

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160106-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan.

## Urteil vom 21. Juni 2016

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 17. Mai 2016 (EK160073)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Mit Urteil vom 17. Mai 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) über Fr. 26'500.– nebst Zins zu 5% seit 28. Oktober 2015, Fr. 367.10 Gläubigerkosten sowie Betreuungskosten von Fr. 220.60 (act. 3 = act. 7 = act. 8/10).

2. Mit Eingabe vom 6. Juni 2016, beim Obergericht eingegangen am 7. Juni 2016, erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Urteil vom 17. Mai 2016. Sie beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung und macht unter anderem geltend, vom Konkursverfahren nichts gewusst zu haben (act. 2 S. 5 Rz. 13).

3. Mit Verfügung vom 7. Juni 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-13). Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens wurden von der Schuldnerin mit Posteinzahlung vom 3. Juni 2016 vorgeschossen (act. 5/10). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### **II.**

1. 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). 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 (Zustellungsfiktion). Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerdefrist läuft ab der Zustellung des begründeten Entscheides (Art. 321 ZPO).

2. Die Vorinstanz hat die Verhandlung über das Konkursbegehren der Gläubigerin auf den 17. Mai 2016, 11:00 Uhr, angesetzt. Nachdem eine Zustellung durch den Stadtmannamt ... gescheitert war (act. 8/4-5B), wurde die Verhandlungsanzeige an die Schuldnerin am 20. April 2016 eingeschrieben an ihre Adresse gemäss Handelsregister (... [Adresse]) versandt, von der Post indessen mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 8/7).

Weitere Zustellversuche wurden durch die Vorinstanz nicht vorgenommen. Daher ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin mit Recht vorbringt, die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung vom 17. Mai 2016 nicht erhalten zu haben (act. 2 S. 5 Rz. 13). Anhaltspunkte für anderes liegen jedenfalls nicht vor.

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 den Schuldner durch das Betreibungsamt begründet mit Bezug auf ein allfälliges Konkursöffnungsverfahren beim Konkursgericht noch kein Prozessrechtsverhältnis und damit keine Pflicht des Schuldners, dafür zu sorgen, dass ihm gerichtliche Entscheide zugestellt werden können. Allein aufgrund der Konkursandrohung muss der Schuldner nach der Praxis der Kammer nicht jederzeit mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und in der Lage sein, gerichtliche Postsendungen entgegenzunehmen (vgl. ZR 104 Nr. 43 sowie OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. II./2.; vgl. auch BGE 130 III 396 sowie BGE 138 III 225). Die von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Zustellungsfiktion greift deshalb im vorliegenden Fall nicht.

Die Anzeige der Konkursöffnungsverhandlung gilt somit nicht als zugestellt. Die am 6. Juni 2016 bei der Post aufgegebenen Beschwerde gegen das Konkurskenntnis, welches die Schuldnerin am 26. November 2012 von einem Mitarbeiter des Konkursamtes erhalten zu haben erklärt (act. 2 S. 2 Rz. 2), ist daher als rechtzeitig entgegenzunehmen. Weiter ist der angefochtene Entscheid betreffend Konkursöffnung wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben.

4. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ansetzung einer neuen Verhandlung und zu nochmaliger Entscheid über das Konkursbegehren erübrigt sich. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung inkl. Kosten und Zinsen am 6. Juni 2016 mit Posteinzahlung an die Gläubigerin getilgt (vgl. Postquittung vom 6. Juni 2016, act. 5/8). Zudem hat die Schuldnerin die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts mit Bezahlung von Fr. 500.– beim Konkursamt Dübendorf sichergestellt. Nach der Bestätigung des Konkursamtes genügt dieser Betrag, um die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzliche Entscheidgebühr sicherzustellen (act. 5/9).

Die Voraussetzungen für eine Konkursöffnung sind daher heute nicht mehr erfüllt (Art. 172 Ziff. 3 SchKG). Entsprechend ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde ohne weiteres aufzuheben.

### III.

1. Die erstinstanzliche, aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene Spruchgebühr von Fr. 450.– ist trotz Gutheissung der Beschwerde der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie der Gläubigerin mit ihrer Zahlungssäumnis begründeten Anlass zum Konkursbegehren gegeben hat (vgl. OGer ZH PS120214 vom 30. November 2012, E. V.).

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes Dübendorf sind auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. auch dazu PS120214 vom 30. November 2012, E. V.). Für eine Parteient-

schädigung aus der Staatskasse fehlt eine gesetzliche Grundlage (ZK ZPO-JENNY, 3. Aufl. 2016, Art. 107 N 26; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 107 N 12).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 17. Mai 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.– wird der Schuldnerin auferlegt. Die Schuldnerin ist verpflichtet, der Gläubigerin den Barvorschuss von Fr. 450.– zu ersetzen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes Dübendorf werden auf die Staatskasse genommen.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
6. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin den Restbetrag auszuzahlen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dübendorf, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am:  
21. Juni 2016