Am 21. Mai 2024 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über die Beschwerdeführerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 7'184.55 zuzüglich Fr. 300.– Rechtsöffnungskosten und Fr. 156.40 bisherige Betreuungskosten (act. 3 = act. 8 [Aktenexemplar] = act. 9/8). Dieser Entscheid wurde für die Beschwerdeführerin gemäss Empfangsbestätigung am 22. Mai 2024 wiederum von "C.\_\_\_\_\_" entgegengenommen (act. 9/9/1).

2. Mit Beschwerde vom 3. Juni 2024 gelangte die Beschwerdeführerin an die Kammer und beantragt die Aufhebung des Konkursentscheids und Abweisung des Konkursbegehrens (act. 2). Mit Verfügung vom 5. Juni 2024 (act. 12) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdegegnerin Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Diese liess sich nicht vernehmen (act. 13/2). Der mit derselben Verfügung einverlangte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.– wurde rechtzeitig geleistet (act. 13/1 und 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1–12). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht zusammengefasst geltend, vom laufenden Konkursverfahren keine Kenntnis gehabt zu haben. Die Einladung zur Konkursverhandlung sowie das Urteil betreffend Konkursöffnung seien nicht an eine für die Beschwerdeführerin bevollmächtigte Person ausgehändigt worden, sondern an eine Frau C.\_\_\_\_\_, Mitarbeiterin eines im Erdgeschoss derselben Liegenschaft domizilierten Unternehmens, nämlich der "D.\_\_\_\_\_ GmbH". Die Beschwerdeführerin selbst verfüge im Gebäude nur über einen Briefkasten, nicht jedoch über Geschäftsräumlichkeiten. Sowohl für den Zahlungsbefehl als auch die Konkursandrohung sei ihr eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt worden

und die Sendungen seien danach von ihrem Geschäftsführer persönlich bei der Post abgeholt worden. Für die Vorladung zur Konkursverhandlung sei der Postbeamte nicht auf diese bewährte Art und Weise vorgegangen (act. 2 Rz. 24 ff.).

3.2 Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wird (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO, vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Gemäss Art. 138 Abs. 2 ZPO ist auf diese Weise auch eine sog. Ersatzzustellung an eine angestellte oder im gleichen Haushalt lebende mindestens 16 Jahre alte Person möglich, solange das Gericht keine persönliche Zustellung verlangt. Bei einer Zustellung an eine juristische Person an deren Sitz oder Geschäftsniederlassung hat diese an den Adressaten, eine im Handelsregister eingetragene Person oder eine andere zur Vertretung berechnigte Person, und subsidiär an einen Angestellten zu erfolgen (vgl. BK ZPO-FREI, Art. 138 N 11 und N 15; KUKO ZPO-WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 138 N 3). Das Ziel dieser Regelung ist, dass gerichtliche Sendungen in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die für die Gesellschaft handeln können (BGer, 5A\_268/2012 vom 12. Juli 2012, E. 3.4). Deshalb ist im Falle einer Ersatzzustellung wenigstens eine ausdrückliche, stillschweigende oder wenigstens sich aus den Umständen ergebende Bevollmächtigung des Angestellten vorzusetzen. Grundsätzlich darf eine spezifisch mit der Büro-, Sekretariats- oder Logenarbeit betraute angestellte Person als empfangsberechtigt eingestuft werden (BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD, 3. Aufl. 2018, Art. 44 N 30; vgl. auch BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 138 N 12; HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 43; a.M.: ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 5; BK ZPO-FREI, Art. 138 N 12).

3.3 Die Beschwerdeführerin behauptet, die entgegennehmende Person, Frau C.\_\_\_\_\_, sei weder im Handelsregister eingetragen noch von der Beschwerdeführerin angestellt, sondern Mitarbeiterin einer anderen, ebenfalls im selben Gebäude domizilierten Firma namens "D.\_\_\_\_ GmbH". Damit sei sie zur Entgegennahme von Gerichtsurkunden für die Beschwerdeführerin nicht bevollmächtigt.

tigt (vgl. E. 3.1 vorstehend). Dies belegt sie mit einer schriftlichen, von C.\_\_\_\_\_ unterzeichneten Erklärung sowie mit Lohnabrechnungen von C.\_\_\_\_\_ (act. 5/7 sowie act. 5/11–12). Nach einem allgemeinen Grundsatz im Verfahrensrecht muss das Gericht den Beweis für seine Zustellungen sicherstellen.

Wie vorstehend erwähnt, wurden die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung wie auch das Urteil vom 22. Mai 2024 an eine Person namens "C.\_\_\_\_\_" zugestellt, wobei der Postangestellte sie als "Angestellter (Domizil-Zustellung)" bezeichnete (vgl. vorstehend E. 1). Es ist angesichts der Erklärung von C.\_\_\_\_\_ (act. 5/11), der Belastungsbestätigungen der Zuger Kantonalbank betreffend die ihr von der D.\_\_\_\_\_ GmbH ausgerichteten Salarzahlungen (act. 5/12) und dem Umstand, dass die "D.\_\_\_\_\_ GmbH" an derselben Adresse wie die Beschwerdeführerin domiziliert ist (act. 5/7), davon auszugehen, dass es sich bei "C.\_\_\_\_\_" nicht um eine Angestellte der Beschwerdeführerin handelt und die Sendung für die Beschwerdeführerin damit nicht an eine zur Entgegennahme von Postsendungen für die Beschwerdeführerin bevollmächtigte Person übergeben wurde. Nach dem Gesagten liegt keine Ersatzzustellung an eine zum Empfang berechtigte Person im Sinne von Art. 138 Abs. 2 ZPO vor. Alleine der Umstand, dass der Postbote den Vermerk "Angestellter" angebracht hat, reicht zum Beweis der korrekten Zustellung an die Beschwerdeführerin nicht aus (vgl. act. 9/5). Damit ist nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin gehörig zur Konkursverhandlung vorgeladen wurde. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin in anderer Hinsicht konkrete Kenntnis von der Konkursverhandlung erlangt hätte.

3.4 Infolgedessen wäre die Beschwerde nach Anhörung der Beschwerdegegnerin wohl gutzuheissen, der angefochtene Entscheid wegen Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör aufzuheben und die Sache zur Durchführung einer neuen Verhandlung und Fällung eines neuen Entscheides an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.5. Derartige Weiterungen erübrigen sich indes, da die Beschwerdeführerin belegt, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von Fr. 7'697.70 zwischenzeitlich bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (vgl. act. 2

Rz. 52 ff.; act. 5/15). Es rechtfertigt sich, zur Vermeidung eines unnötigen Leerlaufs diese Zahlung zu berücksichtigen (vgl. OGer ZH, PS190014 vom 11. Februar 2019, E. 2.3). Die Schuld gilt gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG als getilgt. Der entsprechende Betrag ist der Beschwerdegegnerin auszubezahlen. Die vorgängige Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts ist in der vorliegenden Konstellation nicht vorausgesetzt, zumal die Kosten des Konkursamts auf die Staatskasse zu nehmen sind und die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens gedeckt sind (vgl. untenstehende E. 4). Unter diesen Umständen kann auch die Frage der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin offen bleiben. Demnach ist das Urteil der Vorinstanz in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und das Konkursbegehren ohne Weiteres abzuweisen.

4. Aufgrund des Verfahrensausgangs sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen, da es zum einen an einem Antrag und zum andern an einem Anspruch fehlt und insbesondere der Beschwerdegegnerin keine wesentlichen Umtriebe entstanden sind. Die Kosten des Konkursamts sind 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 die Beschwerdeführerin die erstinstanzlichen Kosten zu tragen, da das Konkursbegehren durch ihre Zahlungssäumnis 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 infolge des Verfahrensfehlers und der Anzeige der Vorinstanz, dass sich diese bei einer Verfahrenserledigung vor der Konkurseröffnung bzw. der entsprechenden Konkursverhandlung auf Fr. 100.– reduziere (vgl. act. 5/16 Ziffer 5), auf den genannten Betrag zu reduzieren. Die Vorinstanz ist anzuweisen, die dadurch vom von der Beschwerdegegnerin geleisteten Vorschuss übrigbleibenden Fr. 200.– an diese auszuführen. Da für die Abweisung des Konkursbegehrens durch das zweitinstanzliche Gericht vorausgesetzt ist, dass der Beschwerdegegnerin sämtliche ihr entstandenen Kosten, mithin auch der Gesamtbetrag des von ihr bei der Vorinstanz geleisteten Kostenvorschusses, erstattet werden, sind dem Konkursamt Fr. 100.– zu überweisen. Das Konkursamt ist anzuweisen, sobald der Betrag von

Fr. 100.– von der Obergerichtskasse eingetroffen ist, den bei ihr einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.– der Beschwerdegegnerin auszuzahlen. Der bei der Obergerichtskasse einbezahlte Kostenvorschuss ist der Beschwerdeführerin – vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts – auszuzahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. Mai 2024 mit dem der Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens wird auf Fr. 100.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und aus dem von der Beschwerdegegnerin bezahlten erstinstanzlichen Kostenvorschuss bezogen. Der davon verbleibende Rest von Fr. 200.– wird vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts der Beschwerdegegnerin ausbezahlt.
3. Die Kosten des Konkursamts Horgen werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag Fr. 7'697.70 der Beschwerdegegnerin auszubezahlen und Fr. 100.– an das Konkursamt Horgen zu überweisen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Beschwerdeführerin vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts den für das zweitinstanzliche Verfahren geleisteten Kostenvorschuss von insgesamt Fr. 750.– auszuzahlen.
7. Das Konkursamt Horgen wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.– (Fr. 100.– [Überweisung von der Obergerichtskasse] sowie Fr. 1'500.– [Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursge-

richt geleisteten Vorschusses]) der Beschwerdegegnerin auszuzahlen. Ein allfälliger Restbetrag wäre der Beschwerdeführerin auszuzahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Horgen, im Urteilsdispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, 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:

MLaw S. Ursprung

versandt am: