

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS250095-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 23. April 2025

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 7. April 2025 (EK250464)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2021 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die Führung von Gastronomiebetrieben, insbesondere den Betrieb eines Restaurants und die Vermietung sowie den Verkauf von Objekten, wie Häuser, Wohnungen, Gewerberäume, Garagen, Parkplätze etc. (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 7. April 2025 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 10/9 = act. 3 = act. 9 S. 1; act. 14):

CHF	7'042.35	Forderung
CHF	119.60	Zins zu 5 % seit 04.12.2024 bis 07.04.2025
CHF	121.60	--
CHF	148.00	Betreibungskosten
CHF	7'431.55	Total

1.3. Mit Eingabe vom 10. April 2025 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin bei der Kammer rechtzeitig Beschwerde gegen die vorinstanzliche Konkursöffnung (act. 2; act. 10/12). Mit Präsidialverfügung vom 11. April 2025 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 7). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 10/1-12). Am 16. April 2025 (überbracht) reichte die Schuldnerin eine weitere Eingabe samt Beleg ein (act. 11-12). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 SchKG kann ein Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden (Abs. 1). Mit der Beschwerde können auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie die nicht oder nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts – gerügt werden (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7). Auf den Nachweis der Zahlungsfähigkeit wird gemäss Praxis des Obergerichtes verzichtet, wenn die

Schuldnerin zur vorinstanzlichen Verhandlung nicht korrekt vorgeladen wurde und dies in der Beschwerde gerügt wird.

2.2. Die Schuldnerin beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung und Abweisung des Konkursbegehrens der Gläubigerin. Sie macht geltend, die Vorladung zur Konkursverhandlung sei ihr nicht ordnungsgemäss zugestellt worden (act. 2 S. 3 und 5). Im Weiteren habe sie die ausstehende Konkursforderung samt Zinsen und Kosten beim Obergericht hinterlegt (act. 11 S. 2).

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 Verhandlung vom 7. April 2025, 9.30 Uhr, mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde. Die Vorladung vom 11. März 2025 wurde von der Post retourniert, nachdem sie bis am 20. März 2025 nicht abgeholt worden war. Gemäss handschriftlichem Vermerk auf dem Couvert wurde eine zweite Zustellung per A-Post vorgenommen (act. 10/6 und act. 10/8). Ob diese der Schuldnerin zuzuging resp. ob die Schuldnerin von der anstehenden Konkursverhandlung rechtzeitig 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 Konkursöffnungsverfahren 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 vor der Konkursverhandlung erhalten hat, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie korrekt vorgeladen wurde und sie vom laufenden Verfahren 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 zur Tilgung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 16. April 2025 Fr. 7'500.00 bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 12-13) und daneben beim Konkursamt Aussersihl-Zürich am 10. April 2025 Fr. 1'200.00 (für dessen Kosten sowie die Kosten des Konkursgerichts) sichergestellt (act. 5/10). Aufgrund des damit gegebenen Konkurshinderungsgrundes der Tilgung nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG erübrigt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Es ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die Konkursforderung nicht nur bereits vor dem Entscheid des Konkursgerichts Zürich getilgt, sondern sie dies dem Konkursgericht auch rechtzeitig mitgeteilt hätte resp. hätte mitteilen können. Ausgangsgemäss entfällt die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

Das Gesagte führt zur Gutheissung der Beschwerde; das vorinstanzliche Urteil vom 7. April 2025 ist aufzuheben und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

Festzuhalten ist, dass damit bezüglich der Konkursöffnung zwar anders entschieden wird, als die Gläubigerin im vorinstanzlichen Verfahren beantragte und wie das Konkursgericht erkannte. Die Gläubigerin wird damit aber nur rein formell "beschwert". Da ihre Forderung samt allen Kosten – insbesondere auch der vorinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 400.00 (vgl. die nachfolgende Kostenregelung) – erfüllt ist, wurde entsprechend der ständigen Praxis der Kammer keine Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt. Der Gläubigerin sind jedoch mit dem vorliegenden Entscheid die Doppel von act. 2 und 11 zuzustellen.

4.

Aufgrund des Verfahrensausgangs sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Parteientschädigung aus der Staatskasse ist für das Rechtsmittelverfahren mangels gesetzlicher Grundlage nicht zuzusprechen (Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 14; BGE 139 III 471).

Ebenfalls sind die Kosten des Konkursamtes auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 6.a; OGer ZH PS190051 vom 28. März 2019 E. 6). Jedoch hat die Schuldnerin die erstinstanzlichen Kosten zu tragen, da das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 5. März 2025 (act. 10/1) durch ihre Zahlungssäumnis (resp. die Zahlung erst am 16. April 2025; act. 12) verursacht wurde und das bereits eröffnete Konkursverfahren nicht mehr kostenlos hätte erledigt werden können (vgl. dazu OGer ZH PS190014 vom 11. Februar 2019 E. 3.1 m.w.H.). Die erstinstanzliche Entscheidgebühr ist aber infolge des Verfahrensfehlers und der Anzeige der Vorinstanz, dass sich diese bei einer Verfahrenserledigung vor der Konkursöffnung bzw. der entsprechenden Konkursverhandlung auf Fr. 200.00 reduziere (vgl. act. 10/6 S. 2 Ziffer 5), auf den genannten Betrag festzusetzen. Die Differenz von Fr. 200.00 ist der Gläubigerin auszubehalten. Damit die Gläubigerin den vollen von ihr an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.00 zurückerhält, ist das Konkursamt Aussersihl-Zürich überdies anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Betrag Fr. 1'600.00 an die Gläubigerin auszubehalten. Der Restbetrag geht an die Schuldnerin.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 7. April 2025 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf Fr. 200.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von der Gläubigerin bezahlten erstinstanzlichen Kostenvorschuss bezogen. Der davon verbleibende Rest von Fr. 200.00 wird der Gläubigerin ausbezahlt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Kosten des Konkursamts Aussersihl-Zürich werden auf die Staatskasse genommen.
6. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Fr. 1'200.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'600.00 und der Schuldnerin den verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
7. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag von Fr. 7'500.00 in der Höhe von Fr. 7'431.55 an die Gläubigerin und im Restbetrag (Fr. 68.45) an die Schuldnerin auszubezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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

i. V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: