

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120062-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 20. April 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ Genossenschaft,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 16. März 2012 (EK120025)

Erwägungen:

1. Am 16. März 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 8 = act. 9/5). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1 S. 2). Letztere wurde mit Verfügung der Kammer vom 2. April 2012 gewährt (act. 10).

2. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Schuldnerin die Vorladung der Vorinstanz zur Konkursverhandlung vom 15. März 2012 nicht entgegengenommen bzw. am Postschalter nicht abgeholt hat (act. 9/3). Weitere Zustellungsversuche sind aus den Akten nicht ersichtlich. Schliesslich geht aus dem Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich vom 29. März 2012 (act. 5) hervor, dass sich der Sitz der Schuldnerin nach wie vor ... [an der Adresse] Z. _____ befindet (vgl. dazu auch act. 9/4 und act. 1 S. 1).

Gemäss ständiger Praxis der Kammer begründet die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner kein Prozessrechtsverhältnis (ZR 104 Nr. 43; vgl. auch Urteil 5A_895/2011 vom 6. März 2012 E. 3.2). Demnach musste die Schuldnerin im Konkursöffnungsverfahren nicht mit gerichtlichen Sendungen rechnen.

Kommt eine an die letztbekannte Adresse gesandte Gerichtsurkunde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück, kann sie daher nicht als zugestellt gelten (vgl. auch Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Es lässt sich auch nicht als Zustellungsvereitelung auslegen, dass der Schuldnerin die Vorladung des Einzelgerichts in Konkursachen nicht zugestellt werden konnte. Indem das Einzelgericht die Konkursöffnung aussprach (act. 8), ohne der Schuldnerin die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Konkursbegehren einzuräumen, missachtete es deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich.

3. An sich wäre die Sache zu erneuter Vorladung zur Konkursverhandlung und zur neuen Entscheidung an das Einzelgericht zurückzuweisen. Davon kann indes abgesehen werden. Die Schuldnerin leistete am 1. Februar 2012 eine Teilzahlung von Fr. 5'567.75 an das Betreibungsamt C. _____ (act. 4/3). Somit verblieb eine

offene Forderung von Fr. 3'575.10. Diesen Betrag hinterlegte die Schuldnerin mit Einzahlung vom 21. März 2012 bei der Obergerichtskasse (act. 4/4 S. 1). Folglich wurde die Forderung durch die Schuldnerin mittlerweile vollständig beglichen bzw. hinterlegt. Ferner stellte sie auch die Kosten des Konkursamtes (inkl. Kosten des Einzelgerichts) sicher und leistete den Barvorschuss für die zweitinstanzliche Spruchgebühr (act. 4/4 S. 2 ; act. 4/5). Bei dieser Sachlage ist so zu verfahren, wie wenn die Schuldnerin die dem Konkursbegehren zu Grunde liegende gesamte Schuld bereits vor dem Entscheid des Einzelgerichts in Konkursachen getilgt hätte. Ausgangsgemäss erübrigt sich die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. Die erstinstanzliche Spruchgebühr ist der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursachte. Hingegen fällt die zweitinstanzliche Spruchgebühr aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensfehlers ausser Ansatz. Für die Zusprechung einer Prozessentschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren an die Schuldnerin aus der Gerichtskasse fehlt es an der gesetzlichen Grundlage.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 16. März 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr wird der Schuldnerin auferlegt. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 3'575.10 der Gläubigerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur und das Konkursamt C. _____ sowie an die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C. _____, je gegen Empfangsschein.
6. 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. M. Weibel

versandt am: