

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190144-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss und Urteil vom 5. September 2019

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ ag,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom tt. August 2019 (EK190900)

Erwägungen:

1.1. Nach erfolgter Konkursandrohung vom 15. März 2019, welche der Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) am 15. April 2019 zugestellt worden war, ersuchte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich mit Gesuch vom 22. Mai 2019 um Eröffnung des Konkurses über die Schuldnerin (act. 7/1 u. 7/4/2). In der Folge wurden die Parteien zur Konkurseröffnungsverhandlung auf den 3. Juli 2019 vorgeladen – die Vorladung wurde der Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde am 6. Juni 2019 zugestellt (act. 7/6/1 u. 7/8)

1.2. Am 27. Juni 2019 wurde C._____, Mitglied des Verwaltungsrates der Schuldnerin mit Einzelunterschrift, beim Konkursgericht (fortan Vorinstanz) vorstellig, um sich nach dem weiteren Vorgehen zu erkundigen. Die anwesende Kanzlistin erklärte ihm, dass die Vorladung auf den 3. Juli 2019 erfolgt sei. Darauf erklärte C._____, die in Betreuung gesetzte Forderung nicht bis zum Verhandlungstermin begleichen zu können und zudem in ärztlicher Behandlung zu stehen. Er reichte ein ärztliches Zeugnis vom 11. Juni 2019 ein, welches ihm eine Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit attestierte (Prot. Vi. S. 1 u. act. 7/9). Auf Wunsch von C._____ erfolgte eine Anhörung durch den Konkursrichter, in der er u.a. erklärte, zuversichtlich zu sein, die Schuld der Gläubigerin begleichen zu können. Der Konkursrichter erklärte C._____, eine Fristerstreckung bis am tt. August 2019, 10.00 Uhr, gewähren zu können, danach würden keine weiteren Fristerstreckungen mehr gewährt. Der Konkursrichter vermerkte die Fristerstreckung bzw. den neu angesetzten Verhandlungstermin auf einer Kopie der Vorladung ("vorauss. letzte Frist bis tt.8.19 10⁰⁰") und übergab diese C._____. Sodann erläuterte der Konkursrichter C._____ den Vorgang der Konkurseröffnung und die Möglichkeiten zur Abwendung des Konkurses (Prot. Vi. S. 1 ff.; act. 7/12 zweites Blatt). Die Verschiebung der Konkursverhandlung wurde in der Folge der Gläubigerin angezeigt (act. 7/10 f.).

Am 31. Juli 2019 meldete sich C._____ telefonisch bei der Vorinstanz. Er erklärte, verhandlungsunfähig zu sein, weshalb er den Termin am tt. August 2019 nicht wahrnehmen könne. Dieser sei zu verschieben, da auf der Vorladung "voraussichtlich letzte Frist" vermerkt sei. Dies sei ein provisorischer Termin und er habe keine offizielle Vorladung auf den tt. August 2019 erhalten. Von Seiten der Vorinstanz wurde ihm darauf erklärt, das "voraussichtlich" beziehe sich auf die letzte Frist, der Termin für den tt. August 2019, 10.00 Uhr, sei definitiv, und es werde ihm grundsätzlich keine weitere Frist gewährt – höchstens noch eine Notfrist, wenn er darlegen könne, dass er in der Lage sei, die Forderung am nächsten Tag zu bezahlen. C._____ erklärte darauf, den Termin entgegen ärztlichem Rat wahrzunehmen (act. 7/12).

1.3. Am tt. August 2019 fand die Konkurseröffnungsverhandlung vor Vorinstanz statt, an der C._____ für die Schuldnerin teilnahm. Er ersuchte um die Gewährung einer weiteren Frist von vier Wochen zur Begleichung der Schuld, welche ihm von der Vorinstanz nicht gewährt wurde (Prot. Vi. S. 4 ff.). Im Anschluss an die Verhandlung eröffnete die Vorinstanz mit Urteil vom tt. August 2019, 11.15 Uhr, den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 6 = act. 7/3).

2.1. Mit Eingabe vom 23. August 2019 erhob die Schuldnerin fristgerecht Beschwerde und stellte die folgenden Anträge (act. 2, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 7/16):

" DIE VERFÜGUNG / DER ENTSCHEID VOM tt.8.2019 SOLL AUF-
GEHOBEN WERDEN
DIE FRISTEN SOLLEN WIEDERHERGESTELLT WERDEN
DIE VERHANDLUNG SOLL MIT EINER ORDENTLICHEN VORLA-
DUNG NOCHMALS ANGESETZT WERDEN
DIE AUFSCHIEBENDE WIRKUNG SOLL ERTEILT WERDEN"

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–16). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Da die Beschwerde in der Sache – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – sogleich abzuweisen ist, ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abzuschreiben.

3.1. Die Schuldnerin macht in ihrer Beschwerde unter anderem geltend, es sei keine korrekte Vorladung zur Verhandlung vom tt. August 2019 erfolgt. Sie habe von der Vorinstanz einzig eine handschriftliche Bemerkung erhalten mit einer voraussichtlichen Frist. Die Schuldnerin sei davon ausgegangen, dass noch eine ordentlichen Vorladung erfolgen werde, was nicht der Fall gewesen sei (act. 2 S. 2).

3.2. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde der Schuldnerin sogleich als unbegründet. Es ist nicht ersichtlich und nicht dargetan, inwiefern ihr durch die angeblich nicht korrekt erfolgte Vorladung ein Nachteil entstanden sein soll, ist C. _____ für die Schuldnerin doch pünktlich zur Verhandlung erschienen, wusste also vom Termin. Die Schuldnerin war denn vor der Verhandlung auch wiederholt auf den Verhandlungstermin und auf den Umstand hingewiesen worden, dass die Verschiebung der Verhandlung und die damit einhergehende Verlängerung der Frist einmalig erfolgt und eine weitere Verschiebung grundsätzlich ausgeschlossen ist. Ebenfalls erfolgte vor der Verhandlung der wiederholte Hinweis an die Schuldnerin, in welchen Fällen von einer Konkursöffnung abzusehen ist (Prot. Vi. S. 2 f.; act. 7/6/1; act. 7/12; vgl. oben E. 1.1. f.), und sie macht auch nicht geltend, diesbezüglich nicht informiert gewesen zu sein. Sie kann aus der angeblich nicht korrekt erfolgten Vorladung damit nichts zu ihren Gunsten ableiten, wusste sie doch vom Verhandlungstermin, nahm diesen auch wahr und wusste, unter welchen Voraussetzungen von einer Konkursöffnung hätte abgesehen werden können. Ob mit der – auf entsprechendes Gesuch hin erfolgten (vgl. E. 1; Prot. Vi. S. 1 ff.) – Verschiebung der Verhandlung allenfalls die formellen Verfahrensbestimmungen von Art. 168 SchKG i.V.m. Art. 136 ff. ZPO verletzt wurden, braucht hier mangels tatsächlichem Nachteil der Schuldnerin nicht beantwortet zu werden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet und damit abzuweisen.

4.1. Sodann macht die Schuldnerin in ihrer Beschwerde geltend, die Betreuung Nr. 1 – gemeint sein dürfte die Konkursandrohung (act. 7/4/2) – sei innerhalb der Betreuungsferien zugestellt worden und daher nichtig (act. 2 S. 2).

4.2. Da die Nichtigkeit einer betreibungsrechtlichen Handlung von Amtes wegen zu beachten ist, ist auf diesen Punkt kurz einzugehen:

Gestützt auf Art. 56 Ziff. 2 SchKG dürfen Betreibungshandlungen während der Betreibungsferien, u.a. sieben Tage vor und sieben Tage nach Ostern, nicht vorgenommen werden. Die Zustellung der Konkursandrohung ist eine Betreibungshandlung im Sinne von Art. 56 SchKG (vgl. BSK SchKG I-BAUER, 2. Aufl. 2011, Art. 56 Rz. 40; SK SchKG-PENON/WOLGEMUTH, 4. Aufl. 2017, Art. 56 N 4).

Die Konkursandrohung wurde der Schuldnerin am 15. April 2019 zugestellt (act. 7/4/2), also damit innerhalb der Betreibungsferien (Ostersonntag: 21. April 2019).

Das Gesetz regelt die Zuwiderhandlung gegen das oben genannte Verbot nicht. Als Folge kommen die Nichtigkeit, die Anfechtbarkeit, die aufgeschobene Wirkung oder die gänzliche Folgenlosigkeit der betreibungsrechtlichen Handlung in Frage (BSK SchKG I-BAUER, Art. 56 Rz 51). Bei Zustellungen, welche eine Frist für eine vom Schuldner vorzunehmende Vorkehrung auslösen, ist die Rechtsfolge die aufgeschobene Wirksamkeit. Bei der Konkursandrohung ist das der Fall, weil mit ihr dem Schuldner sinngemäss die Frist zur Leistung der Forderung nebst Kosten von 20 Tagen bzw. Frist zur Führung der Beschwerde gegen die Zulässigkeit der Konkursbetreibung angesetzt wird (vgl. act. 7/4/2; Art. 160 SchKG). Die Betreibungshandlung wie hier die Konkursandrohung entfaltet ihre Wirkung am ersten Tag nach Ablauf der Betreibungsferien – die Betreibungshandlung gilt als an diesem Tag erfolgt, und an diesem Tag beginnt die Frist zu laufen (BGE 121 III 285; BSK SchKG I-BAUER, Art. 56 N 54 m.w.H.; OFK SchKG-KREN KOST-KIEWICZ, 19. Aufl. 2016, Art. 56 N 5). Dass dem so ist, wurde auf der Konkursandrohung durch das Betreibungsamt im Übrigen auch so vermerkt ("... mit Fristenlauf ab 29. April 2019", vgl. act. 7/4/2 Rückseite). Entsprechend ist die Konkursandrohung nicht nichtig, und die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

5. Umstände halber ist auf die Erhebung von Kosten für dieses Verfahren zu verzichten. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen. Der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren, der Schuldnerin nicht, da sie unterliegt.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.
4. 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:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
6. September 2019