

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190170-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Beschluss vom 1. Oktober 2019

in Sachen

A._____ Immobilien GmbH,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

betreffend **Insolvenzerklärung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 6. September 2019 (EK191519)

Erwägungen:

1. Bei B. _____ handelt es sich gemäss Handelsregistereintrag um die einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der A. _____ Immobilien GmbH (act. 7). Über B. _____ wurde – wie der Kammer aus einem anderen Verfahren bekannt ist – der Konkurs eröffnet (vgl. Urteil vom 4. Juli 2019 in Geschäft Nr. PS190099). Mit Schreiben vom 30. August 2019 teilte das Konkursamt Thalwil dem Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) mit, dass es am 28. August 2019 in Ausübung der Tätigkeit als Konkursverwaltung im Konkursverfahren der B. _____ eine ausserordentliche Gesellschafterversammlung der A. _____ Immobilien GmbH abgehalten und die Abgabe der Insolvenzerklärung beschlossen habe. Sodann sei beschlossen worden, dass das Konkursamt Thalwil zur Abgabe der Insolvenzerklärung als temporärer Geschäftsführer gehörig bevollmächtigt sei (act. 1).

2. Mit Eingabe vom 22. September 2019 (Datum Poststempel: 23. September 2019) erhob B. _____ im Namen der A. _____ Immobilien GmbH Beschwerde bei der Kammer gegen die Konkurseröffnung. Sie verlangt, das Urteil der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (act. 2).

3.1 Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen. Namentlich tritt es auf eine Klage oder auf ein Gesuch u.a. nur dann ein, wenn die Parteien partei- und prozessfähig sind (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO). Darunter fällt auch die sog. "Postulationsfähigkeit", das heisst die Fähigkeit, in eigenem Namen oder als Vertreter einer Partei vor Gericht aufzutreten und prozessuale Handlungen vornehmen zu können. Für das Handeln in fremdem Namen braucht es einer besonderen Rechtfertigung; bei Organen einer juristischen Person liegt diese in der Fiktion, dass ihr Handeln solches der juristischen Person sei (vgl. BK ZPO-ZINGG, 2012, Art. 59 N 62). Vorliegend handelt B. _____ im Namen der A. _____ Immobilien GmbH. Es fragt sich, ob sie dazu befugt ist:

3.2 Gestützt auf Art. 809 Abs. 1 OR führen bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung grundsätzlich alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus,

sofern die Statuten nichts Abweichendes regeln. Gesellschafter ist, wer mit mindestens einem Stammanteil am Stammkapital beteiligt ist (Art. 772 Abs. 2 OR). Wer Gesellschafter ist, ist also grundsätzlich Geschäftsführer und gestützt auf Art. 814 Abs. 1 OR zur Vertretung der GmbH berechtigt.

3.3 Gemäss Handelsregistereintrag ist einzige Gesellschafterin und auch Geschäftsführerin der A._____ Immobilien GmbH B._____, welche die 100 Stammanteile à Fr. 200.– hält. Wie gezeigt, wurde über sie der Konkurs eröffnet. Entsprechend finden auf ihre Vermögenswerte die Bestimmungen von Art. 197–203 SchKG Anwendung; die Stammanteile an der A._____ Immobilien GmbH sind zur Konkursmasse zu zählen mit der Folge, dass diese bzw. die diese vertretende Konkursverwaltung (hier das Konkursamt Thalwil, vgl. act. 1) bis zur Verwertung daran die bestehenden Rechte – gemeint sind sowohl die Vermögens- als auch die Mitwirkungsrechte – ausübt (vgl. Art. 197 Abs. 1 SchKG; BSK SchKG II-HANDSCHIN/HUNKELER, 2. Aufl. 2010, Art. 197 N 93 i.V.m. N 35).

3.4 Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass dem Konkursamt, welches die Stammanteile der A._____ GmbH vertritt, auch die sich aus den Stammanteilen ergebende Geschäftsführungsbefugnis im oben genannten Sinne zukommt. Entsprechend kann B._____ die A._____ GmbH nicht mehr gültig im vorliegenden Verfahren vertreten. Daran ändert auch der nach wie vor bestehende Eintrag im Handelsregister nichts, welcher sie als Gesellschafterin und Geschäftsführerin ausweist, denn dieser hat lediglich deklaratorische Wirkung und spielte allenfalls im Verhältnis zu Dritten eine Rolle (vgl. BGE 111 II 480 E. 2a), was hier nicht von Relevanz ist. Entsprechend kann B._____ nicht im Namen der A._____ Immobilien GmbH ein Rechtsmittel, gegen die Konkurseröffnung über die A._____ Immobilien GmbH, erheben. Es fehlt ihr an der erforderlichen Vertretungsbefugnis. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

3.5 Damit wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

4. Die Kosten für dieses Verfahren in Höhe von Fr. 500.– sind bei diesem Ausgang B._____ aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und B._____ auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchstellerin, an B._____, die Konkursämter Thalwil und Enge-Zürich, das Betreibungsamt Zürich 2 sowie das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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 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:
1. Oktober 2019