

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130134-O/ U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Beschluss vom 3. Oktober 2013

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ SA [Versicherung],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. September 2013 (EK131357)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist eine seit dem tt. Juli 2009 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), welche den Vertrieb eines Restaurants insbesondere mit kurdischen Spezialitäten und "Take a way" Produkten aller Art bezweckt (act. 5).

2. Mit Urteil vom 11. September 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 7/5 [= act. 3] Dispositivziffer 1). Mit rechtzeitig (vgl. act. 7/7) eingereichter Beschwerde vom 18. September 2013 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 1). Sie macht im Wesentlichen geltend, dass sie die Vorladung des Konkursgerichts zur Konkursöffnungsverhandlung nicht erhalten habe.

3. Mit Präsidialverfügung vom 19. September 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-7).

II.

1. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich nicht, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte. Die Vorinstanz hat die Konkursöffnungsverhandlung auf den 11. September 2013, 10.00 Uhr, angesetzt (act. 7/3). Die am 8. August 2013 als Gerichtsurkunde an die Schuldnerin versandte Verhandlungsanzeige wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert. Ein zweiter Versand erfolgte nicht eingeschrieben, per A-Post (act. 7/4). Der Vorderrichter erachtete die erfolgten

Zustellversuche zunächst mittels Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post an die Schuldnerin offenbar als rechtsgenügend und eröffnete – da die weiteren Voraussetzungen erfüllt waren – den Konkurs (act. 3). Da kein Zustellungsnachweis vorliegt, ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin nicht in den Besitz der gerichtlichen Verhandlungsanzeige gelangt ist.

2. 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. 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 insoweit, 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. Nach ständiger Praxis der Kammer (ZR 104 Nr. 43) vermag indes die blosser Zustellung der Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt 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 (vgl. hierzu BGE 130 III 396).

3. Da die Schuldnerin mangels eines bestehenden Prozessrechtsverhältnisses nicht mit gerichtlichen Zustellungen rechnen musste, kann auch nicht gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO präsumiert werden, die Vorladung gelte als zugestellt. Indem der Vorderrichter die Konkursöffnung dennoch aussprach, obschon die Schuldnerin sich nicht zum Konkursbegehren äussern konnte, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz ist nicht möglich, weshalb der angefochtene Entscheid wegen Verletzung des Anspruchs der Schuldnerin auf rechtliches Gehör aufzuheben ist.

4. Aufgrund der dargelegten Erwägungen erweist sich die Beschwerde der Schuldnerin als begründet. In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Entscheid aus dem genannten formellen Grund aufzuheben und die Sache ist zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

5. Die Prozesskosten für das Beschwerdeverfahren, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung, werden gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Massgebend dafür ist, ob und in welchem Umfang als Folge des Rechtsmittelbegehrens zulasten der Gegenpartei eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheides bewirkt wird (BSK-RÜEGG, Art. 106 N 5; ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl. 2013, Art. 106 N 6; FISCHER, Stämpflis Handkommentar ZPO, Art. 106 N 13; URWYLER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 2). Somit kann eine Gegenpartei bei Obsiegen des Rechtsmittelklägers grundsätzlich kostenpflichtig werden, auch wenn sie auf eine Stellungnahme im Rechtsmittelverfahren verzichtete. Von diesem Verteilungsgrundsatz kann jedoch abgewichen und die Prozesskosten können nach Ermessen verteilt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die eine solche Verteilung als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Davon ist auszugehen, wenn sich die rechtsmittelbeklagte Partei vom vorinstanzlichen Entscheid distanzierte (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl. 2013, Art. 106 N 8 und Art. 107 N 22; BSK-RÜEGG, Art. 106 N 5). Vorliegend hat die Gläubigerin im Rechtsmittelverfahren allerdings eine Beschwerdeantwort eingereicht und sinngemäss einen Antrag auf Abweisung der Beschwerde gestellt (vgl. act. 12). Sie identifizierte sich damit mit dem vorinstanzlichen Entscheid, weshalb eine Kostenaufgabe nach Unterliegen zulasten der Gläubigerin als angezeigt erscheint.

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzulegen und der Gläubigerin aufzuerlegen. Sodann ist diese zu verpflichten, der Schuldnerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen. Das Gesuch der Schuldnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird dadurch hinfällig (act. 2).

Es wird beschlossen:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 11. September 2013, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Das Verfahren wird zur Wiederholung der Konkursverhandlung und zum neuen Entscheid an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich zurückgewiesen.
3. Das Verfahren wird in Bezug auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beschrieben.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Beschwerdegegnerin auferlegt.
5. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage einer Kopie von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner 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. K. Graf

versandt am: