

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160089-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 25. Mai 2016

in Sachen

Aktiengesellschaft A._____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

betreffend **Nachlassstundung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Hinwil vom 28. April 2016 (EC160005)

Erwägungen:

I.

1. Der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) wurde die provisorische Nachlassstundung am 11. Februar 2016 bis zum 11. April 2016 gewährt und alsdann bis zum 11. Mai 2016 verlängert. Nach Eingang des Berichts der provisorischen Sachwalterin wurde auf den 27. April 2016 zur Verhandlung vorgeladen. Die provisorische Nachlassstundung wurde mit Urteil vom 28. April 2016 widerrufen und mit gleichem Datum, 8.00 Uhr, der Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnet. Dagegen wendet sich die Beschwerdeführerin und stellt folgende Rechtsbegehren (act. 32 S. 2 f. insbesondere S. 11 und 12):

"Die Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 8. April 2016 und das in der Sache ergangene Urteil, welches am 2. Mai 2016 an RA X._____, St. Gallen zugestellt und von diesem an das Gericht retourniert wurde, seien aufzuheben. Zudem beantragen wir folgende

Hauptbegehren:

- Es sei festzustellen, dass das Urteil der Aktiengesellschaft A._____, noch nicht rechtsgehörig und mit Auslösung einer Frist eröffnet wurde, sodass dieser noch keine Fristen laufen.
- Die Vorinstanz ist anzuweisen, das Urteil dem VR der Gesellschaft, B._____, zuhanden der Gesellschaft an seine Adresse in Rheineck zuzustellen.
- Es sei damit der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin Gelegenheit und Zeit einzuräumen, unter Einhalten der noch zu eröffnenden Beschwerdefrist eine auf das Urteil bezogene Beschwerde einzureichen bzw. diese Beschwerde zu einem späteren Zeitpunkt regulär einzureichen und unter Bezugnahme auf das heute noch nicht eröffnete Urteil zu begründen, allenfalls mit weiteren Noven, insbesondere dem bis dann gegebenen Novum, dass die erforderlichen Gelder zwischenzeitlich eingegangen sind.
- Wir beantragen, dass dieser Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen sei dh. es sei weder die Dauer der Nachlassstundung einzuschränken, noch sei der Konkurs zu eröffnen.

Eventualbegehren:

- Diese Angelegenheit sei an die Vorinstanz zurückzuweisen mit dem Auftrag, dass sich diese nochmals mit der Sache zu befassen hat.
- Die Verfügungen des Bezirksgerichts Hinwil vom 8. April und 25. April 2016 seien, so diese nochmals zu eröffnen sind, mit Rechtsmittelbelehrungen zu versehen. Dass diese nicht mit Rechtsmittelbelehrungen versehen waren, sei als schwerwiegender Verfahrensfehler zu erkennen, sodass das weitere Verfahren infolge dessen als nichtig aufzuheben und neu durchzuführen sei.
- Die Vorinstanz sei anzuweisen, unter Wahrung einer ausreichenden Frist nochmals zur Verhandlung vorzuladen, und zwar unter Angabe der Traktanden, damit eine ausreichende Vorbereitung möglich ist. Diesbezügliche Verfügungen seien mit den Rechtsmitteln zu versehen.
- Die Vorinstanz sei anzuweisen, bis zu dieser neu anzusetzenden Verhandlung das Vorlegen von Noven zuzulassen.
- Die Vorinstanz sei anzuweisen, den rechtzeitig beantragten Zeugenbeweis (Zeuge C. _____) abzunehmen.
- Sodann sei die Dauer der prov. Nachlassstundung auf die maximal mögliche Dauer zu verlängern, oder diese sei als definitiv zuzulassen, damit es möglich wird, die vollen Zahlungen an die Gläubiger vorzunehmen, soweit deren Forderungen berechtigt sind bzw. weder teilweise noch vollumfänglich bestritten.
- Der geleistete Vorschuss von Fr. 10'000.–, bzw. der nicht beanspruchte Teil davon, sei in jedem Fall, auch bei einer Konkursöffnung, nicht an das Konkursamt, sondern an den Einzahler zurückzuerstatten.
- Wir beantragen, dass dieser Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen sei dh. es sei weder die Dauer der Nachlassstundung einzuschränken, noch sei der Konkurs zu eröffnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge".

2. Mit Datum und Poststempel 12. Mai 2016 ging bei der Kammer eine Beschwerde der Beschwerdeführerin ein (act. 29). Diese umfasst rund 10 Seiten. Mit Datum 12. Mai 2016 und Poststempel 13. Mai 2016 ging eine weitere Beschwerde im Umfang von 12 Seiten in 2 Exemplaren ein, einmal per Einschreiben (act. 32), einmal mit gewöhnlicher Post (act. 33).

Ist für die Zustellung des Urteils der Vorinstanz der 2. Mai 2016 massgebend (auf den Zustellungszeitpunkt ist sogleich in E. I./3. einzugehen), so war die Frist zur Beschwerdeführung am 12. Mai 2016 abgelaufen. Die (erste) Beschwerdeschrift (act. 29) ist deshalb jedenfalls rechtzeitig der Post übergeben worden. Act. 29 S. 8 f. enthält folgende Bemerkung: "Soweit die Ausführungen bis heute,

dem 12. Mai 2016, 18.00 Uhr. Dieses Schreiben wird vorläufig abgeschlossen, jedoch im Verlauf des Abends noch überarbeitet und ergänzt, und vor Mitternacht in den Briefkasten der Post eingeworfen. Zudem wird die Version zur Sicherheit auch noch eingeschrieben nachgereicht, ebenfalls vor Mitternacht durch Einwurf in den Briefkasten des Postamtes Rheineck, und zwar in Begleitung von Zeugen. Beides, der uneingeschriebene Brief und der eingeschriebene werden deshalb das Datum von morgen tragen, wurden jedoch innerhalb der Frist der Post übergeben". In den beiden identischen Exemplaren der zweiten Beschwerdeschrift, datiert vom 12. Mai, mit Poststempel 13. Mai 2016 (act. 32 S. 10 und act. 33 S. 10) findet sich folgender Passus: "Diese Beschwerde ist heute, dem 12. Mai 2016 um 18 Uhr in einer etwas kürzeren und noch nicht bereinigten Form der Post übergeben worden, und zwar samt den Beilagen. Sie wurde jedoch wie angekündigt im Verlauf des Abends noch überarbeitet und ergänzt und wurde vor Mitternacht in einen Briefkasten der Post eingeworfen, und zwar unter Beizug eines Zeugen. Zudem wird die überarbeitete Version zur Sicherheit auch noch eingeschrieben nachgereicht, ebenfalls vor Mitternacht durch Einwurf in den Briefkasten des Postamtes D._____ (vor 18.00 Uhr dem Mitarbeiter der Post angekündigt), ebenfalls in Begleitung eines Zeugen, der uneingeschriebene Brief und der eingeschriebene werden deshalb das Stempeldatum vom 13.05.2016 tragen, wurden jedoch noch innerhalb der Frist vom 12. Mai 2016 der Post übergeben. Diese überarbeitete Beschwerde ersetzt die vor 18.00 Uhr aufgebene".

Mit act. 34, mit Poststempel 23. März 2016, teilte B._____ mit, dass es sich beim Zeugen um E._____, ... [Adresse] handle, der für eine allfällige Aussage vor das Kreisgericht Rheinthal in Altstätten SG geladen werden möchte. Eine weitere Eingabe zur Zustellung ist schliesslich act. 35, datiert vom 19. Mai 2016 (Poststempel). Im Wesentlichen teilt die Beschwerdeführerin darin mit, dass B._____ am 12. Mai 2016, um 17.55 Uhr, den Mitarbeiter des Postamtes D._____ davon in Kenntnis gesetzt habe, dass er vor 24 Uhr zwei weitere Briefe (1 x A-Post Fr. 1.– und 1 x Einschreibebrief Fr. 6.–) samt Empfangsscheinbuch in den Briefkasten werfen werde (dazu Kopie des Deckels des Empfangsscheinbuchs [act. 36/1] und Porto-Quittung Post D._____ vom 12.5.2016, 17.55 Uhr [act. 36/2]). Am Folgetag habe er in der Frühe das Empfangsscheinbuch beim Postamt D._____ abgeholt.

Dass die beiden Briefe dann erst um 18.00 Uhr des 13.05.2016 gestempelt worden seien, sei auf die Praxis des Postamtes zurückzuführen, was das Ehepaar F._____, Mitarbeiter des Postamtes D._____, als Zeugen bestätigen könnten.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Verlauf der zweiten Zustellung sind nachvollziehbar. Die erste Beschwerdeschrift (act. 29), die zweifellos rechtzeitig eingereicht wurde, ist weitgehend gleich wie die zweite Beschwerdeschrift, die offenbar noch am 12. Mai 2016 der Post übergeben wurde, dann aber erst mit Datum 13. Mai 2016 gestempelt wurde (act. 32 bzw. act. 33, nachfolgend nur noch act. 32). Act. 32 ist zwar etwas ausführlicher als act. 29, und auch die Begehren sind etwas umformuliert, jedoch sind die Änderungen/Ergänzungen geringfügig und ändern in Bezug auf die von der Kammer vorzunehmende Prüfung nichts, so dass angesichts des summarischen Verfahrens und der Dringlichkeit der Angelegenheit von Weiterungen abgesehen werden kann. Massgeblich ist demnach die nach 18.00 Uhr vervollständigte Beschwerdeschrift (act. 32). Zu Händen der Beschwerdeführerin bzw. von B._____ sei immerhin erwähnt, dass es beim Einwurf in einen Briefkasten nach Schliessung der Post das Regelvorgehen ist, den Zeugen samt Namen und seiner Adresse umseitig auf dem einzuwerfenden Briefumschlag zu nennen und diesen den genauen Zeitpunkt des Briefeinwurfes ebenfalls umseitig auf dem Briefumschlag unterschriftlich bestätigen zu lassen. Anzumerken ist schliesslich für dieses Beweisanerbieten wie auch für jenes von Rechtsanwalt X._____ (vgl. sogleich), dass seit Inkrafttreten der neuen ZPO auch die in einem anderen Kanton wohnhaften Zeugen Vorladungen des Prozessgerichts Folge leisten müssen (Art. 160 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 170 Abs. 1 ZPO; ZK ZPO-Breitenmoser Weyeneth [3. Auflage 2016], N. 8 zu Art. 195).

3. a) Die Beschwerdeführerin verlangt die Feststellung, dass das vorinstanzliche Urteil vom 28. April 2016 (act. 28) nicht korrekt zugestellt worden sei und dass daher die Beschwerdefrist noch gar nicht laufe. Deshalb sei die Vorinstanz anzuweisen, das Urteil zunächst korrekt zuzustellen, und zwar per Adresse des Verwaltungsrates B._____ an seinem Domizil in Rheineck. Ausserdem sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, unter Einhaltung der neu zu eröffnenden Beschwerdefrist eine neue, reguläre Beschwerde einzureichen, allenfalls mit

weiteren Noven, insbesondere mit der Bestätigung der zwischenzeitlich eingegangenen Gelder (act. 32 S. 11). In der Beschwerde führt die Beschwerdeführerin dazu aus: Es sei stets verlangt worden, dass alle Zuschriften an B._____, ... [Adresse], zu richten seien. Die Vorinstanz habe ihr Urteil dennoch an die Kanzlei X._____ versandt. Der Mitarbeiter der Anwaltskanzlei habe jenes Einschreiben versehentlich entgegengenommen, wobei es einer Anwaltskanzlei nicht erlaubt sei, Gerichtspost ungeöffnet zu retournieren. Die Rücksendung an die Vorinstanz sei per Einschreiben (samt Briefumschlag mit Sendungs-Nr.) erfolgt. Weil diese der Beschwerdeführerin nicht bekannt sei, könne bis heute der Nachweis nicht erbracht werden, wann die Gerichtspost bei der Anwaltskanzlei abgegeben worden sei. Die Zeugenaussage von Rechtsanwalt X._____ sei daher nötig, um zu beweisen, dass das Bezirksgericht Hinwil rechtzeitig davon erfahren habe, dass Rechtsanwalt X._____ die Sendung nicht habe empfangen können. Rechtsanwalt X._____ habe der Vorinstanz nämlich am Nachmittag des 29. April 2016 mitgeteilt, dass er kein Mandat mehr habe, so dass das Urteil praktisch sicher noch nicht versandt gewesen sei. Das lasse sich mit einem der Beschwerdeführerin zuzustellenden Track & Trace-Auszug klären. Die Befragung von Rechtsanwalt X._____ habe in St. Gallen zu erfolgen. Die Vollmacht enthalte keine Weisung, die den Anwalt zur Entgegennahme der Post ermächtige.

b) Die Zustellung von Verfügungen und Entscheidungen (Art. 136 lit. b ZPO) erfolgt mit eingeschriebener Post an den Adressaten oder die Adressatin (act. 138 Abs. 2 ZPO). Soweit die Parteien vertreten sind, erfolgt die Zustellung an die Vertretung (Art. 137 ZPO), was zwingend ist (ZK ZPO-Staehelin [3. Auflage 2016], N. 4 zu Art. 137; BK ZPO I-Frei, N. 4 zu Art. 137). Die Partei, die sich vertreten lässt, "nimmt [...] in Kauf, dass sie die Gerichtsurkunden nicht mehr direkt erhält, sondern von solchen via ihren Vertreter in Kenntnis gesetzt wird. Mit dem Zugang an die Vertretung ist die Zustellung erfolgt" (BK ZPO I-Frei, N. 5 zu Art. 137). Wird vorschriftswidrig direkt an die Partei zugestellt, so ist die Zustellung nicht rechtsgültig (BK ZPO I-Frei, N. 4 zu Art. 137) bzw. nichtig und wirkungslos (ZK ZPO-Staehelin [3. Auflage 2016], N. 3 zu Art. 137; KuKo ZPO-Weber [2. Auflage 2014], N. 4 zu Art. 137) und muss wiederholt werden (BK ZPO I-Frei, N. 8 zu Art. 137). Anwälte haben das Erlöschen von Vollmachten dem Gericht unverzüglich mitzu-

teilen, und zwar ausdrücklich und regelmässig schriftlich; erst danach darf die Zustellung an die Partei persönlich oder – wenn neu mandatiert – an einen neuen Rechtsvertreter erfolgen (BK ZPO I-Frei, N. 9 zu Art. 137).

Die im Handelsregister vermerkte Adresse der Beschwerdeführerin ist ... [Adresse]. Richtig ist, dass sie darum ersucht hat, dass an das einzige Mitglied des Verwaltungsrates mit der Anschrift "A._____, B._____, ... [Adresse]" zugestellt wird (act. 3 S. 4). Aus der vorstehend aufgeführten Literatur ergibt sich allerdings klar, dass die Zustellung an den Rechtsvertreter nicht durch entsprechende Weisungen der vertretenen Partei verhindert werden kann und dass das Gericht auch einer ausdrücklichen anderslautenden Weisung keine Folge leisten dürfte. Dass es diesbezüglich bis anhin offenbar noch nie Probleme gab, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Beschwerdeführerin bisher nicht anwaltlich vertreten war.

c) B._____ war an die Vorinstanz gelangt, um unter anderem die Nachlassstundung nochmals zu verlängern (act. 3 S. 1), was mit Verfügung vom 8. April 2016 (act. 5 S. 5, Dispositiv-Ziff. 1) bis zum 11. Mai 2016 bewilligt wurde. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin sowie die Sachwalterin auf den 27. April 2016, 9.15 Uhr, zur Verhandlung vorgeladen (act. 5 S. 5, Dispositiv-Ziff. 2), mit der Anordnung des persönlichen Erscheinens für B._____ und G._____, Vertreter der Sachwalterin (act. 5 S. 5, Dispositiv-Ziff. 3). Die Verfügung vom 8. April 2016 nahm B._____ persönlich am 18. April 2016 entgegen (act. 8). Mit Schreiben vom 22. April 2016 (Poststempel), welches am 25. April 2016 bei der Vorinstanz eintraf, ersuchte Rechtsanwalt X._____ "als Rechtsvertreter der Aktiengesellschaft A._____" die Vorinstanz, die Verhandlung vom 27. April 2016, 9.15 Uhr, abzusagen und neu auf den 11. Mai 2016 oder zeitnah dazu anzusetzen (act. 9 S. 1). Mit der ebenfalls vom 25. April 2016 datierten Verfügung wies die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch ab und hielt fest, dass die Verhandlung stattfindet (act. 11 S. 3, Dispositiv-Ziff. 1). Diese Verfügung wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sowie der Sachwalterin zugestellt, vorab auch per Fax. Das durch die Post zugestellte Original wurde am 26. April 2016 sowohl in der Kanzlei von Rechtsanwalt X._____ als auch von der Sachwalterin entgegengenommen.

d) Das nach Durchführung der Verhandlung am 28. April 2016 ergangene Urteil wurde (u.a.) dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin per eingeschriebener Post sowie vorab, am 29. April 2016 um 14.59 Uhr, per Fax zugestellt (act. 16). Mit Schreiben vom 29. April 2016, versehen mit der Bemerkung "vorab per Fax: 044 ..." bestätigte Rechtsanwalt X._____ der Vorinstanz den Eingang der Faxesendung von 15.00 Uhr und wies darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihm das Mandat entzogen habe; die Fax-Sendung wurde ab seiner Kanzlei um 16.02 Uhr verschickt (act. 19). Mit Datum vom 2. Mai 2016 (act. 21), eingegangen am 3. Mai 2016 bei der Vorinstanz, retournierte Rechtsanwalt X._____ dann das für die Beschwerdeführerin bestimmte Urteil vom 28. April 2016 und teilte mit, dass er wegen des Entzuges des Mandates nicht mehr berechtigt sei, das Urteil entgegenzunehmen. Der Ausdruck von Track & Trace (act. 22) enthält folgende Angaben: Fr 29.04.2016, 16.35, Anmeldung der Sendung durch Versender (Dateneinlieferung); Fr 29.04.2016, 20.00, Aufgabe, 8001 Zürich Mülligen GKS; Mo 2.05.2015, 07.47, Zugestellt via Postfach, 9004 St. Gallen Mit Kurzbrief vom 3. Mai 2016 (act. 23) teilte der Gerichtsschreiber der Beschwerdeführerin mit, dass das Urteil vom 28. April 2016 fälschlicherweise an das Gericht retourniert anstatt an die Beschwerdeführerin weitergeleitet worden sei. Das Gericht habe erst nach Versand des Urteils Kenntnis vom Mandatsentzug erhalten, so dass die Zustellung vom 2. Mai 2016 an den (früheren) Rechtsvertreter fristauslösend sei.

e) Aufgrund der aktenkundigen zeitlichen Verhältnisse ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz am 29. Mai 2016 frühestens nach 16.02 Uhr davon erfuhr, dass Rechtsanwalt X._____ die Beschwerdeführerin nicht mehr vertrat. Aus der Sendebestätigung von Track & Trace (act. 22) ist ersichtlich, dass am 29. April 2016, um 16.35 Uhr, die "Anmeldung der Sendung durch Versender (Dateneinlieferung)" erfolgte. Aus der Mitteilung des Gerichtsschreibers an die Beschwerdeführerin per Adresse B._____ ergibt sich zudem, dass die Vorinstanz erst nach dem Versand des Urteils vom Mandatsentzug Kenntnis erhalten hat. Einen Grund, daran zu zweifeln, gibt es nicht und ergibt sich auch nicht aus den zeitlichen Verhältnissen, liegen doch zwischen der Faxesendung vom 16.02 Uhr und der Bearbeitung der Sendung bei der Post Hinwil um 16.35 Uhr lediglich ca. 30 Minuten. Das Urteil vom 28. April 2016 ist demnach am 2. Mai 2016 rechtsgül-

tig und damit Frist auslösend zugestellt worden. Die Rechtsmittelfrist lief am 12. Mai 2016 ab. Der Antrag der Beschwerdeführerin um nochmalige Zustellung ist abzuweisen. Ebenfalls abzuweisen ist das Gesuch, die Zustellung an die Adresse von B. _____ zu wiederholen und die Einreichung der Beschwerde gegen das Urteil vom 28. April 2016 unter Ansetzung einer neuen Beschwerdefrist zuzulassen.

4. In formeller Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin weiter, dass ihr die Verfügungen der Vorinstanz vom 8. April 2016 und vom 25. April 2016 nochmals zu eröffnen seien, diesmal versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung. Das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung sei ein derart schwerwiegender Verfahrensfehler, dass das nachfolgende Verfahren als nichtig aufzuheben sei und neu durchgeführt werden müsse.

Mit der Verfügung vom 8. April 2016 wurde die provisorische Nachlassstundung um einen weiteren Monat bis zum 11. Mai 2016 verlängert und die Beschwerdeführerin sowie die provisorische Sachwalterin auf den 27. April 2016, 9.15 Uhr, zur Verhandlung vorgeladen. Mit der Verfügung vom 25. April 2016 war das Verschiebungsgesuch der Beschwerdeführerin betreffend die Verhandlung vom 27. April 2016 abgewiesen worden.

Zutreffend ist, dass beide Verfügungen keine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Das ist allerdings nicht zu beanstanden. Die schweizerische Zivilprozessordnung, die auf die gerichtlichen Verfahren des SchKG anwendbar ist (Art. 1 lit. c ZPO), unterscheidet in Art. 319 ZPO (vgl. zum Ausschluss der Berufung Art. 309 ZPO) zwei Kategorien von prozessleitenden Verfügungen, nämlich jene, welche von Gesetzes wegen sofort angefochten werden können (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO: "in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen") und jenen, die selbständig nur anfechtbar sind, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Diesem Unterschied zwischen Ziff. 1 und Ziff. 2 wird in der Praxis dadurch Rechnung getragen, dass in den Fällen von Ziff. 1 eine Rechtsmittelbelehrung erfolgen muss (vgl. ZR 111/2012 Nr. 28 S. 70, 1. Spalte), während sie in den Fällen von Ziff. 2, wo ein Weiterzug ganz besonderen Voraussetzungen unterworfen ist, weggelassen wird. Während die Nichtanfechtung der

Fälle von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO dazu führt, dass der betreffende Mangel im Rechtsmittel gegen den Endentscheid nicht mehr beanstandet werden kann, können prozessleitende Entscheidungen i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden, ausser wenn ausnahmsweise ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vorlag, ein Weiterzug dann auch tatsächlich erfolgte und von der Rechtsmittelinstanz behandelt wurde (OGer ZH PP120005 vom 14. März 2012 und LC130031 vom 24. Juli 2013). Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin aus dem Fehlen der Rechtsmittelbelehrung nichts für sich ableiten kann, dass sie aber das, was gegen die Verfügungen vom 8. und vom 25. April 2016 anzuführen ist, im Rahmen der vorliegenden Beschwerde gegen den Endentscheid vorbringen kann.

5. Über das von der Beschwerdeführerin gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung (act. 32 S. 10) muss vorliegend nicht entschieden werden, da so gleich der Endentscheid ergeht.

6. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid zusammengefasst wie folgt begründet (act. 28 S. 5 ff.): Die provisorische Nachlassstundung diene der Klärung der Frage, ob Aussicht auf Sanierung i.w.S. bestehe. Bestehe keine Aussicht auf Sanierung, so sei der Konkurs v.A.w. zu eröffnen. Entscheidend sei, ob realistische Chancen auf Sanierung bzw. auf den Abschluss eines Nachlassvertrages bestünden (act. 28 E. III./1.). Die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin seien weiterhin dürftig. Seit 2013 gebe es keine Jahresrechnungen mehr, jedoch beträchtliche offene Schulden von über Fr. 1'000'000.–. Aktuell werfe der laufende Betrieb keine Überschüsse ab; immerhin könnten die laufenden Rechnungen aus dem erzielten Umsatz bezahlt werden, so dass die Liste der offenen Kreditoren per Ende März 2016 dem derzeitigen Stand der Kreditoren entsprechen würden. In den Sommermonaten würden nach Angaben der Beschwerdeführerin profitable Umsätze erzielt, so dass mit Teilrückzahlungen gerechnet werden könne. In den

Vorjahren sei es jeweils gelungen, die im Winter ausbleibenden Profite aufzuholen und auch für den nächsten Winter Reserven zu bilden. Dazu hat die Vorinstanz ausgeführt, dass es der Beschwerdeführerin auch bei einem Prachtsommer nicht gelingen werde, die offenen Schulden von über Fr. 1'000'000.– auch nur annähernd tilgen zu können. Dass in den fünf Sommermonaten monatlich je Fr. 200'000.– erwirtschaftet würden, liege angesichts des aktuellen Umsatzes von durchschnittlich Fr. 1'500.– pro Tag in weiter Ferne. Der Betrieb sei auch laut den Angaben des Geschäftsführers defizitär, und das trotz der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin seit längerem keine Miete bezahlen müsse. Aus dem laufenden Betrieb könne mit Blick auf einen Nachlassvertrag keine realistische Dividende erwirtschaftet werden und dieser könne ohne eine Finanzspritze nicht aufrecht erhalten werden (act. 28 E. III./2.). Die einzige Hoffnung für die Beschwerdeführerin ruhe auf dem Darlehensvertrag vom 3. Juni 2015, womit Fr. 2'000'000.– zugesagt worden seien. Bereits am 12. März 2015 solle der Finanzpartner des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin die H._____ Bank mit der Überweisung von US \$ 120'000'000.– beauftragt haben und die Tilgung des Darlehens hätte gemäss Vertrag bis spätestens 31. Dezember 2015 erfolgen sollen. Am 11. Januar 2016 habe der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin mitgeteilt, das Geld stehe bis 22. Januar 2016 zur Verfügung. Die Verzögerung gehe auf die von den Banken zu beachtenden Sorgfaltspflichten zurück, was Prüfungen durch Nationalbanken, Aufsichtsbehörden bzw. Prüfstellen erfordere. Am 5. Februar 2016 habe der Geschäftsführer der Gesuchstellerin erklärt, dass alle Prüfungen abgeschlossen seien und das Geld am 10. Februar 2016 erwartet werde. Am 29. Februar 2016 habe er mitgeteilt, dass sein Finanzpartner vor drei Wochen schwer erkrankt sei und erst kürzlich wieder aktiv geworden sei, weshalb das Geld in Kürze erwartet werden könne: Am 7. März 2016 werde mit der Auszahlung an die Gläubiger begonnen. Alsdann sei am 6. April 2016 mit Hinweis auf nicht vorhersehbare Verzögerungen zugesichert worden, dass mit dem Eintreffen des Geldes bis spätestens am 11. April 2016 gerechnet werden könne. Es hätten in England zuerst noch Steuern bezahlt und Dokumente beschafft werden müssen. Seit Januar 2016 stehe das Geld bei der I._____ Bank in Amerika zur freien Verfügung des Finanzpartners. In der Folge sei es betreffend Übergabe der Dokumente zu weiteren

zeitraubenden Verzögerungen gekommen; am 6. April 2016 werde mit dem Eingang des Geldes gerechnet. Am 22. April 2016 habe der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass in den nächsten Tagen mit der Geldüberweisung gerechnet werden könne. An der Verhandlung vor Vorinstanz vom 27. April 2016 habe B._____ ausgeführt, dass die direkte Überweisung von der I._____ Bank zur CS nicht möglich, sondern via die Korrespondenzbank J._____ erfolge und spätestens am 29. April 2016 erwartet werde (act. 28 E. III./3.).

Die Vorinstanz geht davon aus, dass unklar sei, woran die Überweisung von Fr. 2'000'000.– bzw. von \$ 120'000'000.– seit März 2015 gescheitert sei. Der weite Weg, der angeblich für den Transfer nötig gewesen sei, sei selbst bei verschärften Geldwäschereivorschriften nicht glaubhaft. Das unmittelbare Eintreffen sei bereits mehrfach in Aussicht gestellt worden, sei aber immer ausgeblieben. Die teilweise abenteuerlichen Begründungen verkämen zur reinen Hinhaltenaktik und seien je länger je weniger glaubhaft und es sei fraglich, ob die in Aussicht gestellten Fr. 2'000'000.– überhaupt je zur Beschwerdeführerin gelangen würden. Der an der Verhandlung vom 27. April 2016 eingereichte Beleg der J._____ sei lediglich eine Bankgarantie der J._____ Bank zugunsten der K._____ Limited, womit sich erstere verpflichtete, bis spätestens 19. März 2017 \$120'025'000.– auf das Konto des Finanzpartners des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin bei der CS in Zürich zu überweisen. Obwohl behauptet werde, dass mit der Überweisung an die CS am 18. März 2016 begonnen worden sei (start of transmission), sei das Geld bis heute – und damit seit über einem Monat – nicht bei der CS eingetroffen. Weil es mangels des seit März 2015 nicht eintreffenden Geldes an einer realistischen Chance sowohl für den Abschluss eines Nachlassvertrages als auch für eine Sanierung fehle, widerrief die Vorinstanz die provisorische Nachlassstundung und eröffnete gleichzeitig den Konkurs über die Beschwerdeführerin. Sie beauftragte ausserdem das zuständige Konkursamt Wald mit dem Vollzug und schrieb das Gesuch um Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung als gegenstandslos ab (act. 28 E. III./E. 4 und 5).

2. Dagegen führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen Folgendes an:

a) Der Sachwalter habe innert verlängerter Frist am 6. April 2016 seinen ersten Bericht vorlegen müssen. Die Beschwerdeführerin sei ihrerseits ebenfalls ans Gericht gelangt, um sich zum Gesuch des Sachwalters vernehmen und um die Nachlassstundung um einen Monat verlängern zu lassen. Sie habe dargelegt, warum der Winter 2015/6 für die Gastronomie besonders hart gewesen sei. Es sei auch ausgeführt worden, warum die Mittel des neuen Finanzpartners noch nicht eingegangen seien, wozu der Vorinstanz weitere Beweise zur Verfügung gestellt worden seien. Die Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 8. April 2016, mit der die provisorische Nachlassstundung bis zum 11. Mai 2016 verlängert worden sei, habe keine Rechtsmittelbelehrung enthalten, und es sei zur Verhandlung vom 27. April 2016 vorgeladen worden, was für die Beschwerdeführerin nicht verständlich gewesen sei, insbesondere weil der Verhandlungsgegenstand nicht angezeigt (act. 32 S. 3) und weil auf Art. 229 Abs. 1 ZPO hingewiesen worden sei. Das sage aus, dass das Verfahren mit der Verhandlung vom 27. April 2016 nicht abgeschlossen gewesen sei und dass danach noch Noven vorgebracht werden könnten. Es sei der Beschwerdeführerin daher nicht möglich gewesen, sich richtig vorzubereiten und die Verschiebung sei nicht genehmigt worden, so dass der Anwalt nicht an der Verhandlung teilnehmen können (act. 32 S. 4). Die Verschiebung sei beantragt worden, damit RA X._____ der Beschwerdeführerin hätte bestehen können und der Termin hätte möglichst in die Zukunft verschoben werden sollen, um den Eingang der Gelder bestätigen zu können. RA X._____ sei nur für diesen Vorgang einbezogen worden. Es sei den Gerichten bestens bekannt, dass die Beschwerdeführerin nie anwaltlich vertreten gewesen sei, so dass die Zustellung an den Anwalt auch völlig falsch gewesen sei. Die Verfügung vom 25. April 2016 habe wiederum keine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Die Verschiebung sei aufgrund der (wiederholten) Ausflüchte der Gesuchstellerin verweigert worden, woraus ersichtlich sei, dass das Verfahren unfair weitergehen werde. Weil es keine Rechtsmittelbelehrung gegeben habe, hätte die Beschwerdeführerin nichts unternehmen können (act. 32 S. 5). Das Gericht erscheine nicht mehr objektiv und das Verfahren wegen der fehlenden Rechtsmittelbelehrung nichtig. Es wäre wichtig gewesen, den Finanzpartner C._____ als Zeuge befragen zu lassen. Er hätte den Geldtransfer und die Gründe für die Verzögerung erklären können. Es

sei verständlich, dass er Internas nicht an Dritte bekanntgebe; Schriftstücke hätten in falsche Hände gelangen können, so dass er die Informationen und allfällige Belege direkt beim Gericht hätte deponieren wollen. C._____ habe am 12. Januar 2016 bekräftigt, dass er nach wie vor zum Vertrag mit B._____ stehe. Entgegen der Ansicht der Vorderrichterin sei der Zeugenbeweis im summarischen Verfahren nicht generell unzulässig. Zwischenzeitlich sei es möglich geworden, von C._____ eine weitere Bestätigung zu erhalten, der mit seinem Anwalt in den USA in Kontakt gestanden habe, der seinerseits bestätigt habe, dass das Board of ..., ... System, am Montag dieser Woche die definitive Freigabe der Gelder bzw. die Freigabe an die J._____ vornehme (act. 32 S. 6). C._____ bestätige auch, dass dies in den folgenden Tagen geschehen werde. An der Verhandlung sei nicht beantwortet worden, worum es an der Verhandlung gehe. Die Beschwerdeführerin habe einen weiteren Verschiebungsantrag gestellt und um Verlängerung der Nachlassstundung um einen weiteren Monat ersucht. Gemäss Angaben des Sachwalters sei einer Verlängerung eigentlich nichts entgegen gestanden. Die Verlängerung ermögliche, den Eingang der Gelder abzuwarten.

Es gebe bei der Beschwerdeführerin die üblichen Probleme eines Saisonbetriebes, im Sommer könnte allerdings ein monatlicher Umsatz von Fr. 270'000.– erreicht werden. In der Vergangenheit hätte auch schon ein Durchschnitt von Fr. 250'000.– erzielt werden können. Das mache den Kreditorenbestand durchaus vertretbar, zumal die Beschwerdeführerin nicht über Bankkredite verfüge, die das Bild verzerren würden. Die letzten Buchhaltungsjahre seien wegen der bevorstehenden Umschuldung, an der schon lange gearbeitet werde, nicht definitiv abgeschlossen worden. Erst wenn die erwarteten Mittel ausbezahlt würden und die Gläubiger befriedigt seien, könne abschliessend befunden und gebucht werden, so dass die Bücher derzeit zwangsläufig offen bleiben müssten. Die Umsätze seien in den Vorjahren generell nicht so optimal gewesen wie zuvor, weil 2014 die Zufahrt zum A1._____ ab L._____ von März bis Weihnachten voll gesperrt gewesen sei. 2015 seien weitere Sperrungen wegen Bauarbeiten erfolgt. 2015 hätten am Haus erhebliche Investitionen vorgenommen werden müssen. Trotz des bevorstehenden Abbruchs des Bettentraktes hätten – als Auflage der GVZ – in allen Zimmern Brandmelder installiert werden müssen. Weitere Auflagen hätten die Be-

triebssicherheit und die Hygiene betroffen, was die Reserven aufgebraucht habe (act. 32 S. 7 f.).

Dass die Überweisung der in Aussicht stehenden Mittel so lange brauchen würde, sei nicht vorhersehbar gewesen. Die neu eingereichten Unterlagen (Beilagen 15 und 16) seien nicht richtig verstanden worden. Die Schwärzungen habe der Finanzpartner beibehalten wollen, so dass seine Einvernahme umso unerlässlicher sei. Die in Beilage 15 erwähnte Frist von 8 Tagen sei frühestens am 29. April 2016 abgelaufen. Die Vorinstanz habe daher nicht annehmen können, dass das Geld innert dieser Frist eingehen werde. Die Annahme der Vorinstanz, dass die Termine absichtlich so festgelegt würden, um eine Verzögerung zu bewirken, treffe schon deshalb nicht zu, weil sich diese aus dem Schreiben des Board of ..., ... System Washington ergeben würde, der sich durch die Beschwerdeführerin und C._____ nicht manipulieren lasse. Der besagte Beleg sei erst in der Nacht vor der Verhandlung eingegangen, so dass keine Übersetzung habe veranlasst werden können. Um Missverständnisse zu vermeiden, sei eine solche Übersetzung durch einen zugelassenen Gerichtsübersetzer erforderlich und werde beantragt (act. 28 S. 8). Mit einem Swift sei versucht worden, einen Überbrückungskredit der Bank in Zürich erhältlich zu machen, was an der auch dafür erforderlichen Vollständigkeit der Dokumente gescheitert sei. Es sei also viel unternommen worden. Die Bemerkung des Sachwalters, dass vorerst einmal eine Million hätte überwiesen werden können, sei gut gemeint, aber nicht durchführbar, weil der Financier sein ganzes Vermögen von England habe abziehen müssen. Der Aufwand wäre für einen kleineren Betrag der gleiche gewesen. Bei einem Wechsel von Dollars in Schweizerfranken hätte das Board of ..., ... System seine Finger drauflegen können. Die Überweisung von grossen Beträgen sei ein allgemein bekanntes Problem. C._____ gehöre gemäss "Bilanz" mit seinem Vermögen zu den 300 reichsten Schweizern, was die Dimension des Vermögenstransfers aufzeige. Es sei nicht erstaunlich, dass der sehr komplexe Vorgang des Vermögenstransfers nicht verstanden worden sei, was C._____ hätte klären können, wenn er als Zeuge befragt worden wäre. Es gebe einen Anspruch auf Erfüllung gegen ihn und C._____ habe auch mehrmals bestätigt, dass er seine Zusage erfüllen werde. Es werde auf der Einvernahme von C._____ bestanden und aus-

serdem seien alle Belege aus der Hand von C._____, die schon zuvor im Konkursverfahren vor Obergericht und vor Bezirksgericht eingereicht worden seien, in die Angelegenheit einzubeziehen (act. 32 S. 9).

b) B._____ habe in der Wartezeit auch andere Kontakte geknüpft. Am 28. April 2016, d.h. nach der Verhandlung vor der Vorinstanz, sei mit der M._____ AG in Rheineck, deren einziges Mitglied des Verwaltungsrates B._____ sei, ein Darlehensvertrag über 55 Millionen Euro geschlossen worden, mit Auszahlung der Darlehenssumme bis 31. Mai 2016. Die Darlehensgeberin werde beim Eingang dieses Betrages Minderheitsaktionärin zu 20 % und ein Teil des Geldes werde für den A1._____ eingesetzt. Fest stehe auf jeden Fall, dass daraus eine Million Franken zur Bezahlung der Gläubiger der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehen werde. Nachdem die Vorinstanz die Dokumente von C._____ entgegen ausdrücklicher Auflage der Sachwalterin zur Verfügung gestellt habe und B._____ nicht berechtigt sei, den Darlehensgeber bekannt zu geben, sei dessen Identität schwarz abgedeckt worden (act. 32 S. 10).

III.

1. a) Die Beschwerdeführerin kritisiert die Verfügung vom 8. April 2016 (act. 5), mit der die Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung bis 11. Mai 2016 angeordnet und die Verhandlung auf den 27. April 2016 festgesetzt wurde. Weiter beanstandet sie, dass die Vorinstanz nicht bereit gewesen sei, die angesetzte Verhandlung zu verschieben (act. 11). Besonderes Gewicht legt sie dabei auf die fehlende Rechtsmittelbelehrung. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass ihr der Vorgang der Verhandlung nicht verständlich gewesen sei, weil nicht angezeigt wurde, was verhandelt werde, so dass die Beschwerdeführerin davon ausgegangen sei, dass es sich um etwas wie eine Einvernahme handeln werde. Irritierend sei der Hinweis auf Art. 229 Abs. 1 ZPO gewesen, bei welchem es sich um ein Novenverbot handle, was nicht möglich sei, wenn die weitere Nachlassstundung ja noch andauert habe, wovon die Beschwerdefüh-

rerin angesichts der Verlängerung habe ausgehen können. Die Ablehnung der Terminverschiebung habe verhindert, dass Rechtsanwalt X._____ an der Verhandlung habe teilnehmen können. Ausserdem sei damit verhindert worden, dass der Eingang des Geldes hätte bestätigt werden können (act. 32 S. 5).

b) Mit Schreiben vom 22. April 2016 (Poststempel) hatte Rechtsanwalt X._____ "als Rechtsvertreter der Aktiengesellschaft A._____" die Vorinstanz ersucht, die Verhandlung vom 27. April 2016 abzusagen und neu auf den 11. Mai 2016 oder zeitnah davor anzusetzen (act. 9 S. 1). Er beanstandete, dass die Verhandlung über die definitive Nachlassstundung bzw. über die Konkurseröffnung zwei Wochen vor Ablauf der provisorischen Nachlassstundung angesetzt wurde, womit der Beschwerdeführerin die Möglichkeit genommen werde, bis zum letzten Tag der Nachlassstundung den Nachweis erbringen zu können, dass Aussicht auf Sanierung bestehe. Die Verhandlung würde sich zudem erübrigen, wenn der in Aussicht gestellte Geldbetrag beigebracht werde. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin sei nur gewahrt, wenn sie bis zum Ablauf der provisorischen Nachlassstundung sämtliche Beweismittel, sowohl echte als auch unechte Noven, vorbringen könne. Aufgrund der erzielten Fortschritte bezüglich der erwarteten Geldüberweisung stehe der definitiven Nachlassstundung nichts im Wege (act. 9 S. 2).

c) Zunächst ist festzuhalten, dass Rechtsanwalt X._____ die Verschiebung der Verhandlung nicht deshalb verlangt hatte, weil er einen Verschiebungsgrund in seiner Person geltend machte. Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, dass Rechtsanwalt X._____ sie (nur) an einem neu festgesetzten Termin hätte begleiten können, steht davon im betreffenden Verschiebungsgesuch vom 22. April 2016 nichts (act. 9).

d) Dass die Beschwerdeführerin keine Kenntnis davon nehmen konnte, was Gegenstand der Verhandlung vom 27. April 2016 sein werde, ist nicht zutreffend. In jener Zeit war sie anwaltlich vertreten und dem Anwalt war offenbar klar, worum es sich handelte, wie das von ihm gestellte Verschiebungsgesuch (act. 9) zeigt. Weiter ergibt sich aus der Verfügung betreffend Nachlassstundung vom 8. April 2016 (act. 5), dass dem Sachwalter die Möglichkeit gegeben würde, seinen Be-

richt zu ergänzen. Und der Gesuchstellerin wurde Gelegenheit gegeben "abschliessend darzulegen und mittels Belegen glaubhaft zu machen, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht" (act. 5 S. 5). Das zeigte den Verhandlungsgegenstand hinreichend deutlich auf. Weitere Hinweise ergeben sich ausserdem aus der Verfügung vom 25. April 2016 (act. 11), die der Beschwerdeführerin im Vorfeld der Verhandlung vom 27. April 2016 ebenfalls zur Verfügung stand. Dort findet sich (u.a.) der Passus (act. 11 S. 2): "dass das Nachlassgericht von Amtes wegen, d.h. auch ohne entsprechenden Antrag, und noch vor Ablauf der provisorischen Nachlassstundung über die Bewilligung einer definitiven Stundung oder eine Konkursöffnung entscheidet, was insbesondere bei der Terminierung der gerichtlichen Verhandlung zu berücksichtigen ist [...], demnach kein Anspruch auf die volle Maximaldauer der provisorischen Nachlassstundung besteht".

Weniger klar ist der Hinweis auf Art. 229 Abs. 1 ZPO, auf den sich unter anderem auch die Eingabe von Rechtsanwalt X._____ bezog (act. 9 S. 1 f.). Art. 229 ZPO stammt aus dem Abschnitt über das ordentliche Verfahren und Abs. 1 lautet: "In der Hauptverhandlung werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (...)". Das ordentliche Verfahren ist gemäss Art. 219 ZPO sinngemäss auf sämtliche anderen Verfahren anzuwenden, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Die Nachlassstundung gehört ins summarische Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO), das keine Bestimmung zum sog. Aktenschluss (auch Eventualmaxime genannt), enthält, so dass Art. 219 ZPO auf den ersten Blick anwendbar erscheint. Diesbezüglich wird allerdings verschiedentlich die Ansicht vertreten, dass die Natur der Sache einer analogen Anwendung entgegen stehen kann (vgl. z.B. Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 359; KuKo ZPO-Jent-Sørensen [2. Auflage 2014], N. 7 zu Art. 252; a.A. DIKE-Komm-ZPO-Pahud, N. 25 zu Art. 229; OGer BE, CAN 2012 Nr. 72 Rz 25). Im vorliegenden Fall besteht die Beschwerdeführerin auf der Zulassung von Noven, insbesondere mit Blick auf eine nach der Verhandlung vom 27. April 2016 eingehende Darlehensauszahlung seitens des Finanzpartners C._____.

Wie es mit der Anwendbarkeit von Art. 229 Abs. 1 ZPO im summarischen Verfahren (bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes i.S.v. Art. 255 Abs. 1 lit. a ZPO, vgl. KuKo SchKG-Hunkeler, 2. Auflage 2014, N. 10 zu Art. 293a), insbesondere im Rahmen der provisorischen Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) steht, kann im vorliegenden Fall letztlich offen bleiben, weil die Vorinstanz bereits am 28. April 2016 die provisorische Nachlassstundung widerrufen und den Konkurs eröffnet hat (act. 28 S. 10). Damit wurde das erstinstanzliche Verfahren abgeschlossen und es gab ohnehin keine Äusserungsmöglichkeit mehr.

Eine andere Frage ist hingegen, wie es sich mit dem Widerruf der provisorischen Stundung samt Konkurseröffnung bereits am 28. April 2016 verhält, nachdem die Nachlassstundung kurz zuvor noch bis zum 11. Mai 2016 verlängert worden war (act. 5 S. 5 Dispositiv-Ziff. 1). Die Vorinstanz hat an sich zu Recht ausgeführt, dass der Entscheid über die definitive Stundung bzw. die Konkurseröffnung vor Ablauf der provisorischen Stundung gefällt sein muss (Art. 294 Abs. 1 SchKG). Zu den genauen zeitlichen Verhältnissen sagt die genannte Vorschrift allerdings nichts, so dass dem Gericht diesbezüglich ein Ermessen zusteht. Abschliessend muss diese Frage hier ebenfalls nicht entschieden werden. Zahlungseingänge zu Gunsten der Beschwerdeführerin aus dem Darlehen von C._____ standen nicht nur am 28. April 2016, dem Tag der Konkurseröffnung, noch aus, sondern waren offensichtlich auch am 11. Mai 2016, dem ursprünglichen Ablauf der provisorischen Nachlassstundung, noch ausstehend, andernfalls von der Beschwerdeführerin mit einer entsprechenden Rückmeldung zu rechnen gewesen wäre. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Vorinstanz den Lauf der provisorischen Stundung etwas vorzeitig und zu Lasten der Beschwerdeführerin verkürzt hätte, würde es dabei bleiben, dass der Beschwerdeführerin die benötigten Mittel auch danach nicht zur Verfügung standen und nach wie vor nicht zur Verfügung stehen. Daran ändert auch die Eingabe vom 30. April 2016 (Poststempel) an die Vorinstanz (act. 20) nichts: B._____ habe gestern (d.h. am 29. April 2016 und damit nach der Fällung des Entscheides durch die Vorinstanz) der Vorinstanz telefonisch mitgeteilt, dass es Noven gebe. Der Finanzpartner sei am Vortag (d.h. am 29. April 2016) in London gewesen. Weil es Freitag gewesen sei, habe ihm die Bank die Dokumente bis Anfang der Woche in

Aussicht gestellt. Geändert hat sich dadurch offensichtlich nichts, weil dies auch nicht zur Auszahlung der benötigten Gelder geführt hat.

e) Erst im Rahmen des Beschwerdeverfahrens (act. 32 S. 10; act. 30/17) macht die Beschwerdeführerin eine zweite Finanzierungsmöglichkeit geltend: Zwischen der Firma M._____ AG, vertreten durch ihren Verwaltungsrat B._____ mit Einzelunterschrift, und einer Aktionärin der M._____ AG sei ein Aktionärsdarlehensvertrag über 55'000'000 Euro geschlossen worden (act. 30/17). Wer die Aktionärin und Darlehensgeberin ist, ist nicht ersichtlich, sind doch sämtliche Hinweise, die einen Rückschluss auf ihre Identität erlauben würde, "geschwärzt", was die Beschwerdeführerin damit erklärt, dass Unterlagen betreffend das Darlehen von C._____ unberechtigterweise dem Nachlassverwalter zur Verfügung gestellt worden seien und dass mit der "Schwärzung" ähnliche Indiskretionen verhindert werden wollten (act. 32 S. 10). Zum Zweck des Vertrages und zu seiner Laufzeit enthält Ziff. 2 des Vertrages Folgendes: "Das Darlehen wird der Darlehensnehmerin (der M._____ AG) für die Entwicklung ihrer direkten und indirekten Projekte vorwiegend im Bereich Medizin und Kultur sowie für die allgemeine Geschäftsentwicklung, die Strukturierung der benötigten Projektgesellschaften und ohne weitere Restriktionen als Nachrangdarlehen ohne besondere Absicherungen zur Verfügung gestellt", und zwar mit Laufzeit ab 7. Mai 2016 oder ab dem Tag der Darlehensauszahlung auf ein noch zu benennendes Konto der Darlehensnehmerin, spätestens am 31. Mai 2016.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass dieser Darlehensvertrag erstmals in der Beschwerdeschrift erwähnt wird, so dass es sich gemäss Art. 326 ZPO um ein unzulässiges Novum handelt. Aber auch wenn es die Restriktion in Art. 326 ZPO nicht gäbe, ergibt sich mit Blick auf die Sanierung bzw. auf die realistische Möglichkeit eines Nachlassvertrages nichts konkret Fassbares. Zum einen ist nicht ersichtlich, wer die Darlehensgeberin ist, was einen Darlehensvertrag zum vorherein jeglicher Beurteilung entzieht. Wenn es ein besonderes Geheimhaltungsinteresse geben sollte, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, hätten dafür besondere Massnahmen nach Art. 156 ZPO beantragt und geprüft werden können bzw. müssen. Weiter ist nicht die Beschwerdeführerin Darlehensnehmerin

und auch aus dem Zweck des Darlehens (vorwiegend für Medizin und Kultur sowie für die allgemeine Geschäftsentwicklung, die Strukturierung der benötigten Projektgesellschaften) ist nicht naheliegend, dass es für die Beschwerdeführerin bestimmt sein könnte. Einziges "Bindeglied" zwischen der M._____ AG und der Beschwerdeführerin ist B._____, der in beiden Gesellschaften je einziger Verwaltungsrat ist.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die bewilligte provisorische Stundung bis kurz vor dem 11. Mai 2016 hätte fortauern müssen, gilt auch für dieses Darlehen, dass es bis zu jenem Zeitpunkt ebenfalls nicht zur Auszahlung der Darlehenssumme gekommen ist. Zu diesem, gleich wie zum Darlehen von C._____, ist anzumerken, dass es für die Kammer – wie offensichtlich auch für die Sachwalterin (Prot. VI S. 12) und trotz der Erklärung der Beschwerdeführerin (Prot. VI S. 12) – nicht nachvollziehbar ist, warum es zwei derart potenten Darlehensgebern, die angeblich bereit sind, Millionen – ungesichert – zu verleihen, nicht gelingen sollte, die im Hinblick auf den von der Beschwerdeführerin und von B._____ angestrebten Nachlassvertrag, der durchaus auch dann Chancen haben könnte, wenn nicht alle Gläubiger zu 100 % gedeckt würden, benötigten Mittel sofort bzw. aus anderen als den ursprünglich vorgesehenen Quellen aufzubringen.

f) Die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerdeschrift verschiedene Beweismittel offeriert, insbesondere auch Zeugen angeboten. Zeugeneinvernahmen seien – so die Beschwerdeführerin – auch im summarischen Verfahren möglich (act. 32 S. 2). Diesbezüglich ist Art. 254 ZPO massgeblich: Grundsätzlich gibt es nur den Urkundenbeweis (Abs. 1), andere Beweismittel sind aber (u.a.) auch dann zulässig, wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO). Das trifft für das Konkurs- und Nachlassgericht i.S.v. Art. 255 lit. b ZPO zu. Von der Einvernahme von Zeugen kann aber – in allen Verfahrensarten – abgesehen werden, wenn der Sachverhalt bereits ohne die Zeugeneinvernahmen erstellt ist oder wenn von der Einholung eines Beweises kein verwertbares Resultat erwartet werden kann (KuKo ZPO-Schmid [2. Auflage 2014], N. 8 zu Art. 152), was im Interesse der Verfahrenskonzentration und der Prozessökonomie zulässig ist (KuKo ZPO-Schmid [2. Auflage 2014], N. 14 zu

Art. 157). Im Beschwerdeverfahren werden (fast) grundsätzlich keine Beweise abgenommen, und schon gar nicht zu Noven gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO (vgl. CR CPC-Jeandin, N. 4 zu Art. 327; ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny /Stauber, N. 11 zu Art. 327). Allerdings besteht die Möglichkeit der Rückweisung an die Vorinstanz, wenn Beweise nicht abgenommen wurden, obwohl dies erforderlich gewesen wäre (Art. 327 Abs. 2 lit. a ZPO).

Die Beschwerdeführerin verlangt, dass "alle Belege aus der Hand von C._____, die wir schon zuvor dem Obergericht (Verfahren Konkurs) und dem Bezirksgericht eingereicht haben [...], vom Obergericht in diese Angelegenheit einbezogen werden" (act. 32 S. 9). Einem solchen unspezifizierten Beizugsersuchen ist nicht stattzugeben; es ist nicht die Sache des Gerichts und schon gar nicht diejenige einer Rechtsmittelinstanz, Belege, die von den Parteien eingereicht werden könnten, in Akten aus anderen Verfahren "zusammenzusuchen".

Bezüglich der geltend gemachten Finanzpartnerschaft mit C._____ finden sich bei den vorliegenden Akten folgende Dokumente:

- act. 26/2 = act. 26/3/4= act. 26/11: Schreiben von C._____ zu Handen der Vorinstanz vom 12. Januar 2016:

"Ich bestätige hiermit, dass die beiden Papiere, die bereits dem Obergericht des Kantons Zürich vorliegen (Finanzierungsnachweis und Auftrag H._____ Bank PLC vom 12. März 2015 sowie Darlehensvertrag C._____/B._____ vom 3. Juni 2015) nach wie vor Gültigkeit haben. Die zugesicherten Mittel dienen der Sanierung und der Stärkung des A1._____, insbesondere der "Aktiengesellschaft A._____". Die in der Abwicklung eingetretene Verzögerung, die nicht voraussehbar war, ist begründet durch die den Banken auferlegte Sorgfaltpflicht, welche verschiedene Prüfungen durch Nationalbanken und Aufsichtsbehörden bzw. Prüfstellen erforderlich machte, was enorm Zeit erforderte. Der Abschluss der Transaktion wird aufgrund der vorliegenden Belege bis 22. Januar 2016 erwartet. Herr B._____ und damit die "Aktiengesellschaft A._____" werden dann über die zugesicherten Mittel verfügen können".

- act. 26/3/2: Urkunde der H._____ Bank PLC, datiert vom 12. März 2015, betreffend High Value Priority/Priority Request. Nachdem sich die Beschwerdeführerin nunmehr auf andere Bankdokumente bezieht, ist darauf nicht weiter einzugehen.

- act. 26/3/3: Darlehensvertrag zwischen C._____ als Darlehensgeber und B._____ als Darlehensnehmer (Auszug):

"(1.) C._____ (DG) gewährt B._____ (DN) ein Darlehen in Höhe von Fr. 2.000.000 (Franken zwei Millionen). Dieses ist ein Teilbetrag von insgesamt 15 Mio. Franken, die vom DG für die Anlage A1._____ disponiert sind. (2.) Die Auszahlung erfolgt spätestens innert 10 Tagen nach Rechtskraft des Entscheides des Obergerichts Zürich bezüglich Aufhebung des prov. Konkurses (so dieser so gefällt wird) der Aktiengesellschaft A._____ (Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 18. Mai 2015) auf deren Konto bei der ... Kantonalbank, und zwar in Raten zu je Fr. 380.000,-. (3.) Dieses Darlehen ist bestimmt zur Bezahlung sämtlicher Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaft A._____. Der DN hat sich diesbezüglich gegenüber dem DG auszuweisen. (4.) Die Tilgung dieses Darlehens kann jederzeit erfolgen, spätestens bis 31.12.2015, entweder durch Rückzahlung, durch Hergabe von Grundpfandtiteln im Nominalbetrag von Fr. 2.000.000,-, lastend auf der Liegenschaft A1._____ zu Eigentum des DG oder durch Aktien im noch zu vereinbarenden Umfang [...]."

- act. 4/1: Schreiben von C._____ an B._____ vom 13. April 2016 mit Bestätigung, dass das Projekt A1._____ per Ende der Woche des 5. April 2016 umgesetzt werden könne, wobei die Möglichkeit eines minimalen Verzuges als möglich bezeichnet wird.
- act. 4/2 und 3: Ausdruck Internet-Banking I._____ Bank: "Your Account" vom 26.1 2016 "Funds Transfer Step One" sowie "Konto-Zertifikat" der Credit Suisse vom 17. März 2016 ("als Bankverbindung [...] folgende Bankverbindung endgültig definiert" [...]).
- act. 13 = act. 30/16: SWIFT Input ... der J._____ an die Credit Suisse in Zürich vom 18. März 2016 mit dem Zusatz "Account Name: C._____, Account Number entsprechend act. 4/2, mit dem Hinweis "Proof of Funds" sowie "Validation & Authentication of Pre-Advice, Currency: Instructed Amount USD 120,025,000.00, Beneficiary: C._____. Message Text:

We, J._____ Bank [,,] on behalf of our client, K._____ Limited, with full bank responsibility do hereby irrevocably confirm that we are ready to issue a bank guarantee in the amount of one hundred and twenty million, twenty-five thousand USD (\$120,025,000.00) in favor of C._____ with period of one (1) year and one (1) day from the date of issue. This bank guarantee is a cash-backed, free & clear of liens and encumbrance, and assignable, transferable and divisible. without notice or payment of any fees, taxes, charges, levies or duties of any nature whatsoever. Underlying funds are origin/association and clear of any liens or encumbrances. This bank guarantee ist subject to the uniform rules for bank guarantees under icc publications No. ... [...]."

- act. 14: Schreiben des Board of ... System, Washington, D.C. ... an die I. _____ Bank vom 21. April 2016 mit der Überschrift "Default Application", offenbar handelt es sich um die Antwort auf ein Ersuchen um Fristverlängerung, eingereicht durch die Vertretung von C. _____, in der es um Steuerzahlungen geht.

Von besonderem Interesse ist act. 13 = act. 30/16. Swift (Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunication), the global provider of secure financial messaging service (www.swift.com), ist ein weltumspannendes Kommunikationsnetz der Banken. Gemäss Wikipedia wird der gesicherte Nachrichten- und Zahlungsverkehr zwischen 10'500 Banken in etwa 210 Ländern mit den angeschlossenen Firmen und Institutionen abgewickelt. Swift transportiert nur Nachrichten, führt aber keine Konten für die Partner. Dabei werden sog. Message Types (kurz MT) für den Datenaustausch definiert. Der Message Type 799, um den es sich gemäss Angaben in act. 13 = act. 30/16 handelt, wird offenbar nicht für Überweisungen verwendet (Muster für einen MT799 findet sich etwa bei bankguarantee.swiftprivatesector.com). Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass es sich beim Beleg der J. _____ lediglich um eine Bankgarantie zugunsten der K. _____ Limited handle, womit sich erstere verpflichtete, bis spätestens 19. März 2017 \$120'025'000.– auf das Konto des Finanzpartners des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin bei der CS in Zürich zu überweisen. Richtig ist, dass es sich bei der besagten Mitteilung nicht um eine Überweisung, sondern um eine Garantie handelt, wobei nach dem Wortlaut der Mitteilung davon auszugehen ist, dass diese Garantie noch nicht abgegeben ist, sondern nur die Bereitschaft geäussert wird, auf Ersuchen von K. _____ Limited eine solche Bankgarantie zu Gunsten von C. _____ auszustellen (we are ready to issue a bank guarantee). Das ist noch keine Garantie, sondern lediglich die Bereitschaft, eine solche abzugeben, wenn der Kunde K. _____ Limited dies verlangen sollte, worauf auch die Hinweise "Proof of Funds" sowie "Validation & Authentication of Pre-Advice" hindeutet. So oder so ergibt sich daraus nicht, dass eine Überweisung veranlasst wurde. Angesichts dessen, was sich aus den der Vorinstanz zur Verfügung stehenden Urkunden ergab, hatte diese keine Veranlassung, C. _____ als Zeugen einzuvernehmen. Ebenso wenig besteht ein Anlass, die englischen Urkunden durch einen Ge-

richtsdolmetscher übersetzen zu lassen, geht es doch nicht um das Sprachverständnis, sondern um die Frage der (Rechts-)Wirkungen der beiden Schriftstücke. Ein Grund, C._____ im Rahmen des Beschwerdeverfahrens einzuvernehmen, ist umso weniger ersichtlich.

2. Bleibt damit noch die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass es für die Beschwerdeführerin keine Chance für eine Sanierung "aus eigener Kraft" gebe, wenn sie auf sich gestellt sein sollte und ihr keine „Finanzspritze“ zur Verfügung steht. Das ist uneingeschränkt zu bejahen und es kann auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (act. 28 S. 5 f.). Ergänzend ist nur noch anzufügen, dass auch der Sachwalterbericht diesbezüglich völlig klar ist. Die Beschwerdeführerin hat nichts (Namhaftes), was sie den Gläubigern anbieten könnte. Dass während der Sommermonate die Grundlagen für den nötigen Überschuss gelegt werden könnten, ist höchst unwahrscheinlich. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass sie Fr. 270'000.– im Monat erwirtschaften könnte und erwähnt, dass es in der Vergangenheit auch schon gelungen sei, monatlich Fr. 250'000.– zu erzielen. Wie es sich früher mit den Geschäftszahlen verhalten hat, kann ohne Jahresabschlüsse nicht beurteilt werden. Ausserdem kann es sich bei den genannten Monatszahlen nur um Umsätze handeln, die per se nicht aussagekräftig sind, wenn nicht bekannt ist, wie hoch der entsprechende Gewinn auffällt. Der Sachwalter hat positiv vermerkt, dass die Weiterführung des Restaurationsbetriebes die Verschuldung nicht massgeblich erhöht habe. Aus den sich aus den Akten ergebenden Zahlen ergibt sich allerdings, dass die Schulden eher angestiegen sind (act. 26/3/6: Offene Kreditoren per 8. Juni 2015 Fr. 978'848.25; act. 26/1: offene Kreditoren Stand 5. Februar 2016 Fr. 1'049'797.50; act. 1: offene Kreditoren per Ende März 2016 Fr. 1'081'617.68). Der Sachwalter hat in seinem Bericht erwähnt, dass die Beschwerdeführerin zwar nicht über eine eigene Liegenschaft verfüge, dass sie allerdings auch keine Miete bezahlen müsse, was etwa Fr. 10'000.– im Monat "einsparen" dürfte. Dazu ist anzumerken, dass die Beschwerdeführerin, jedenfalls nach eigenen Angaben diverse Ausgaben zu bestreiten hatte, die in einem regulären Mietverhältnis jedenfalls teilweise von der Vermieterin zu übernehmen wären. Auf die gerichtsnotorischen finanziellen Schwierigkeiten der Vermieterschaft und die damit zusammenhän-

gende Frage, wie es sich mit einem längerfristigen Verbleib in der Liegenschaft verhält, ist hier nicht weiter einzugehen, da dies im vorinstanzlichen Verfahren von keiner Seite thematisiert wurde.

3. Insgesamt ist die Beschwerde in allen Teilen abzuweisen. Damit bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid. Weil der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt wurde, bleibt es bei der am 28. April 2016, 08.00 Uhr, durch die Vorinstanz angeordneten Konkureröffnung (act. 28 S. 10).

Anzumerken ist schliesslich, dass es nach der Konkureröffnung die Möglichkeit gibt, einen Nachlassvertrag zu beantragen (vgl. Art. 332 SchKG).

IV.

1. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass die von B._____ geleisteten Kostenvorschüsse von Fr. 2'000.– und Fr. 10'000.–, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, auf das Konto von B._____ zurückzuerstatten seien (act. 32 S. 4). Aus act. 30/8 und act. 30/9 ergibt sich, dass die Einzahlungen zu Gunsten der Bezirksgerichtskasse Hinwil über Fr. 2'000.– und Fr. 8'000.–, d.h. von insgesamt Fr. 10'000.– von B._____ getätigt wurden.

Die Vorinstanz hat die Kosten der provisorischen Stundung inkl. Kosten des provisorischen Sachwalters der Beschwerdeführerin auferlegt. Diese bestehen aus der Spruchgebühr von Fr. 2'000.– und den weiteren Auslagen, insbes. Publikationskosten (act. 28 S. 11 Dispositiv-Ziff. 5). Weiter wurde entschieden, dass ein allfälliger nicht benötigter Rest des Vorschusses dem beauftragten Konkursamt zu überweisen sei. Für die Entschädigung der Sachwalterin wurde auf einen separat zu fällenden Entscheid verwiesen (act. 26 S. 11, Dispositiv-Ziff. 6). Die provisorische Sachwalterin hat inzwischen für ihre Tätigkeit bei der Vorinstanz Rechnung gestellt (act. 24 und 25).

Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 54 GebV SchKG, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Das (inzwischen aufgehobene) Kassationsgericht des Kantons Zürich hat unter der Geltung der kantonal-zürcherischen Zivilprozessordnung festgestellt, dass Sachwalterhonorare zu den Gerichtskosten gehören (unpublizierter Entscheidung vom 16. Dezember 2002, S. 9). Diese Sichtweise trifft auch unter der neuen schweizerischen ZPO zu. Gemäss Art. 111 ZPO werden die Kostenvorschüsse mit den Gerichtskosten verrechnet, so dass die Gerichtskosten auf jeden Fall gedeckt werden, und zwar unabhängig davon, wer den Kostenvorschuss geleistet hat. Es ist gerade der Sinn der Erhebung eines Kostenvorschusses, dass die Gerichtskasse dadurch gedeckt ist; dass die Gerichte keine Prozesse ohne Kostenvorschüsse durchführen müssen, wird mit dem Mechanismus von Art. 101 Abs. 3 ZPO sichergestellt, andernfalls auf die Klage bzw. das Gesuch nicht eingetreten wird. Es ist daher evident, dass der Kostenvorschuss – soweit er aufgebracht wurde – nicht freigegeben werden kann, andernfalls er gar nicht hätte erhoben werden müssen.

Was einen allenfalls nicht benötigten Teil anbelangt, enthält die ZPO keine besondere Regelung, so dass Art. 68 OR analog heranzuziehen ist. Geldleistungen können von Dritten erbracht werden, wobei sie – wenn sie dies mit Wissen und Willen des Schuldners tun – sog. Erfüllungsgehilfen sind. Kommt es zu Korrekturen bei der Vertragsabwicklung, so gehen diese zu Gunsten oder zu Lasten des Schuldners. Schuldner der Gerichtskosten ist die klagende oder gesuchstellende Partei. Leistet ein Dritter mit Einverständnis des Schuldners einen Kostenvorschuss, so tut er dies als Erfüllungsgehilfe dieser Partei. Daraus folgt, dass eine allfällige Rückerstattung des geleisteten Vorschusses an die vorschusspflichtige Partei und nicht an den Dritten und damit nicht an B._____ erfolgen kann. Die Beschwerdeführerin ist im Konkurs, so dass ihr direkt nichts erstattet werden darf; ein allfälliger Überschuss aus dem Kostenvorschuss wird nach der Verrechnung mit allen erst- und zweitinstanzlichen Kosten, wie dies die Vorinstanz zu Recht angeordnet hat, dem zuständigen Konkursamt zu überweisen sein. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und, soweit ausreichend, mit dem erstinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, die Sachwalterin G._____ AG, vertreten durch G._____, ... [Adresse], das Konkursamt Wald ZH, die Grundbuchämter ... ZH, ... ZH, ... ZH und ..., das Betreibungsamt Rüti sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), je gegen Empfangsschein.
4. 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. Würsch

versandt am: