

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120243-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 28. Januar 2013

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X._____,

betreffend **Konkurseröffnung**
(Überschuldungsanzeige durch die Revisionsstelle)

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Dezember 2012 (EK121884)

Erwägungen:

1. Am 6. Dezember 2012 war über die Schuldnerin auf Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle hin der Konkurs eröffnet worden (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 16. Dezember 2012 beantragte Verwaltungsrat Rechtsanwalt Dr. X. _____ (vgl. act. 5) namens der Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2012 wurde der Schuldnerin eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 1'000.- angesetzt (act. 6). Der Kostenvorschuss wurde zwar verspätet geleistet (act. 8 i.V.m. act. 6 und act. 7/1), jedoch hätte gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO noch eine Nachfrist angesetzt werden müssen, weshalb der Kostenvorschuss als rechtzeitig bezahlt gilt.
2. Zur Begründung der Beschwerde führte die Schuldnerin aus, es liege keine Überschuldung der Gesellschaft vor. Vielmehr werde der Hauptaktionär der Gesellschaft, B. _____ aus C. _____ [Staat in Europa], innerhalb der kommenden 10 Tage einen Betrag in Höhe von mindestens 35'000.00 CHF auf das Konto der Gesellschaft einzahlen, womit die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft gewährleistet sein werde. Nach alledem könne von einer Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nicht die Rede sein und es sei der Beschwerde stattzugeben (act. 3).
3. Das vorliegende Verfahren ist ein Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO (vgl. Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (vgl. ZR 110/2011 Nr. 5). Dabei kann unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Nach Art. 326 Abs. 1 ZPO sind neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. In Abs. 2 werden besondere Bestimmungen des Gesetzes vorbehalten. Als solche besondere Bestim-

mungen, welche eine Ausnahme erlauben, gelten Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG betreffend die Beschwerde gegen eine Konkureröffnung. Art. 174 Abs. 1 SchKG, wonach in der Beschwerde unechte Noven vorgebracht werden können, gilt auch bei der Konkureröffnung nach einer Überschuldungsanzeige. Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend als zulässig genannten echten Noven sind dagegen nicht auf eine Konkureröffnung nach Überschuldungsanzeige zugeschnitten. Ein Analogieschluss auf weitere Arten von echten Noven wird mehrheitlich abgelehnt (vgl. die Ausführungen der Kammer in *OGer ZH PS110058* vom 15. Juli 2011, E. III./1.; vgl. auch BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Auflage 2010, Art. 194 N 8). Wird in der Lehre die Frage diskutiert, inwieweit Nachbringen **während** der Beschwerdefrist zulässig sind, ist klar, dass Weiterungen und Ergänzungen **nach** Ablauf der Beschwerdefrist unzulässig sind. Dafür darf auch keine Frist mehr angesetzt werden. Diesbezüglich sieht auch Art. 174 SchKG keine Ausnahme vor.

4. Selbst wenn vorliegend echte Noven zugelassen würden, so vermochte die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren keine Urkunden einzureichen, die belegen, dass sich die Bilanzdaten im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides anders darstellen als auf Grund der von der Vorinstanz gutgeheissenen Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle.

Im Beschwerdeverfahren bestritt die Schuldnerin die von der Vorinstanz festgestellte Überschuldung (mindestens) seit Ende 2010 (vgl. act. 3 S. 4) nicht, sondern behauptete, es werde in Bälde eine Geldzahlung des Hauptaktionärs eintreffen. Die Schuldnerin unterliess es aber, diese Behauptung mit Urkunden innert der Beschwerdefrist zu belegen. Zudem würde die Gewährung eines Darlehens nicht ausreichen, vielmehr müsste auch eine Rangrücktrittserklärung abgegeben werden.

5. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

6. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten der zweiten Instanz sind mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Durch die Abweisung der Beschwerde bleibt auch das erstinstanzliche Kostendispositiv rechtskräftig.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Dezember 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, an das Konkursamt D._____ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
5. 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: