

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 18. Februar 2022

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 20. Januar 2022 (EK210635)

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 23. November 2021 stellte die Gläubigerin ein Konkursöffnungsbegehren gegen die Schuldnerin beim Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (Vorinstanz) (act. 5/1). Die Vorinstanz zeigte den Parteien am 9. Dezember 2021 die Konkursöffnungsverhandlung vom Donnerstag, 20. Januar 2022, an (act. 5/3). Diese Anzeige wurde der Schuldnerin gemäss Sendungsverfolgung am 10. Dezember 2021 zugestellt (act. 5/3). Am 20. Januar 2022 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 10'207.80 einschliesslich Zinsen und bisherige Betriebskosten (act. 3 = act. 5/5; Betreuung Nr. 1). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin gemäss Sendungsverfolgung am 24. Januar 2022 zugestellt (act. 5/6).

2. Mit Beschwerde vom 3. Februar 2022 gelangte die Schuldnerin an die Kammer (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1–6). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3.1 Die Schuldnerin macht sinngemäss geltend, vom laufenden Konkursverfahren keine Kenntnis gehabt zu haben. Das Urteil sei nicht an eine für die Schuldnerin bevollmächtigte Person ausgehändigt worden. C._____ sei der einzige Unterschriftsberechtigte. Von der Konkursöffnung habe die Schuldnerin erst erfahren, als C._____ am Montag, dem 31. Januar 2022, auf dem Notariat, Grundbuch- & Konkursamt vorbeigegangen sei (act. 2 Blatt 1).

3.2 Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wird (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO, vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Gemäss Art. 138 Abs. 2 ZPO ist auf diese Weise auch eine sog. Ersatzzustellung an eine angestellte oder im gleichen Haushalt lebende mindestens 16 Jahre alte Person möglich, solange das Gericht keine persönliche Zustellung verlangt. Bei einer Zustellung an eine juristische Person an deren Sitz oder Geschäftsniederlassung hat

diese an den Adressaten, eine im Handelsregister eingetragene Person oder eine andere zur Vertretung berechnigte Person, und subsidiär an einen Angestellten zu erfolgen (vgl. BK ZPO-FREI, Art. 138 N 11 und N 15; KUKO ZPO-WEBER, 3. Aufl. 2021, Art. 138 N 3). Das Ziel dieser Regelung ist, dass gerichtliche Sendungen in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die für die Gesellschaft handeln können (BGer 5A_268/2012 vom 12. Juli 2012, E. 3.4). Deshalb ist im Falle einer Ersatzzustellung wenigstens eine ausdrückliche, stillschweigende oder wenigstens sich aus den Umständen ergebende Bevollmächtigung des Angestellten vorauszusetzen. Grundsätzlich darf eine spezifisch mit der Büro-, Sekretariats- oder Logenarbeit betraute angestellte Person als empfangsberechtigt eingestuft werden (BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD, 3. Aufl. 2018, Art. 44 N 30; vgl. auch BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 138 N 12 HUBER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 43; a.M.: ZK ZPO-STAEHELIN, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 5; BK ZPO-FREI, Art. 138 N 12).

3.3.1 Mit Blick darauf ist die Schuldnerin einleitend darauf hinzuweisen, dass eine gültige Zustellung – entgegen ihrer offensichtlichen Auffassung – nicht *per se* alleine an C._____ erfolgen musste. Die Zustellung war auch an eine andere bevollmächtigte Person zulässig. Vorliegend wurden sowohl die Vorladung zur Konkursverhandlung als auch der Entscheid über die Konkursöffnung mittels eingeschriebener Postsendung an die Schuldnerin versendet und gemäss Empfangsbestätigung auch zugestellt (vgl. act. 5/3 u. 5/6). Die Vorladung wurden von "D._____" als "Bevollmächtigter" (act. 5/3) und das Urteil von "E._____", ebenfalls als "Bevollmächtigter", in Empfang genommen (act. 5/6). Es ist nicht bekannt, in welcher Beziehung diese Personen zur Schuldnerin stehen. Es wird diesbezüglich auch nichts Konkretes behauptet. C._____ macht einzig pauschal für die Schuldnerin geltend, der "alleinige Unterschriftenberechnigte" zu sein, ohne diesbezüglich jedoch Weiteres darzutun bzw. ohne sich mit dem Umstand auseinanderzusetzen, dass sich in den vorinstanzlichen Akten Zustellnachweise mit als "Bevollmächtigte" bezeichneten Personen finden. Ohne gegenteilige Behauptungen oder Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass die Zustellungen der gerichtlichen Sendungen an diese Personen erfolgen durften.

3.3.2 Daran vermögen auch die Ausführungen der Schuldnerin, weshalb sie von den Sendungen angeblich keine Kenntnis gehabt habe, nichts zu ändern. Sie führt aus, C._____ habe die Briefpost an einen elektronischen Briefkasten der Schweizerischen Post umleiten und einscannen lassen. Per Ende Juli sei diese Dienstleistung auf 'F._____' übertragen worden und er habe die Weiterführung der elektronischen Briefzustellung an den neuen Dienstleister in Auftrag gegeben. Im September 2021 habe er feststellen müssen, dass dies nicht funktioniert habe. Nach mehrmaligem Nachfragen bei 'F._____' sei ihm mitgeteilt worden, dass bei der Übertragung wohl etwas schiefgelaufen sei und man den Fehler beheben werde. Trotzdem habe er sich im neuen Portal nicht anmelden und die Post nicht abrufen können. Ebenso wenig sei er über eingeschriebene Sendungen informiert worden. Erst seit dem 28. Januar 2022 habe er wieder uneingeschränkten Zugriff auf die Post und habe da auch die Vorladung zur Konkursverhandlung gefunden (act. 2 Blatt 1 f.).

Diese Behauptungen bleiben gänzlich unbelegt. Weder reicht die Schuldnerin Belege ein, aus welchen sich entnehmen liesse, dass sie tatsächlich über einen elektronischen Briefkasten verfügt, noch belegt sie, dass es mit diesem zu Problemen gekommen wäre (beispielsweise mittel Reklamationsschreiben oder Korrespondenz bezüglich Problemlösung/-behebung). Ebenfalls wirft Fragen auf, dass die angebliche Problematik schon seit September 2021 bestanden haben soll, aber es erst im Januar 2022, mithin fünf Monate später, möglich gewesen sei, wieder auf die Post zuzugreifen. Weshalb dies derart lange gedauert hat, ist weder dargelegt, noch – mangels Unterlagen – ersichtlich. Die Behauptungen zur angeblichen Zustellproblematik sind mangels Belegen nicht weiter zu berücksichtigen.

3.3.3 Ergänzend ist immerhin festzuhalten, dass der von der Schuldnerin behauptete Auftrag zur Führung eines elektronischen Briefkastens naturgemäss bedingte, dass sie die Betreiberin des elektronischen Briefkastens zur Entgegennahme ihrer brieflichen Post zwecks Verarbeitung bevollmächtigt haben muss. Bereits deshalb wäre der Behauptung, C._____ sei "der alleinige Unterschriftenberechtigte" (womit sinngemäss wohl auch die Ermächtigung, Post für das Unternehmen entgegenzunehmen, gemeint sein dürfte) die Grundlage entzogen.

3.3.4 Mit Blick auf all dies ist in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Akten von der erfolgreichen Zustellung der Vorladung am 10. Dezember 2021 (act. 5/3) und vom Urteil am 24. Januar 2022 (act. 5/6) auszugehen. Die zehntägige Rechtsmittelfrist gegen das Urteil der Vorinstanz lief der Schuldnerin daher am 3. Februar 2022 ab. Innert dieser Frist erfolgte die vorliegende Beschwerde.

4.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei sie auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

4.2 Im Rahmen ihrer Beschwerde bringt die Schuldnerin im Wesentlichen vor, die Gläubigerin mache ihr gegenüber zu hohe Forderungen geltend, ohne diese weiter begründet zu haben (act. 2 Blatt 2). Damit macht die Schuldnerin keinen der genannten Konkurshinderungsgründe geltend, und sie reicht auch keine diesbezüglichen Dokumente ein. Entsprechend liegt keiner der gesetzlichen Konkurshinderungsgründe vor, was Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses wäre.

4.3 Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

5. Die Schuldnerin bleibt der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass ihre Ausführungen zur Frage des materiellen Bestandes der Forderung über die im Beschwerdeverfahren nach Art. 174 SchKG zulässigen Einwendungen hinausgehen und bereits im Einleitungsverfahren geltend zu machen gewesen wären (vgl. auch OGer ZH, PS210112, vom 19. Juli 2021, E. 2.5). Auf die weiteren Ausführungen zur Auftragslage des Unternehmens, den angeblich nicht bestehenden

Fixkosten und der Höhe der aktuellen Schulden (act. 2 Blatt 2 f.) braucht ebenfalls nicht weiter eingegangen zu werden, da mangels eines Konkurshinderungsgrunds eine Prüfung der Zahlungsfähigkeit von vornherein entfällt.

6. Abschliessend ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und dem Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur zur Kollokation angemeldet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen 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 Oberwinterthur-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Elgg, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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. K. Würsch

versandt am:
18. Februar 2022