

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190243-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 17. Januar 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Dezember 2019 (EK191952)

Erwägungen:

1.

1.1. Am 13. Dezember 2019 (Poststempel) erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil des Konkursgerichtes Zürich, mit welchem über sie der Konkurs eröffnet worden war. Sie stellte den Antrag, die Konkurseröffnung sei aufzuheben, und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (act. 2-3).

1.2. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2019 wurde der Antrag auf aufschiebende Wirkung zunächst abgewiesen, da die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Konkurseröffnung noch nicht genügend dargetan waren (act. 9). Mit gleichentags zur Post gegebenen Eingabe ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde; sie führte aus, sie sei nicht gehörig zur Konkursverhandlung vorgeladen worden (act. 11). Daraufhin wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 17. Dezember 2019 einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt, und der Gläubigerin wurde Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (act. 14). Die Verfügung wurde der Gläubigerin am 18. Dezember 2019 zugestellt (act. 15/2). Innert Frist ging keine Beschwerdeantwort ein; androhungsgemäss ist das Verfahren ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen (Art. 147 ZPO; act. 14).

1.3. Die Akten des Konkursgerichtes wurden beigezogen (act. 7). Der verlangte Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde rechtzeitig geleistet (act. 16). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit der Beschwerde können unter anderem auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie z.B. die nicht oder nicht richtig erfolgte Vorladung zur Verhandlung des Konkursrichters – gerügt werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Wie erwähnt, macht die Schuldnerin im Wesentlichen geltend, es sei ihr keine Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt worden. Infolgedessen habe sie

nicht an der Verhandlung teilnehmen und sich nicht zur Konkursöffnung äussern können (vgl. act. 2).

2.3. Die 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). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt wurde, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.

2.4. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 4. Dezember 2019 am 1. November 2019 mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde (act. 5; act. 7). Die Zustellung gelang jedoch nicht; die Vorladung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" von der Post retourniert (act. 7). Die Zustellfiktion von Art. 138 ZPO greift nicht, da die Schuldnerin in jenem Zeitpunkt nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste (vgl. OGer ZH PS180031 vom 21. März 2018 E. 4b; BGE 138 III 225 E. 3.2.). Offenbar wurde die Vorladung der Schuldnerin noch per A-Post zugesandt (act. 7), was jedoch für eine förmliche Zustellung ungenügend wäre (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Damit hatte die Schuldnerin von der anstehenden Konkursverhandlung nicht aktenkundig Kenntnis. Die Schuldnerin wurde somit nicht korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen, was der Konkursöffnung entgegensteht. Der angefochtene Entscheid ist deshalb wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben. Die Sache ist zur Neuansetzung resp. Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

2.5. Die Schuldnerin hat zu beachten, dass dem Konkursbegehren der Gläubigerin stattzugeben sein wird, wenn sie beim Konkursgericht nicht einen Konkurshindernisgrund im Sinne von Art. 172 f. SchKG dartut. Die Tilgung aller in der Konkursandrohung enthaltener Positionen (der Zins bis zur effektiven Zahlung gerechnet) und der Kosten des Konkursgerichtes (welche dieses auf Anfrage be-

kannt gibt) würde ein solcher Konkurshinderungsgrund darstellen. Zudem ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass sie sich – nachdem sie nun vom Verfahren Kenntnis hat – sorgfältig um ihre Post vom Konkursgericht wird kümmern müssen. Würde sie die neue Vorladung zur Verhandlung nicht abholen, gälte die Zustellung als am letzten Tag der Abholfrist gültig erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

3.

Da das Beschwerdeverfahren nicht durch ein fehlerhaftes Verhalten der Schuldnerin oder der Gläubigerin veranlasst wurde, sind die zweitinstanzlichen Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Parteientschädigung, welche im Übrigen auch nicht beantragt wurde, ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Dezember 2019 aufgehoben, und die Sache wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Der von der Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren geleistete Kostenvorschuss wird ihr zurückerstattet.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Konkursamt Aussersihl-Zürich,
 - das Betreibungsamt Zürich 4,
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - die Vorinstanz,je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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. S. Kröger

versandt am:
17. Januar 2020