

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220185-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 11. Januar 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Immobilien AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 20. Oktober 2022 (EK221529)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 20. Oktober 2022 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung der Gläubigerin von

CHF	2'412.05	nebst Zins zu 5 % seit 01.10.2021
CHF	2'412.05	nebst Zins zu 5 % seit 01.11.2021
CHF	2'412.05	nebst Zins zu 5 % seit 01.12.2021
CHF	2'412.05	nebst Zins zu 5 % seit 01.01.2022
CHF	30.00	nebst Zins zu 5 % seit 25.10.2021
CHF	190.05	Betriebskosten

den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Dagegen erhob diese mit Eingabe vom 28. Oktober 2022 Beschwerde und beantragt die Aufhebung des Konkurses wegen Verfahrensmängeln sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 4/1-2 und 4/4-15). Sie macht im Wesentlichen geltend, sie habe die Vorladung zur Konkursverhandlung nie erhalten. Von der Konkurseröffnung habe sie am 21. Oktober 2022 vom Konkursamt Zürich-Enge per E-Mail mit dem Urteil im Anhang erfahren (act. 2 S. 3 und 5). Dies untermauert sie mit besagtem E-Mail des Konkursamtes (act. 4/2). Ihre Eingabe vom 28. Oktober 2022 erfolgte somit auf jeden Fall rechtzeitig. Es ist indes festzuhalten, dass gemäss Praxis der Kammer in der mündlichen Information oder einer Mitteilung per E-Mail ebenso wie in einer allfälligen Aushändigung einer Kopie des Urteils durch das Konkursamt an den Schuldner keine förmliche und damit fristauslösende Zustellung liegt (OGer ZH PS120221 vom 19. November 2012).

Mit Verfügung vom 10. November 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Weiter wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren und der Gläubigerin zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 9). Der Vorschuss ging rechtzeitig ein (act. 11), eine Antwort wurde nicht eingereicht.

2.a) Dem Konkurs liegen Forderungen aus einem befristeten Mietverhältnis zwischen den Parteien für Büroräumlichkeiten im C._____ mit Mietbeginn am

1. Oktober 2021 und Vertragsende am 30. Oktober 2022 zugrunde. Gemäss Angaben der Schuldnerin bestand ihr Mietvertrag für den bisherigen Standort D.____-weg ..., ... Zürich noch bis 31. Januar 2022. Bei Vertragsunterzeichnung sei die Gläubigerin darüber informiert worden, dass der Einzug Anfang Februar 2022 stattfinde. Kurzfristig habe die Gesellschafterin E.____ ihre Wohnadresse in F.____ als Domiziladresse der Schuldnerin zur Verfügung gestellt. Die gesamte Postzustellung sei ohne Probleme erfolgt (act. 2 S. 3 ff., act. 4/6).

b) Mit ihren Vorbringen rügt die Schuldnerin, dass sie zur Konkursverhandlung des Konkursgerichtes nicht korrekt vorgeladen worden sei. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die am 15. September 2022 mittels Gerichtsurkunde an die im Handelsregister eingetragene Domiziladresse der Schuldnerin am D.____-weg ..., ... Zürich, verschickte Vorladung zur Verhandlung mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" an die Vorinstanz zurückging (act. 7/5 und 7/7). Am 19. September 2022 nahm die Vorinstanz eine zweite Zustellung wiederum mit Gerichtsurkunde an die Privatadresse von G.____, Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der Schuldnerin (act. 5), an der H.____-strasse ..., I.____, vor. Auch diese Sendung wurde mit derselben Bemerkung wie beim ersten Zustellungsversuch an die Vorinstanz retourniert (act. 7/8). Eine telefonische Abklärung der Vorinstanz bei der Einwohnerkontrolle J.____ ergab, dass sich G.____ per 28. Juli 2017 aus K.____ abgemeldet hatte. Eine neue Adresse sei nicht bekannt (act. 7/9). Daraufhin publizierte die Vorinstanz die Vorladung am tt.mm.2022 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 7/8 und 7/10). Sie erachtete die Zustellungsversuche, letztlich mittels Publikation, als genügend und eröffnete – da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren – den Konkurs. Auch das Urteil vom 20. Oktober 2022 publizierte sie zuhanden der Schuldnerin.

3.a) Für die Zustellung von Vorladungen gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO. Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). Im Kanton Zürich fallen nebst der eingeschriebenen Postsendung insbesondere die Zustellung durch Angehörige des Gerichtes, den Gemeindeammann oder die Polizei in

Betracht (§ 121 Abs. 1 GOG). Gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO gilt eine eingeschriebene Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste.

Durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt kann die Zustellung nach Art. 141 Abs. 1 ZPO dann erfolgen, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann (lit. a), eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre (lit. b), oder wenn eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichtes kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat (lit. c). Daraus erhellt, dass die Wahl der Zustellungsart durchaus im Ermessen des Gerichtes liegt. Die Publikation darf hingegen nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die genannten Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Sie ist stets letztes Mittel, wenn eine andere Art der Zustellung aus sachlichen Gründen keinen Erfolg verspricht oder nur schwer durchführbar ist. Somit ist eine restriktive Anwendung geboten (SHK ZPO-Strobel, Art. 141 N 2 und 6).

b) In der Regel entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches den Parteien gebietet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und insbesondere dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insofern, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Eine Zustellungsfiktion kann demnach nur für ein hängiges bzw. laufendes Verfahren gelten. Die blosser Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt vermag indes beim Konkursrichter noch kein hängiges Verfahren mit den genannten prozessualen Pflichten, mithin kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen; das konkursrichterliche Verfahren wird vielmehr erst durch das Begehren des Gläubigers um Eröffnung des Konkurses – als neues Verfahren – in die Wege geleitet. Davon abzuweichen besteht kein Anlass (BGE 130 III 396). Daraus erhellt, dass die Schuldnerin nicht mit der Zustellung einer Vorladung zur Konkursverhandlung vom 20. Oktober 2022 rechnen musste, da die Konkursan-

drohung vom 11. Mai 2022 (act. 7/2/2) kein Prozessrechtsverhältnis entstehen liess. Die Zustellungsfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO griff somit nicht, weshalb die Vorinstanz einen weiteren Zustellungsversuch mittels Publikation unternahm. Zu prüfen bleibt, ob die Voraussetzungen für die öffentliche Bekanntmachung erfüllt waren und die Vorladung sowie das Konkurserkennnis als der Schuldnerin rechtsgenügend zugestellt gelten.

4.a) Vorliegend interessiert vor allem die Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 1 lit. a und b ZPO. Unbekannt im Sinne von lit. a ist der Aufenthaltsort erst und nur, wenn er jenem Personenkreis nicht bekannt ist, der ihn üblicherweise kennt, nicht aber schon, wenn der Adressat nur vorübergehend (z.B. während der Ferien- oder Militärzeit) abwesend sein könnte. In jedem Fall setzt die Annahme eines unbekanntes Aufenthaltsortes voraus, dass alle zweckmässigen und zumutbaren Nachforschungen – auch, aber nicht nur über das Internet – erfolgt sind (bspw. bei den nächsten Angehörigen, bei zivilen und militärischen Behörden, bei der Polizei, beim Postamt etc.). Selbst wenn in früheren Verfahren Nachforschungen zu keinem Ergebnis geführt hatten, sind erneut Erhebungen zum Aufenthaltsort anzustellen. Eine Berufung auf die Ergebnislosigkeit der früheren Nachforschungen ist nicht zulässig. Die klägerische Partei trifft eine Mitwirkungspflicht bei der Aufenthaltsnachforschung. Kann aus faktischen Gründen allein das Gericht den Aufenthaltsort ermitteln, etwa weil die nötigen Auskünfte nur gegenüber Amtsstellen erteilt werden, so muss es von Amtes wegen tätig werden (SHK ZPO-Strobel, Art. 141 N 8 ff.; BK ZPO-Frei, Art. 141 N 8; Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 141 N 12 ff.).

Zu Recht unternahm die Vorinstanz zunächst Zustellungsversuche an die im Handelsregister eingetragene und auch im Zahlungsbefehl sowie in der Konkursandrohung genannte Domiziladresse der Schuldnerin und hernach an die Privatadresse des Gesellschafters und Vorsitzenden der Geschäftsführung der Schuldnerin, G._____, in K._____ (vgl. oben E. 2.b). Nachdem beide Zustellungen gescheitert waren, brachte sie von der Einwohnerkontrolle J._____ in Erfahrung, dass sich G._____ bereits im Sommer 2017 aus K._____ abgemeldet hatte (act. 7/9). Eine solche (einmalige) Nachfrage bei einer Behörde rechtfertigt indes noch

keine Publikation (ZR 112/2013 S. 161). Dies hat umso mehr zu gelten, wenn wie vorliegend eine weitere Gesellschafterin und Geschäftsführerin, E._____, im Handelsregister erscheint. Selbst wenn der Vorinstanz nicht bekannt war, dass E._____ offenbar ihre Privatadresse in F._____ kurzfristig als Domiziladresse der Schuldnerin zur Verfügung gestellt hatte (act. 2 S. 5), wäre es nach dem oben Gesagten naheliegend gewesen, einen weiteren Zustellungsversuch an diese Adresse vorzunehmen. Eine (vergebliche) Zustellung dorthin erfolgte jedoch nicht. Im online-Telefonverzeichnis "search.ch" findet sich sodann unter dem Namen der Schuldnerin eine Festnetznummer sowie eine E-Mail-Adresse. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz versucht hätte, die Schuldnerin oder ihre Gesellschafter über diese Kanäle zu erreichen und so eine mögliche Zustelladresse ausfindig zu machen. Dies hätte einen durchaus vertretbaren Aufwand bedeutet. Somit hat sie nicht alle gebotenen und zumutbaren Nachforschungen unternommen.

b) Art. 141 lit. b ZPO verlangt, dass die Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umtrieben verbunden ist. Unmöglichkeit kann insbesondere bei Zustellungen ins Ausland vorliegen, wenn eine solche aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erfolgen kann. Weiter ist in der Regel dann von Unmöglichkeit auszugehen, wenn der Adressat eine Zustellung vereitelt, indem er wiederholt weder die avisierte Postsendung abholt noch zuhause angetroffen werden kann. Dies setzt voraus, dass entsprechende Versuche des Gerichtes tatsächlich gescheitert sind (Strobel, a.a.O., Art. 141 N 18; Huber, a.a.O., Art. 141 N 18 f., KUKO ZPO-Weber, 3. A., Art. 141 N 2). Gemäss konstanter Praxis der Kammer braucht es zur Annahme von Unmöglichkeit drei formelle Zustellungsversuche auf zwei verschiedenen Wegen (OGer ZH PF200090 vom 23. Dezember 2020 E. 4.2; OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019 E. 6.a). Auch eine Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen. In der Lehre werden als Beispiele für ausserordentliche Umtriebe Kriegswirren, der Abbruch diplomatischer Beziehungen zum Zustellungsland, dessen permanente Weigerung, Rechtshilfe zu leisten, oder der Umstand, dass Rechtshilfebegehren zwar entgegen genommen, aber in

der Folge erst nach Jahren oder gar nicht bearbeitet werden, genannt (OGer ZH PS190145 vom 23. September 2019, E. 6.a).

Auch bei Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO ist gefordert, dass sachdienliche und zumutbare Nachforschungen nach dem Aufenthaltsort des Adressaten ergebnislos verlaufen sind (Frei, a.a.O., Art. 141 N 12). Wie eben unter E. 4.a) dargelegt, ist die Vorinstanz ihrer Abklärungspflicht zur Erreichbarkeit der Schuldnerin nicht hinreichend nachgekommen. Bereits aus diesem Grund war eine Publikation gestützt auf Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO nicht zulässig. Hinzu kommt, dass nur zwei Zustellungsversuche mittels Gerichtsurkunde unternommen wurden (act. 7/7-8). Es fehlt demnach nicht nur an einem dritten formellen Versuch – wie gesehen z.B. an E. _____ –, sondern auch an einer zweiten Zustellungsform etwa via Gerichtswibel, Gemeindeammannamt oder Polizei. Weshalb die Vorinstanz davon absah und direkt die als ultima ratio vorgesehene Publikation vornahm, ist nicht ersichtlich. Namentlich lassen sich den Akten keine Hinweise dafür entnehmen, dass die Unmöglichkeit von Zustellungen an die Schuldnerin allgemein- oder wenigstens gerichtsnotorisch gewesen wäre.

5. Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Publikation der Vorladung zur Konkursverhandlung und anschliessend auch des Konkursentscheides als unzulässig. Die Vorladung gilt demnach nicht als zugestellt. Indem die Vorinstanz die Konkurseröffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren hatte äussern können, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die Konkurseröffnung vom 20. Oktober 2022 ist aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Parteien zu einer neuen Verhandlung vorlädt und alsdann über das Konkursbegehren der Gläubigerin entscheidet. Angesichts des nun bestehenden Prozessrechtsverhältnisses kann, falls die Zustellung der Vorladung erneut scheitert, nach Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO verfahren werden.

6. Es rechtfertigt sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit vorliegendem Entscheid zu verlegen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Das Beschwerdeverfahren wurde durch einen Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens verursacht, den die Parteien nicht zu vertreten haben. Deshalb sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO).

Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Schuldnerin stellte für das Beschwerdeverfahren keinen entsprechenden Antrag (act. 2 S. 2). Eine Entschädigung käme auch nicht in Betracht. Die Gläubigerin kann mangels Kostenpflicht nicht zur Leistung einer Entschädigung verpflichtet werden. Eine Entschädigung aus der Staatskasse kommt – mangels gesetzlicher Grundlage – nur in ganz besonderen Fällen in Frage (BGE 140 III 385 Erw. 4.1). Ein solcher Fall liegt nicht vor. Der Gläubigerin sind schliesslich keine erheblichen Umtriebe entstanden, die zu ersetzen wären (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Oktober 2022 aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an das Konkursgericht zurückgewiesen.
2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren fallen ausser Ansatz. Der von der Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahrens geleistete Vorschuss von Fr. 750.– wird ihr zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Enge-Zürich, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 2, 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. S. Bohli Roth

versandt am:
12. Januar 2023