

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 5. Februar 2021

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Januar 2021 (EK201821)

### **Erwägungen:**

1.

Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 5. Januar 2021 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (vgl. act. 6). Mit Beschwerde vom 18. Januar 2021 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 19. Januar 2021 entsprochen (act. 11). Ferner leistete die Beschwerdeführerin unaufgefordert bei der Obergerichtskasse den üblicherweise erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.– (vgl. act. 13).

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Vorab hat das Gericht im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen, sofern entsprechende Rügen vorgebracht werden (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, sie habe keine vorgängige Anzeige zur Konkursverhandlung erhalten, wie sie gemäss Art. 168 SchKG vorgesehen sei. Die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung sei mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert worden. Am 7. Dezember 2020 sei gemäss der Auskunft der Kanzlei des Konkurs- und Nachlassgerichtes Zürich eine zweite Zustellung per A-Post erfolgt. Die Vorladung per A-Post habe die Beschwerdeführerin jedoch aus unbekanntem Gründen nicht erhalten (vgl. act. 2 S. 4f.).

2.3. Eine Konkursöffnung 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). Die für eingeschriebene Sendungen geltende Zustellungsfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) ist auf die Anzeige der Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) nicht anwendbar (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.2.). Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkurseröffnung erst aussprechen darf, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung der Schuldnerin durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtswibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen muss, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (vgl. BGE 138 III 225 E. 3.3.).

2.4. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7) ist nicht ersichtlich, dass die Vorladung für die auf den 5. Januar 2021 angesetzte Konkursverhandlung dem Beschwerdeführer zugestellt wurde oder eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte: Die gerichtliche Zustellung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" retourniert und für die zweite Zustellung per A-Post fehlt es an einem Zustellungsnachweis (vgl. act. 7/10 vgl. auch act. 5/4 und 5/5). In der Folge ist hier von einer nicht gehörigen Vorladung zur Konkursverhandlung auszugehen.

2.5. Demgemäss ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aus dem genannten formellen Grund aufzuheben. Folgerichtig wäre die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese einzuladen, die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorzuladen und alsdann über das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin zu entscheiden (vgl. Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Von diesem Vorgehen kann indes dann abgesehen werden, wenn die Beschwerdeführerin die in Betreuung gesetzte Konkursforderung (inklusive Zinsen und Kosten) bezahlt hat oder die Gläubigerin ihr Stundung gewährt hat, denn diese Umstände müssten nach der Rückweisung an das Konkursgericht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3

SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens führen. Das ist in der Folge zu prüfen. Auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist diesfalls zu verzichten, weil die Konkurseröffnung wegen eines Verfahrensmangels und nicht wegen einer der Aufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG aufzuheben ist (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 12).

2.6. Die Beschwerdeführerin weist mit dem Zahlungsbeleg über Fr. 2'409.05 vom 12. Januar 2021 die Bezahlung der Konkursforderungen samt Zinsen und Betreuungskosten an die Gläubigerin nach (vgl. act. 5/6 und act. 9). Sodann hat die Beschwerdeführerin am 18. Januar 2021 beim Konkursamt Riesbach-Zürich die Kosten des Konkursgerichts von Fr. 400.– sichergestellt, welche sie zu tragen hat (vgl. E. 3) und die hier somit einen Teil der Konkursforderung bilden (vgl. act. 5/7). Demnach ist vorliegend auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten und das Konkursbegehren abzuweisen.

3.

Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– ist der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat und das Konkursbegehren von der Beschwerdegegnerin zu Recht gestellt wurde. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Der bei der Obergerichtskasse als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren einbezahlte Betrag von Fr. 750.– ist der Beschwerdeführerin zurückzuzahlen. Die Obergerichtskasse ist entsprechend anzuweisen. Entsprechend sind auch die Kosten des Konkursamts Riesbach-Zürich auf die Staatskasse zu nehmen. Das Konkursamt Riesbach-Zürich ist sodann anzuweisen, der Beschwerdegegnerin die von ihr geleisteten Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen Betrag von Fr. 600.– (geleisteter Vorschuss für die Kosten des Konkursverfahrens abzüglich der Kosten von Fr. 400.– für das vorinstanzliche Verfahren) zurückzuzahlen. Für eine Prozessentschädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Januar 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Kosten des Konkursamtes Riesbach-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin einbezahlten Betrag von Fr. 750.– der Beschwerdeführerin zurückzuzahlen.
7. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin Fr. 600.– auszuzahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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 R. Jenny

versandt am:  
5. Februar 2021