

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 24. Februar 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 31. Januar 2023 (EK222174)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche unter anderem den Strassenhandel und -verkauf sowie den Handel mit Lebensmitteln und Tiefkühlprodukten aller Art bezweckt. Als Domiziladresse wurde die Adresse der D. _____ GmbH (E. _____-Strasse 1, ... Zürich) eingetragen, welche ihr als Domizilhalterin am Ort von deren Sitz ein Rechtsdomizil gewährt (sog. "c/o-Adresse", vgl. act. 8).

1.2 Mit Urteil vom 31. Januar 2023, 11:00 Uhr (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]), eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 2'465.95 nebst Zins zu 5 % seit 24. Mai 2022, Fr. 4.05 Zinsen VVG, Fr. 35.00 Mahngebühren VVG 02/2022 sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten (Betreibung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 9 [nachfolgend: Betreibungsamt]).

1.3 Dagegen wurde mit Eingabe vom 10. Februar 2023 (Poststempel 13. Februar 2023) für die Schuldnerin Beschwerde erhoben (act. 2; act. 5/1-8). Diese enthält folgende Anträge:

"Es sei der Konkurs aufzuheben, die Gesellschaft in rechtsgültige Form zu setzen und dem Beschwerdeführer die unmittelbare aufschiebende Wirkung des Urteils zu gewähren; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Staatskasse."

Die Beschwerdeschrift wurde (einzig) von F. _____ von der Italienischen Handelskammer für die Schweiz (CCIS) unterzeichnet (vgl. act. 2 S. 3). Aus der eingereichten Vollmacht vom 10. Februar 2023 (act. 4) geht hervor, dass G. _____ – Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin mit Einzelunterschrift (vgl. act. 8) – die "italienische Handelskammer für die Schweiz, Hauptsitz in Zürich" bevollmächtigt, betreffend die Konkursöffnung im Namen der Schuldnerin mit den zuständigen Behörden zu agieren. Als Zustelladresse für das obergerichtliche Verfahren wird in dieser Vollmacht die Postadresse der Italienischen Handelskammer für die Schweiz (CCIS), Herr F. _____, Seestrasse 123 - Postfach, CH-8027 Zürich bezeichnet (vgl. act. 4).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 7/1-17). Mit Verfügung vom 16. Februar 2023 (act. 10) wurde der Schuldnerin eine Nachfrist von 10 Tagen angesetzt, um der Kammer entweder eine Vollmacht im Original einzureichen, welche F. _____ in Bezug auf das vorliegende Verfahren zur Prozessführung für sie berechtigte, oder die Beschwerdeschrift vom 10. Februar 2023 mit der Originalunterschrift einer für sie zeichnungsberechtigten Person versehen wieder einzureichen. Mit Eingabe vom 21. Februar 2023 (act. 13) reichte die Schuldnerin eine entsprechende Vollmacht lautend auf F. _____ ein (vgl. act. 14). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren ist eingegangen (vgl. act. 12). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln (Art. 326 ZPO) ab: Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshindereungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Dazu gehört – jedenfalls soweit der Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat – auch die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes, für welche der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet (Art. 172 Ziff. 3, Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit sieht die Kammer in ständiger Praxis ab, wenn die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes zwar erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, die Schuldtilgung im Übrigen aber ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist (vgl. etwa ZR 110/2011 Nr. 79). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist aus-

geschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO; BGE 136 III 294 und ZR 110 [2011] Nr. 5 S. 8).

3.1 Die Schuldnerin macht zum einen sinngemäss geltend, sie habe die Schuld inkl. Zinsen und Kosten vor der Konkursöffnung getilgt. Sie habe am 30. Januar 2023 dem Betreibungsamt einen Betrag von Fr. 7'233.05 "zur Begleichung offener Rechnungen" überwiesen. "Ein Teil" der geleisteten Zahlung beinhalte den Betrag, welcher die Konkursöffnung ausgelöst habe (vgl. act. 1 S. 2 i.V.m. act. 5/4). Zum anderen bringt sie vor, keine Kenntnis von der Vorladung zur Konkursverhandlung gehabt zu haben. "H. _____" habe diese abgeholt, ihr aber weder weitergeleitet noch sie informiert (act. 1 S. 2 f.).

3.2 Zum einen übersieht die Schuldnerin, dass sich die Überweisung des Betrags von Fr. 7'233.05 gemäss dem von ihr eingereichten Beleg (act. 5/4) auf die Betreuung Nr. 3 bezieht, nicht auf die Betreuung Nr. 2, welche zur Konkursöffnung geführt hat (vgl. oben E. 1.2). Ob mit diesem Betrag allenfalls – wie die Schuldnerin geltend zu machen scheint – sämtliche Ausstände in beiden erwähnten Betreibungen beglichen wurden, kann aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht beurteilt werden, da nicht bekannt ist, welcher Betrag in der erstgenannten Betreuung ausstehend war. Mit diesem Beleg vermag die Schuldnerin somit nicht zu belegen, dass dieser Betrag die Konkursforderung (samt Zinsen und Kosten gemäss Konkursandrohung) beinhaltet bzw. sie diese (vor Konkursöffnung) getilgt hat. Die übrigen von der Schuldnerin eingereichten Unterlagen beziehen sich – soweit ersichtlich – auf ihre Zahlungsfähigkeit. Es fehlt daher an einem Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes innert der gesetzlichen Beschwerdefrist.

3.3 Zum anderen ist die Beanstandung der Schuldnerin betreffend die Vorladung zur Konkursverhandlung unbehelflich. Eine korrekte Konkursöffnung setzt zwar voraus, dass den Parteien, also vor allem auch der Schuldnerin, die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig – wenigstens drei Tage vorher – angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG). Dies war hier jedoch auch der Fall:

Für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO (vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Die Zustellung von Vorladungen – wie die Vorladung zur Konkursverhandlung (sog. Konkursverhandlungsanzeige) –, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO; BGer 5A_268/2012 vom 12. Juli 2012, E. 3.2). Der Sendungsnachverfolgung (act. 13) kann entnommen werden, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung (act. 11) an die Empfängeradresse "A. _____ GmbH, E. _____-Strasse 1, ... Zürich" gesandt und am 5. Januar 2023 zur Abholung gemeldet wurde (Abholungseinladung); am 10. Januar 2023 wurde sie von der Empfangsperson "H. _____" als "Bevollmächtigter" am Schalter abgeholt. "H. _____" ist einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der D. _____ GmbH, welche Domizilhalterin der Schuldnerin ist (vgl. act. 16 und oben E. 1.1). Als Domizilgeberin stellt sie der Schuldnerin ein Rechtsdomizil zur Verfügung, mithin eine Adresse, unter der die Schuldnerin an ihrem Sitz erreicht werden kann (vgl. Art. 2 lit. b i.V.m. Art. 117 Abs. 2 HRegV). Ist das Rechtsdomizil eine "c/o-Adresse", verfügt die Rechtseinheit – hier die Schuldnerin – über keine eigenen Büros, sondern ist vertraglich mit einer anderen Rechtseinheit oder natürlichen Person so verbunden, dass diese die Post entgegennimmt und an die verantwortlichen Organe weiterleitet (vgl. PraxKomm HRegV-MEISTERHANS/GWELESSIANI, 4. Aufl. 2021, Art. 2 N 17). Die Vorladung zur Konkursverhandlung gilt somit als der Schuldnerin rechtmässig zugestellt. Dass dem nicht so sei, macht die Schuldnerin im Übrigen auch gar nicht geltend. Anzumerken bleibt, dass das Konkurseröffnungsurteil – welches die Schuldnerin offensichtlich erhalten und mit ihrer Beschwerde eingereicht hat (vgl. act. 3) – die Schuldnerin auf genau demselben Weg erreicht hat (vgl. act. 17).

3.4 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Mit dem vorliegenden Entscheid wird der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist abzuschreiben.

4. Immerhin ist die Schuldnerin auf die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses hinzuweisen. Das Konkursgericht widerruft den Konkurs und gibt der Schuldnerin das Verfügungsrecht über ihr Vermögen zurück, wenn sie

nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind, sie von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorlegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (vgl. Art. 195 SchKG).

5. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahren der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Schuldnerin nicht, weil sie mit ihrer Beschwerde unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. 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 Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
24. Februar 2023