

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140246-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

Beschluss und Urteil vom 20. November 2014

in Sachen

A._____ AG,

(vormals B._____ AG),

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

C._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch D._____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 7. Oktober 2014 (EK140161)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 7. Oktober 2014, nach Bezahlung des Kostenvorschusses von Fr. 2'000.-- durch die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin), eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster für eine Forderung von Fr. 41'479.60 einschliesslich Zinsen, Gläubiger- und Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Volketswil, act. 8/2/1A und act. 8/2/2B) sowie für eine weitere Forderung von Fr. 20'452.-- einschliesslich Zinsen, Gläubiger- und Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 2 des Betreibungsamtes Volketswil, act. 8/2/1C und act. 8/2/2D) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 8/6 = act. 7).

2. Mit rechtzeitig überbrachter Beschwerde vom 8. Oktober 2014 liess die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 und act. 5/3-13).

Zur Begründung ihrer Beschwerde liess die Schuldnerin geltend machen, die beiden Konkursforderungen seien bereits vor der Konkursöffnung bezahlt worden, weshalb ihr Verwaltungsrat irrtümlich davon ausgegangen sei, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung vor dem Bezirksgericht Uster obsolet sei. Auch die Gläubigerin habe der Vorinstanz die Bezahlung der Forderungen nicht mitgeteilt (act. 2 S. 6).

3. Mit Präsidialverfügung vom 9. Oktober 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin aufgefordert, für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- zu bezahlen (act. 9). Dieser wurde fristgemäss geleistet (act. 10/1 und act. 17).

4. Mit Eingabe vom 15. Oktober 2014 und somit innerhalb der Rechtsmittelfrist liess die Schuldnerin gestützt auf den vom 14. Oktober 2014 datierten Ver-

zucht der Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses (act. 13 - 14) erneut die Aufhebung des Konkurses beantragen (act. 15 und act. 16/1-3).

5. Die Schuldnerin hat zufolge Statutenänderung vom 28. Oktober 2014 ihren Namen von B._____ AG in A._____ AG geändert und ihren Sitz von E._____ nach F._____ verlegt. Die Namensänderung und Sitzverlegung wurden im Tagesregister des Handelsregisters des Kantons Zürich am tt. November 2014 eingetragen und im SHAB vom tt. November 2014 publiziert (act. 19/1-2, act. 21 S. 2 und act. 22). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen.

6.1 Mit Eingabe vom 10. Oktober 2014 mit der Überschrift "Beschwerde gegen Konkurseröffnung" beantragte G._____ als Drittgläubiger der Schuldnerin, es seien für den Fall, dass die Beschwerde der Schuldnerin vom 8. Oktober 2014 abgewiesen werden sollte, vor Ausfällung des Beschwerdeentscheides die Konkursakten von Amtes wegen dem Nachlassgericht zur Prüfung von Sanierungsaussichten zu überweisen. Eventualiter sei er (G._____) vor einer Ausfällung des Beschwerdeentscheides zu orientieren, damit er beim Nachlassgericht selber ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen könne (act. 11 und act. 12/1-3). Als Drittgläubiger ist G._____ nicht Prozesspartei des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, und der heutige Entscheid ist ihm daher auch nicht zuzustellen.

6.2 Zur Diskussion steht das Überweisen der Akten von Amtes wegen, im Sinne von Art. 173a Abs. 2 SchKG. Der Antragsteller nennt mehrere Literaturstellen, wonach das auch der Beschwerdeinstanz möglich ist, und das scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen. In dieser Situation kann tatsächlich jeder beliebige Dritte dem Gericht sachbezogene Informationen oder Anregungen zukommen lassen, die von Amtes wegen zu prüfen sind - dass sie vor dadurch ausgelösten Massnahmen dem direkt betroffenen Schuldner zur Kenntnis zu bringen sind, ergibt sich aus dem Grundsatz des Gehörs, ist hier allerdings nicht weiter zu verfolgen. Bei einem Gesuch des Gläubigers um Einleitung des Nachlassverfahrens können wohl aus praktischen Gründen keine so detaillierten Unterlagen verlangt werden wie vom Schuldner selbst. Allerdings muss der Nachlassvertrag doch in den groben Umrissen erkennbar sein, damit seine Aussichten auch nur grob ab-

geschätzt werden können (KuKo SchKG-Hunkeler, 2. Aufl., Art. 293 N 46), und das gilt für ein selbstständiges Gesuch ebenso wie für die Überweisung der Akten durch das Konkursgericht. Der Umstand, dass offenbar während längerer Zeit über eine Sanierung diskutiert wird und auch bereits ein Erwerb des maroden Betriebes durch einen Vierten in Aussicht steht (worüber nichts Näheres bekannt ist), genügt dafür nicht. Die Situation der Schuldnerin bleibt im Übrigen völlig im Dunkeln. Sie will eine Liegenschaft verkauft und daraus flüssige Mittel von Fr. 3 Mio. generiert haben, wovon im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung noch rund Fr. 2,4 Mio. flüssig verfügbar gewesen sein sollen, und sie erwartet aus dem Verkauf ihrer Betriebsaktiven weitere Fr. 0,9 Mio. Dem stellt sie betriebene Forderungen von rund Fr. 515'000.-- gegenüber. Ohne weitere Angaben zu anderen Verbindlichkeiten (die ja bestehen müssen, sonst verhandelte man nicht über eine Sanierung, und mit freien Fr. 2,4 Mio. auf dem Konto fällt man wegen Forderungen von Fr. 62'000.-- nicht in Konkurs) lässt sich kein Bild über die finanzielle Lage der Schuldnerin gewinnen, und erst recht sind die Aussichten für einen Nachlassvertrag auch nicht ansatzweise erkennbar. Der Konkursentscheid kann daher nicht im Sinne von Art. 173a SchKG ausgesetzt werden.

7. Mit Schreiben vom 14. November 2014, beim Obergericht eingegangen am 17. November 2014, zog der Rechtsvertreter der Schuldnerin wie angekündigt (act. 20) die gegen die Konkursöffnung eingereichte Beschwerde zurück und ersuchte um Neueröffnung des Konkurses (act. 21). Das Verfahren ist entsprechend abzuschreiben.

Da der Beschwerde mit Verfügung vom 9. Oktober 2014 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs über die Schuldnerin neu zu eröffnen.

8. Mit dem Rückzug bleibt es bei der erstinstanzlichen Regelung der Kostenfolge. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens im Umfang von Fr. 450.-- der Schuldnerin aufzuerlegen. Eine Parteienschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkannt:

1. Über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **20. November 2014, 08.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Dübendorf wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 450.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (unter Beilage einer Kopie von act. 11 inkl. Beilagenverzeichnis; an die Gläubigerin zusätzlich unter Beilage eines Doppels von act. 21) sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Volketswil sowie an die Obergerichtskasse, 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.

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: