

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110239-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 18. April 2012

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 29. November
2011 (EK111758)

Erwägungen:

1. Am 29. November 2011 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde in der Folge entsprochen (Beschluss vom 16. Dezember 2011, act. 15).
2. a) Mit Beschluss vom 16. Dezember 2011 setzte die Kammer den Beschwerdeentscheid aus und überwies die Akten dem Bezirksgericht Zürich als untere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter zum Entscheid über die Gültigkeit des Zahlungsbefehls bzw. der Konkursandrohung (act. 15). Im Beschluss erwog die Kammer u.a., zweifellos sei C._____, welche die betreffenden Betreibungsurkunden (Zahlungsbefehl und Konkursandrohung) entgegen genommen habe, nicht im Handelsregister der Schuldnerin eingetragen. Eine Ersatzzustellung gemäss Art. 65 Abs. 2 SchKG sei aber nur zulässig, wenn die Zustellung an einen Vertreter gemäss Art. 65 Abs. 1 Ziff.2 SchKG erfolglos versucht worden sei. Ob dies vorliegend passiert sei, gehe aus den Akten nicht hervor. Sollte es zutreffen, dass C._____ nie bzw. im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Betreibungsurkunden nicht Angestellte (Sekretärin) der Schuldnerin gewesen sei, wäre u.U. auch die Ersatzzustellung nicht rechtmässig erfolgt. Es werde Sache der Aufsichtsbehörde sein, zu klären, ob Zahlungsbefehl und Konkursandrohung nichtig seien oder ob korrekt zugestellt worden sei (act. 15 Erw. 3 b-c).

Die Aufsichtsbehörde stellte mit Beschluss vom 11. April 2012 fest, dass die Zustellung des Zahlungsbefehls vom 13./15. September 2011 und die Konkursandrohung vom 6. Oktober 2011 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes D._____ nichtig seien (act. 20 S. 13).

b) Damit ein Konkurs eröffnet werden kann, muss u.a. ein gültiger Zahlungsbefehl und eine gültige Konkursandrohung vorliegen (Art. 88 Abs. 1 bzw. Art. 166 Abs. 1 SchKG). Da die Aufsichtsbehörde mit Beschluss vom 11. April 2012 die Nichtigkeit der dem Konkursbegehren zugrunde liegenden

Betreibungsurkunden (Zahlungsbefehl und Konkursandrohung) festgestellt hat, ist die Konkurseröffnung vom 29. November 2011 aufzuheben. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet.

3. Von der Erhebung von Kosten für das Konkurseröffnungsverfahren ist abzu-
sehen, da die Gläubigerin das Konkursbegehren im Vertrauen auf die Gültigkeit der vom Betreibungsamt ausgestellten Konkursandrohung gestellt hat. Die beim Konkursamt E._____ entstandenen Verfahrenskosten sind auf die Staatskasse zu nehmen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Staat schuldet in solchen Fällen keine Entschädigung und eine Partei wird nur in dem Verhältnis entschädigungspflichtig, in welchem ihr Kosten auferlegt werden (Art. 106 ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. November 2011, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Entscheidunggebühren erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Kasse des Bezirksgerichtes Zürich wird angewiesen, die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene Spruchgebühr von Fr. 400.- dem Konkursamt E._____ zu überweisen.
5. Das Konkursamt E._____ wird angewiesen, die konkursamtlichen Kosten auf die Staatskasse zu nehmen und den bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'800.- (Fr. 1'400.- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses, Fr. 400.- Überweisung der Kasse des Bezirksgerichtes Zürich gemäss Dispositiv Ziff. 4 vorstehend) der Gläubigerin aus-zuzahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich, an die Obergerichtskasse und die Kasse des Bezirksgerichtes Zürich sowie an das Konkursamt E._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.
7. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: