

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130076-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Beschluss und Urteil vom 7. Juni 2013

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. April 2013 (EK130386)

Erwägungen:

1. Am 17. April 2013 wurde über die A._____ AG der Konkurs eröffnet (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses (act. 2).
2. Betreffend die der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Betreibungen hatte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht Zürich eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld gemäss Art. 85a SchKG erhoben und ein Gesuch um vorläufige Einstellung der Betreibungen Nr. ... und ... des Betreibungsamtes C._____ (Art. 85a Abs. 2 SchKG) gestellt. Am 10. April 2013 wies das Einzelgericht für SchKG-Klagen des Bezirksgerichtes Zürich das Gesuch der A._____ AG um vorläufige Einstellung der Betreibungen ab (PS130075 act. 13 S. 4). In der gleichentags erlassenen Verfügung trat die Vorinstanz auf diverse Anträge der A._____ AG nicht ein und setzte ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (PS130075 act. 13 S. 4). Gegen beide Entscheide erhob die A._____ AG Beschwerde beim Obergericht, welches das Verfahren unter der Prozess Nr. PS130075 anlegte. Da die beiden Verfahren, wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt, zusammen hängen, ist das Geschäft Nr. PS130075 im vorliegenden Verfahren beizuziehen.
3. Die Beschwerdeführerin stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Anträge 10-11). Da eine juristische Person grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat (Art. 117 ZPO, Lukas Huber, DIKE-Komm ZPO, Art. 117 N 7), ist das Gesuch abzuweisen. Ausserdem erweist sich die Beschwerde, wie sich aus nachstehenden Erwägungen ergibt, von Anfang an als aussichtslos (Art. 117 ZPO).
4. a) Soweit die A._____ AG mit ihrer Beschwerde die Aufhebung der Verfügungen des Einzelgerichtes Audienz des Bezirksgerichtes Zürich verlangte (Antrag Nr. 9), ist mangels Zuständigkeit darauf nicht einzutreten.

b) Im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist kein Beweisverfahren über den Bestand bzw. die Höhe der Konkursforderungen durchzuführen. Unabhängig davon, ob der Schuldner die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung bestreitet, weist das Obergericht dessen Beschwerde ab, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht erfüllt sind. Der in diesem Zusammenhang gestellte Antrag auf Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zur Erledigung des Verfahrens in Sachen der Parteien vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen (Antrag Nr. 13) ist deshalb abzuweisen.

c) Auf die Anträge auf Abweisung der beiden zum Konkurs führenden Beitreibungsforderungen (sinngemäss dürfte damit die Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld gemäss Art. 85a SchKG gemeint sein) und Nichtigerklärung des Konkurses ist nicht einzutreten (Nr. 14-15). Ebenso wenig ist auf die die Verrechnungseinrede betreffenden Anträge (Nrn. 16-18, 19-25) einzutreten. Diese Vorbringen waren Gegenstand des Verfahrens PS130075 (vor Vorinstanz FV130064) betreffend Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld (Art. 85a SchKG). Dieses Verfahren wurde mit Beschluss des Obergerichtes vom 6. Juni 2013 erledigt (act. 11).

d) Dass die Vorinstanz die Konkurseröffnung der Gegenpartei, dem beauftragten Konkursamt, dem Betreibungsamt C._____ und dem Handelsregisteramt mitgeteilt hat, ist entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin (act. 2 S. 4) nicht zu beanstanden. Die gesetzliche Grundlage findet sich in Art. 176 SchKG. Auch der Gläubiger, welcher das Gesuch gestellt und vorerst für die Verfahrenskosten aufzukommen hat, hat ein Recht darauf, dass ihm der Entscheid zugestellt wird.

e) Soweit die Schuldnerin rügte, die Aufsichtsbehörde über Betreibungsämter habe diverse Anträge nicht berücksichtigt (act. 2 S. 4-5), und die entsprechende Abänderung des Beschlusses verlangte, ist darauf mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

- f) Auch auf den Antrag auf Zusprechung einer Entschädigung von Fr. 11'000.- (Antrag Nr. 27) ist mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.
5. a) Gemäss Art. 173 SchKG hat das Konkursgericht den Entscheid über den Konkurs auszusetzen, wenn vom Gericht gemäss Art. 85 Abs. 2 die Einstellung der Betreuung verfügt wird. Entgegen dem Wortlaut von Art. 173 Abs. 1 SchKG wird aber die Aussetzung des Entscheides über die Konkurseröffnung nicht nur angeordnet, wenn die Einstellung der Betreuung vom Richter bereits verfügt wurde, es genügt, wenn die betriebene Partei im Rahmen ihrer negativen Feststellungsklage ihr Gesuch um Eistellung der Betreuung vor der Konkursverhandlung eingereicht hat (BGer 5A_540/210 vom 28. Oktober 2010 Erw. 3; BGE 133 III 684 Erw. 3.2 = Pra 97 [2008] Nr. 75 Erw. 3.2). Das Konkursgericht entscheidet erst materiell über das Konkursbegehren, wenn das Gericht über den Einstellungsantrag gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG entschieden hat (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage, Art. 173 N 10).
- b) Da das Einzelgericht für SchKG-Klagen in seinem Urteil vom 10. April 2013 die vorläufige Einstellung der Betreibungen abgewiesen hatte, konnte das Konkursgericht am 17. April 2013 – ohne Überprüfung des Entscheides gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG (vgl. BSK II-Giroud, a.a.O., Art. 173 N 5) – den Konkurs eröffnen. Die Rechtsmittelfrist musste es nicht mehr abwarten, da der Entscheid nur mittels Beschwerde, welcher von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, angefochten werden konnte (Art. 325 Abs. 1 ZPO).
6. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

- b) Seit dem 1. Januar 2011 ist das gegen Konkurseröffnungen zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 Ziff. 6 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
7. Innert der Beschwerdefrist hat die Beschwerdeführerin weder Urkunden (wie Bilanzen, Bankkontoauszüge, Kreditoren-/Debitorenliste etc.) zum Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit eingereicht noch hat sie einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachgewiesen. Vor Vorinstanz hat zwar die Beschwerdeführerin eine nicht unterzeichnete Bilanz per 10. April 2012 eingereicht (act. 8/8/2), mit dieser allein kann allerdings die Zahlungsfähigkeit nicht nachgewiesen werden. Von Interesse wären vor allem auch Bankkontoauszüge gewesen. Zu bemerken ist noch, dass mit einer Solvenzerklärung der Nachweis der Zahlungsfähigkeit nicht erbracht werden kann. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer bei der Vorinstanz eingereichten Solvenzerklärung ausgeführt, sie würden die Forderungen von B._____ nicht bezahlen, da sie die Forderungen vollständig bestreiten (act. 8/8/1). Es liegt demnach kein Konkurshinderungsgrund vor.
- Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen. Ein Eingehen auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin erübrigt sich unter diesen Umständen.
8. Das beim Gericht am 10. bzw. 14. Mai 2013 eingegangene Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 5 nicht unterzeichnet, act. 9 unterzeichnet) ist mit der sofortigen Entscheidung hinfällig geworden.

9. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und vorsorglich zur Kollokation anzumelden.

Es wird beschlossen:

1. Das Geschäft Nr. PS130075 wird im vorliegenden Verfahren beigezogen.
2. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Das Gesuch um Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zur Erledigung des Verfahrens in Sachen der Parteien vor der Schlichtungsbehörde in Mietsachen wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachstehendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die vorliegenden Verfahrenskosten werden vorsorglich zur Kollokation angemeldet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), an das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, z.Hd. Prozess Nr. PS130075 und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, je gegen Empfangsschein.

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: