

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin  
MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 26. Februar 2019

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1. \_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin PhD, lic.  
iur., LL.M. X2. \_\_\_\_\_,

gegen

**B. \_\_\_\_\_ Sammelstiftung für Personalvorsorge,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 6. Februar 2019 (EK181990)

### Erwägungen:

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_, welche in erster Linie die Erbringung und das Anbieten von Dienstleistungen im Bereich Kommunikation, Marketing und Unternehmensberatung sowie von sämtlichen Dienstleistungen im IT-Bereich, wie z.B. Hardware-Verkauf/-Installation/-Support und Softwareschulung bezweckt (act. 8).

2.1 Mit Urteil vom 6. Februar 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7 [= act. 3 = act. 7/12]):

CHF	26'552.15	nebst Zins zu 5 % seit 23.08.2019
CHF	715.70	Zinsen
CHF	500.00	Umtriebsentschädigungen
CHF	207.60	Betriebskosten

2.2 Am 18. Februar 2019 erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 7/15) Beschwerde gegen dieses Urteil und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 20. Februar 2019 einstweilen erteilt (act. 9).

3.1 Die Schuldnerin begründet ihre Konkursbeschwerde in erster Linie damit, dass ihr die Vorladung zur vorinstanzlichen Konkurseröffnung nicht ordnungsgemäss eröffnet worden sei (act. 2 S. 5 ff., Rz. 8 ff.).

3.2 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden. Diese sind von der

Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7). 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 *ingeschriebene* Postsendung oder auf andere Weise *gegen Empfangsbestätigung* (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO).

3.3 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7/1-19) ergibt sich, dass die am 7. Januar 2019 der Post übergebende Gerichtsurkunde des Zustellversuchs für die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 6. Februar 2019 am 23. Januar 2019 mit dem Vermerk "*nicht abgeholt*" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 7/9). Gemäss Vermerk der Vorinstanz auf dem Umschlag der retournierten ersten Sendung erfolgte in der Folge am 23. Januar 2019 eine zweite Zustellung der Vorladung per A-Post (act. 7/10). Zu dieser macht die Schuldnerin geltend, sie habe diese Sendung nie erhalten und habe keine Kenntnis von der Konkursverhandlung gehabt (act. 2 S. 6, Rz. 14).

3.3.1 Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, *sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste*. Indes begründet die Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt mit Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht der Schuldnerin, dafür zu sorgen, dass ihr gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss die Schuldnerin nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (ZR 104 Nr. 43; BGE 130 III 396). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall hinsichtlich des ersten Zustellversuchs vom 7. Januar 2019 nicht, da die Schuldnerin nicht mit der Zustellung einer gerichtlichen Sendung rechnen musste.

3.3.2 Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden durch gewöhnliche Post ist aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 138 Abs. 1 ZPO ausge-

schlossen. Eine formwidrige Zustellung zeitigt keine Rechtswirkungen und muss wiederholt werden, wobei die Unwirksamkeit von Amtes wegen zu beachten ist. Ausnahmsweise kann der Mangel geheilt werden, wenn der Adressat von der Zustellung dennoch Kenntnis erlangt und er durch die mangelhafte Zustellung keine Rechtsnachteile erleidet (vgl. dazu etwa LUKAS HUBER, Dike Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N 24, 71). Vorliegend ist dies für die zweite, uneingeschrieben erfolgte Zustellung der Vorladung zur Verhandlung vom 6. Februar 2019 nicht der Fall, hatte die Schuldnerin von der anstehenden Konkursverhandlung doch nicht aktenkundig von deren Durchführung Kenntnis und erlitt sie durch die Konkursöffnung einen erheblichen Rechtsnachteil.

Folglich wurde die Schuldnerin nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkursöffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

4. Die Schuldnerin hat die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten (Betreibung-Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 5) bereits am 16. Januar 2019 zuhanden der Gläubigerin an das Betreibungsamt bezahlt (act. 5/6). Wie bereits in der Verfügung vom 20. Februar 2019 ausgeführt, ist es vor dem Hintergrund dieser Zahlung an das Betreibungsamt irrelevant, dass die Gläubigerin offenbar selbst der Meinung ist, es bestehe noch ein offener Saldo (vgl. act. 9 E. 2.3). Zudem hat die Schuldnerin am 12. Februar 2019 beim Konkursamt Aussersihl-Zürich Fr. 1'200.– zur Deckung der Kosten des Konkursamtes inkl. derjenigen des erstinstanzlichen Konkursverfahrens sichergestellt, weshalb der von der Gläubigerin geleistete Vorschuss von Fr. 1'800.– dieser vollständig zurückerstattet werden kann. Damit erübrigt sich die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts getilgt hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

5.1 Die Schuldnerin hat am 13. Februar 2019 für den Falle, dass die Kammer nicht von einer vollständigen Tilgung der Konkursforderung ausgehen sollte, durch D.\_\_\_\_\_, Mitglied des Verwaltungsrates der Schuldnerin, Fr. 3'000.– an die Obergerichtskasse überweisen lassen (act. 2 S. 11, Rz. 41; act. 5/17). Da – wie gesagt – von einer vollständigen Tilgung der Konkursforderung auszugehen ist, ist dieser Betrag der Schuldnerin – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – zurückzuerstatten.

5.2 Sodann hat die Schuldnerin der Obergerichtskasse am 18. Februar 2019 Fr. 28'849.60 überwiesen (act. 5/20) und das Obergericht ausdrücklich ermächtigt, diese Hinterlegung für die Begleichung ihrer Schulden zu verwenden (act. 2 S. 16, Rz. 67). Der entsprechende Betrag ist deshalb zur Tilgung der noch offenen Betreuungsschulden der Schuldnerin dem Betreibungsamt Zürich 5 zu überweisen.

6. Die erstinstanzlichen Kosten sind der Schuldnerin aufzuerlegen, da ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Eine Entschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (vgl. etwa ADRIAN URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016 Art. 107 N 13 ZPO m.w.H.). Die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich sind ebenfalls auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. OGer ZH PS110149 vom 23. August 2011 E. 3.).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Februar 2019 (EK181990), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 3. Dezember 2018 wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die aus dem Kostenvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Die Kosten des Konkursamtes Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin den von D.\_\_\_\_\_, Mitglied des Verwaltungsrats der Schuldnerin, bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrag von Fr. 3'000.– zurückzuerstatten. Vorbehalten bleibt das Verrechnungsrecht des Staates.  
Weiter wird die Obergerichtskasse angewiesen, den von der Schuldnerin bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 28'849.60 zur Tilgung der offenen Betreuungsschulden der Schuldnerin an das Betreibungsamt Zürich 5 zu überweisen.
6. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin und Fr. 1'400.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin Fr. 800.– auszuzahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an:
  - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2,
  - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
  - das Konkursamt Aussersihl-Zürich,
  - das Betreibungsamt Zürich 5 unter Hinweis auf Disp.-Ziffer 5,
  - die Obergerichtskasse unter Hinweis auf Disp.-Ziffer 5,
  - ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
27. Februar 2019