

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170103-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 1. Juni 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.\_\_\_\_\_, Sammelstiftung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 24. Mai 2017 (EK170638)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 9. Dezember 2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die Ausführung von Parkettbaumontagen, die Projektierung und Ausführung von Neu-, Aus- und Umbauten und Renovationen von Liegenschaften sowie den Verkauf von Haustechnik, Baustoffen, Baumaterialien, Fertigelementen und vorgefertigten Bauprodukten (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 24. Mai 2017, 10.00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 7/6 = act. 3):

CHF	10'480.20	nebst Zins zu 5 % seit 01.01.2016 TZ von CHF 4'000.00 nebst Zins zu 5% seit 29.03.2017
CHF	500.00	Umtriebskosten Betreibungsbegehren
CHF	35.60	
CHF	248.20	Betriebskosten

1.3. Mit Beschwerde vom 29. Mai 2017 (überbracht) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Am 30. Mai 2017 hinterlegte sie Fr. 7'969.05 bei der Obergerichtskasse, leistete den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 und stellte 1'500.00 beim Konkursamt Oerlikon-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts sowie des Konkursverfahrens sicher (act. 8-9 und act. 10/1). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-7). Am 31. Mai 2017 überbrachte die Schuldnerin der Kammer eine weitere Eingabe samt Beilagen (act. 11 und act. 12/1-5). 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 Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre 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 – wie die nicht oder nicht richtige 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 Konkureröffnung. Sie führt aus, sie habe alles bezahlt und nicht gewusst, dass ein Konkursverfahren eröffnet worden sei. Damit macht sie sinngemäss geltend, nichts von der Konkursverhandlung gewusst bzw. nicht ordnungsgemäss zu dieser vorgeladen worden zu sein (act. 2).

3.

3.1. Eine korrekte Konkureröffnung 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 24. Mai 2017, 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 5. Mai 2017 per A-Post vorgenommen (act. 7/5). 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.

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 beglichen (act. 8) und daneben an das Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'500.00 (für dessen Kosten) bezahlt sowie an die Obergerichtskasse Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (vgl. act. 9 und act. 10/1). Aus diesem Grund 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 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 Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Mai 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
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 Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.00 (Fr. 1'500.00 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 einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 7'969.05 an die Gläubigerin auszubezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Oerlikon-Zürich und die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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:  
1. Juni 2017