



**Kantonsgericht von Graubünden  
Dretgira chantunala dal Grischun  
Tribunale cantonale dei Grigioni**

---

Ref.:  
KSK 10 105

Chur, 17. Dezember 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

# Verfügung

## Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

Präsident Brunner

In der Schuldbetreibungs- und Konkursbeschwerde

der X., Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten Maloja vom 4. November 2010, mitgeteilt am 4. November 2010, in Sachen der Y., Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Ladina Sturzenegger, Via Tinus 3, 7500 St. Moritz, gegen die Beschwerdeführerin,

betreffend Konkurseröffnung.

wird nach Einsichtnahme in die Beschwerde vom 01. Dezember 2010, in die von der Vorinstanz zugestellten Verfahrensakten sowie nach Feststellung und in Erwägung,

- dass die Y. am 06. Oktober 2010 beim Bezirksgerichtspräsidenten Maloja das Gesuch um Eröffnung des Konkurses über die X. stellte,
- dass dieses Gesuch gestützt auf die am 04. März 2010 ausgestellte Konkursandrohung erfolgte, welche gleichentags der Gesellschafterin A. ausgehändigt wurde,
- dass das Bezirksgerichtspräsidium Maloja der Schuldnerin am 06. Oktober 2010 die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 04. November 2010 mit eingeschriebener Postsendung zustellte,
- dass diese Vorladung von der X. bei der Post nicht abgeholt wurde, so dass diese dem Bezirksgericht Maloja retourniert wurde,
- dass das Bezirksgerichtspräsidium Maloja gemäss handschriftlicher Notiz auf dem Briefumschlag der retournierten Postsendung die Vorladung am 19. Oktober 2010 per A-Post an die Vertreterin der X., A., zustellte,
- dass die Konkursverhandlung offensichtlich in Abwesenheit der Schuldnerin am 04. November 2010 stattfand und am gleichen Tag über sie der Konkurs eröffnet wurde,
- dass der Konkursentscheid am 04. November 2010 mitgeteilt wurde, indessen nicht zugestellt werden konnte,
- dass die Schuldnerin der Post einen Rückbehalteauftrag bis am 01. Dezember 2010 erteilt hatte,
- dass die X. am 22. November 2010 dem Bezirksgerichtspräsidium Maloja mitteilte, sie habe am 19. November 2010 von der Bank erfahren, dass über sie der Konkurs eröffnet worden sei,
- dass das Bezirksgerichtspräsidium Maloja am 26. November 2010 der Schuldnerin mitteilte, sie müsse sich für eine allfällige Beschwerde an das Kantonsgericht wenden,

- dass die X. am 01. Dezember 2010 (Poststempel) beim Kantonsgericht von Graubünden Beschwerde gegen die Konkursöffnung einreichte und geltend machte, sie habe die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht erhalten,
- dass gemäss Art. 186 SchKG den Parteien wenigstens drei Tage vorher die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren anzuzeigen ist,
- dass es grundsätzlich genügt, wenn die Vorladung mit eingeschriebener Postsendung zugestellt wird,
- dass die Vorladung aber erst dann als rechtsgültig zugestellt gilt, wenn sie einer Person ausgehändigt wird, welche zur Entgegennahme befugt war, was bei einer GmbH unter anderem ein Mitglied der Geschäftsführung ist (vgl. Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel 1998, N 11 zu Art. 168 SchKG),
- dass im vorliegenden Fall erstellt ist, dass die mit eingeschriebener Postsendung zugestellte Vorladung bei der Post nicht abgeholt wurde und somit nicht zugestellt werden konnte,
- dass sich das Bezirksgericht Maloja auch nicht auf die Zustellfiktion gemäss bundesgerichtlicher Praxis berufen kann, welche grundsätzlich davon ausgeht, dass eine Gerichtsurkunde als zugestellt gilt, wenn der Empfänger diese auch nach Ansetzung der siebentägigen Abholfrist durch die Post nicht abholt,
- dass eine Zustellung in diesem Fall nur angenommen werden darf, wenn der Adressat mit der Zustellung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit hatte rechnen müssen,
- dass dies angenommen werden darf, wenn ein Prozessrechtsverhältnis bereits entstanden ist, das heisst wenn die betreffende Partei von einem sie betreffenden Verfahren Kenntnis erhalten hat und demnach nach Treu und Glauben mit der Zustellung weiterer Post durch das Gericht rechnen muss (vgl. dazu BGE 130 III 396),
- dass die blossе Zustellung der Konkursandrohung nicht dazu führt, dass der Schuldner unmittelbar mit der Einleitung eines Konkursöffnungsverfahrens rechnen muss, da dem Gläubiger einerseits gemäss Art. 166 SchKG dafür 15 Monate seit Zustellung des Zahlungsbefehls Zeit bleibt und andererseits der Gläubiger an den Richter gelangen muss (anderer Meinung: Philippe

Nordmann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage, Basel 2010, N 13 zu Art. 169 SchKG),

- dass die Auffassung des Kantonsgerichts umso begründeter ist, als die Konkursandrohung bereits am 04. März 2010 zugestellt, das Konkursbegehren indessen erst am 06. Oktober 2010 eingereicht wurde,
- dass somit die mit eingeschriebener Post versandte Vorladung nicht als zugestellt gilt,
- dass die Schuldnerin den Empfang der offenbar am 19. Oktober 2010 per A-Post zugestellten Vorladung bestreitet und somit ein Beweis für die Zustellung fehlt (vgl. BGE 121 III 11)
- dass somit festzuhalten ist, dass der Schuldnerin die Vorladung nicht rechtsgültig zugegangen ist,
- dass die Konkursverfahren somit unter Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Schuldnerin durchgeführt wurde, was zur Aufhebung des Konkursentscheides führt,
- dass unter den gegebenen Umständen auch für die Zustellung des Konkursentscheides die Zustellfiktion nicht gilt, da die Schuldnerin vom laufenden Verfahren keine Kenntnis hatte,
- dass somit nicht festgestellt werden kann, wann die Schuldnerin genau vom Konkursentscheid Kenntnis erhielt,
- dass somit nicht von einer verspäteten Beschwerde ausgegangen werden kann,
- dass die Beschwerde somit gutzuheissen und der angefochtene Konkursentscheid aufzuheben ist,
- dass die Sache somit an die Vorinstanz zur Durchführung eines neuen Konkursverfahrens zurückzuweisen ist,
- dass bei diesem Ausgang die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu Lasten des Kantons Graubünden gehen,

- dass dieser Entscheid in Anwendung von Art. 12 Abs. 3 GOG in einzelrichterlicher Kompetenz ergeht,

**verfügt:**

1. Die Beschwerde wird gutheissen, der angefochtenen Konkursentscheid aufgehoben und die Sachen zur Durchführung eines neuen Konkurseröffnungsverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 500.-- gehen zu Lasten des Kantons Graubünden.
3. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. c/d des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
4. Mitteilung an: