

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 28. Januar 2013

in Sachen

A. _____ Ltd,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Januar 2013 (EK121928)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 10. Januar 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 11. Januar 2013 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 14. Januar 2013 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass sie weder einen Konkursaufhebungsgrund behauptete und nachgewiesen noch substantiierte Angaben zu ihrer Zahlungsfähigkeit gemacht habe, weshalb ihre Beschwerdeschrift ungenügend sei. Der Beschwerde wurde daher einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und die Beschwerdeführerin wurde darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist (d.h. bis am 10. Tag nach Zustellung des Konkursentscheides) hinsichtlich des Nachweises eines Konkurshinderungsgrundes sowie der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Sodann wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10). Mit Eingabe vom 21. Januar 2013 reichte die Beschwerdeführerin diverse Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation ein (act. 12 und 13/1-15). Am 22. Januar 2013 wurde eine weitere Eingabe erstattet (act. 14 und 15). Der Kostenvorschuss von Fr. 750.– ging am 23. Januar 2013 bei der Gerichtskasse ein (act. 17).

2. Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerdeschrift vom 11. Januar 2013 geltend, eine Mitarbeiterin (Frau C._____) habe die Vorladung zur Konkursverhandlung für sie entgegengenommen, beim Konkursgericht eine Fristerstreckung beantragt und erst einen Tag nach der Konkurseröffnung "ihre Verfehlungen" eingestanden, weshalb sie (die Beschwerdeführerin) vom Konkursverfahren bis anhin keine Kenntnis gehabt habe (act. 2). In der Beschwerdeergänzung vom 21. Januar 2013 legt die Beschwerdeführerin überdies dar, die Beschwerdegegnerin habe erklärt, auf die Durchführung des Konkurses zu verzichten, wenn sie (die Beschwerdeführerin) den Nachweis erbringe, Fr. 10'000.– als Teilzahlung einbezahlt oder überwiesen zu haben

(act. 12 S. 1 oben). Dabei verweist die Beschwerdeführerin auf ein Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 21. Januar 2013, in welchem diese bestätigt "dass wir den Konkursantrag gegen A. _____ Ltd vom 19.10.2012 zurückziehen werden, sobald wir eine Abschlagszahlung von CHF 10'000.– erhalten haben, sofern sämtliche Gerichtskosten durch die Antragsgegnerin übernommen werden" (vgl. act. 13/3).

3. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen 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. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

4. Die Beschwerdeführerin behauptet im Beschwerdeverfahren weder die Tilgung noch die Hinterlegung der Konkursforderung. Vielmehr bringt sie als Konkurshinderungsgrund sinngemäss einen Gläubigerverzicht vor. Dabei beruft sie sich auf die sich in den Akten befindliche Erklärung der Beschwerdegegnerin vom 21. Januar 2013, in welcher diese in Aussicht stellt, das Konkursbegehren zurückzuziehen, sobald die Beschwerdeführerin ihr eine Abschlagszahlung von Fr. 10'000.– bezahlt habe und sofern die Beschwerdeführerin sämtliche Gerichtskosten übernehme (act. 13/3). Der Gläubiger kann auf die Durchführung des Konkurses verzichten, indem er das Konkursbegehren zurückzieht oder schriftlich den Verzicht erklärt. Die geltend gemachten (echten) Noven der Tilgung, der Stundung oder des Gläubigerverzichts sind durch Urkunden zu beweisen (vgl. BSK SchKG II-GIROUD, Art. 174 N 23 f.). Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Schreiben vom 21. Januar 2013 stellt keinen

Gläubigerverzicht dar. Aus dem Schreiben der Beschwerdegegnerin geht lediglich hervor, dass diese sich bereit erklärte, das Konkursbegehren unter bestimmten Voraussetzungen zurückziehen. Es handelt sich dabei um eine Absichtserklärung und nicht um einen vorbehaltlosen Verzicht. Eine solche Mitteilung genügt den Anforderungen des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG nicht. Im Übrigen erfolgte die von der Beschwerdegegnerin als Voraussetzung zur Verzichtserklärung geforderte Zahlung von Fr. 10'000.– erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Dies geht aus den verspäteten Eingaben vom 22. Januar 2013 hervor (act. 14-16); diese Eingaben erfolgten sodann im wesentlichen als E-Mail (vgl. act. 14), was zu allem auch formungültig ist (vgl. Art. 130 ZPO) und daher als unbeachtlich gilt. Das angefochtene Konkursurteil wurde der Beschwerdeführerin am 11. Januar 2013 zugestellt, mit dem Hinweis, dass für die Rechtsmittelfrist die gesetzlichen Fristenstillstände gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO nicht gelten (act. 3 und 7/9). Die zehntägige Rechtsmittelfrist lief somit bis zum 21. Januar 2013 (Art. 142 ZPO). Aber selbst wenn diese Eingaben zu berücksichtigen wären, würde der Umstand, dass die Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 10'000.– zugunsten der Beschwerdegegnerin beim Konkursamt D._____ sicherstellte, nichts daran ändern, dass keine Verzichtserklärung und damit kein Konkursverhinderungsgrund vorliegt. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind bereits deshalb nicht gegeben. Demnach ist auch eine allfällige Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht mehr zu prüfen. Die Beschwerde ist abzuweisen.

5. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die Beschwerdeführerin zu Recht nicht geltend macht, ihre Mitarbeiterin hätte die Gerichtsurkunden der Vorinstanz, die Vorladung zur Konkursverhandlung (act. 7/6) sowie das Urteil vom 10. Januar 2013 (act. 7/9), nicht rechtsgültig für sie entgegen nehmen dürfen. Gemäss Art. 138 ZPO (in Verbindung mit Art. 20a Abs. 3 SchKG, § 84 GOG und Art. 319 ff. ZPO) gilt die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden als erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder von einer – wie vorliegend geschehen – angestellten Person entgegengenommen wurde. Diese Person braucht zur Entgegennahme von Gerichtsurkunden weder

ausdrücklich noch stillschweigend ermächtigt zu sein (ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 138 N 5 m.w.H.).

6. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Parteientschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Januar 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage einer Kopie von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, 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. K. Graf

versandt am: