

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220122-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichter Dr. E. Pahud
und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.
K. Würsch

Urteil vom 22. Juli 2022

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 12. Juli 2022 (EK221009)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11. Januar 2021 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die ... [Zweck] (act. 8).

1.2. Mit Urteil vom 12. Juli 2022, 11.00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 7/9 = act. 4 = act. 6 S. 1):

CHF	5'300.00	Forderung
	84.95	Zins zu 5 % seit 17.03.2022 bis 12.07.2022
CHF	175.50	ohne Zins
CHF	146.60	Betriebskosten
CHF	5'707.05	Total

1.3. Mit Beschwerde vom 20. Juli 2022 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sie belegt, am 18. Juli 2022 Fr. 5'721.45 bei der Obergerichtskasse hinterlegt, den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet und Fr. 2'000.00 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts sowie des Konkursverfahrens sichergestellt zu haben (act. 5/4-6). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-15). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie die nicht erfolgte oder nicht richti-

ge Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts – gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Die Schuldnerin beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung. Sie führt aus, keine vorgängige Anzeige zur Konkursverhandlung erhalten zu haben. Sie macht geltend, nichts von der Konkursverhandlung gewusst bzw. nicht ordnungsgemäss zu dieser vorgeladen worden zu sein (act. 2 S. 4 f.).

3.

3.1. Eine korrekte 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). 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*.

3.2. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 12. Juli 2022, 10.00 Uhr, mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde. Die Zustellung gelang nicht, die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert. Gemäss handschriftlichem Vermerk auf dem Couvert wurde eine zweite Zustellung am 1. Juli 2022 per A-Post vorgenommen (act. 7/8). Ob diese der Schuldnerin zuging resp. sie von der anstehenden Konkursverhandlung Kenntnis erlangt hatte, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Akten nicht; die Schuldnerin bestreitet es (act. 2 S. 4).

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 die Schuldnerin durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursverfahren 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 [2005] Nr. 43; vgl. auch BGE 130 III 396 E. 1.2.3). Die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO greift deshalb im vorliegenden Fall nicht.

Die Konkursverhandlung muss den Parteien mindestens drei Tage im Voraus angezeigt werden (Art. 168 SchKG). Da sich nicht nachweisen lässt, wann bzw. ob die Schuldnerin die Vorladung erhalten hat, ist davon auszugehen, dass sie nicht korrekt vorgeladen wurde und sie vom laufenden Verfahren keine Kenntnis hatte. Dies steht der Konkursöffnung entgegen. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

3.4. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten hinterlegt (act. 5/4) und daneben an das Konkursamt Wiedikon-Zürich Fr. 2'000.00 (für dessen Kosten) bezahlt sowie an die Obergerichtskasse Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (vgl. act. 5/5-6). Aus diesem Grund erübrigt sich die Einholung einer Beschwerdeantwort bzw. eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Hinterlegung nach Art. 172 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts Zürich getilgt hätte. Ausgangsgemäss entfällt die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. 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. Adrian Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO m.w.H.).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Juli 2022, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.00 wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.00 (Fr. 2'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 5'721.45 im Umfang von Fr. 5'707.05 an die Gläubigerin auszubezahlen und – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – in der Höhe von Fr. 14.40 an die Schuldnerin zurückzuerstatten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, je gegen Empfangsschein.
7. 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. K. Würsch

versandt am:
22. Juli 2022