

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 9. März 2012

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch BA. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 9. Februar 2012 (EK110116)

Erwägungen:

I.

Am 9. Februar 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Andelfingen auf Begehren der Gläubigerin vom 20. Dezember 2011 über die Schuldnerin den Konkurs (act. 2). Mit Eingabe vom 13. Februar 2012 erhob die Schuldnerin dagegen beim Obergericht rechtzeitig Beschwerde, womit sie sinngemäss beantragte, die Konkursöffnung aufzuheben. Sie machte geltend, bis 10. Februar 2012 keinerlei Kenntnis über den Konkurs (gemeint ist wohl das Konkursöffnungsverfahren) gehabt zu haben; sie habe weder einen Zahlungsbefehl noch eine Konkursandrohung bekommen. Sie habe sich mittlerweile im Hinblick auf die Schuldtilgung mit der Gläubigerin in Verbindung gesetzt und werde einen entsprechenden Beleg nachreichen (act. 1).

Mit Präsidialverfügung vom 16. Februar 2012 wurde der Schuldnerin Frist angesetzt, um die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens zu bevorschussen. Gleichzeitig wurde sie darauf hingewiesen, dass die Frist (vorläufig) ausgesetzt werde, sofern sie an ihrem noch nicht begründeten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege festhalte und dazu Unterlagen einreiche (act. 5).

Nach Eingang der erstinstanzlichen Akten wurde der Beschwerde mit Referentenverfügung vom 17. Februar 2012 aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Gläubigerin wurde Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (act. 7).

Mit (an das Obergericht weitergeleiteter) Eingabe vom 5. März 2012 teilte die Gläubigerin der Vorinstanz mit, dass die Schuldnerin sämtliche Forderungen beglichen habe (act. 10). Im Übrigen liessen die Parteien die ihnen angesetzten Fristen ungenutzt verstreichen (vgl. act. 5, 6/1, 7 und 8/2).

II.

Die Konkursöffnung setzt voraus, dass dem Schuldner 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; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt wird, gilt gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, *sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste*.

Die Vorinstanz hat die Konkursöffnungsverhandlung auf den 20. Januar 2012 angesetzt (act. 4/4). Die Verhandlungsanzeige, welche sie zuhanden der Schuldnerin als Gerichtsurkunde versandte, wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert (act. 4/5/2). Ein weiterer Zustellungsversuch ist in den Akten nicht vermerkt. Mit Schreiben vom 20. Januar 2012 wurde die Schuldnerin aufgefordert, sich bis spätestens 27. Januar 2012 mit dem Gericht in Verbindung zu setzen (act. 8). Ein Zustellungsbeleg für dieses Schreiben liegt nicht vor. Eine Kontaktaufnahme ist nicht aktenkundig. Es muss davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin nicht in den Besitz der gerichtlichen Verhandlungsanzeige gelangt ist.

Die von Art. 138 ZPO für eingeschriebene Postsendungen statuierte Fiktion der Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch greift im vorliegenden Fall nicht. Die Schuldnerin musste, selbst wenn sie die Konkursandrohung entgegen ihrer Darstellung erhalten hatte, nicht mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen (ZR 104 Nr. 43; BGE 130 III 396). Das aber wäre Voraussetzung für die Zulässigkeit der Zustellungsfiktion.

Wurde der Schuldnerin die Anzeige der Konkursverhandlung nicht zugestellt, ist ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO müsste der Schuldnerin zur Bevorschussung der obergerichtlichen Kosten eine Nachfrist angesetzt werden. Unter den gegebenen Umständen ist davon abzusehen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz wegen der erfolgten Gehörsverletzung ohne Weiterungen aufzuheben.

III.

Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, damit diese eine neue Konkursverhandlung ansetze und neu über das Konkursbegehren entscheide, erübrigt sich. Die Gläubigerin hat der Vorinstanz mit Schreiben vom 5. März 2012 mitgeteilt, dass die Schuldnerin sämtliche Forderungen beglichen habe und das Konkursbegehren vom 20. Dezember 2011 als gegenstandslos zu betrachten sei (act. 10). Die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung sind damit heute nicht mehr erfüllt.

IV.

Da die Schuldnerin das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat, sind ihr die erstinstanzlichen Kosten aufzuerlegen. Zwar macht die Geschäftsführerin geltend, weder einen Zahlungsbefehl noch eine Konkursandrohung erhalten zu haben (act. 1). Das Betreibungsamt hat indessen auf den der Vorinstanz von der Gläubigerin eingereichten Gläubigerexemplaren festgehalten, dass der Zahlungsbefehl am 23. September 2011 und die Konkursandrohung am 10. November 2011 zugestellt wurde (act. 4/2–3). Betreuungsurkunden, die für eine juristische Person bestimmt sind, können, wenn deren Vertreter im Geschäftslokal nicht angetroffen wird, an einen andern Angestellten ausgehändigt werden (Art. 65 SchKG). Wenn die Geschäftsführerin davon keine Kenntnis erhielt, ist dies unerheblich.

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz, weil die Parteien den Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu vertreten haben. Auch die Kosten des Konkursamtes C. _____ sind auf die Staatskasse zu nehmen (OGer ZH, PS110149 vom 23. August 2011).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 9. Februar 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird der Schuldnerin auferlegt. Die Schuldnerin wird verpflichtet, der Gläubigerin den Betrag von Fr. 400.– zu ersetzen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Konkursamtes C. _____ werden auf die Staatskasse genommen.
5. Das Konkursamt C. _____ wird angewiesen, den ihm vom Konkursgericht überwiesenen Rest des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses (Fr. 1'800 – Fr. 400 = Fr. 1'400) an die Gläubigerin zurückzuerstatten.
6. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage einer Kopie von act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Andelfingen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C. _____, je gegen Empfangsschein.
8. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: