

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120088-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 21. Mai 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Mai 2012 (EK120526)

Erwägungen:

1. Am 3. Mai 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 15. Mai 2012 entsprochen (act. 10).

2. a) 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. 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 Konkursöffnungen 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).

3. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung beim Betreibungsamt C. _____ bezahlt (act. 5/3). Ferner hat sie den von der Gläubigerin bei der Vorinstanz geleisteten Barvorschuss (zur Deckung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten und der Kosten des Konkursamtes) von Fr. 1'800.- bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 5/5). Diese Zahlungen leistete die Schuldnerin innert laufender Rechtsmittelfrist. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im

Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete die Schuldnerin einen Barvorschuss (act. 5/4).

4. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.
5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

b) Im Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 11. Mai 2012 wurden 4 Beteiligungen im Betrag von Fr. 27'259.95 eingeleitet (act. 5/6). Die Schuldnerin hat nebst der Konkursforderung (Beteiligungs-Nr. ...) auch die anderen Beteiligungsansprüche getilgt, wobei zwei weitere Beteiligungen auch die Beschwerdegegnerin betrafen (Beteiligungs-Nr. ... und ...). Per 11. Mai 2012 wies die Beschwerdegegnerin zu ihren Gunsten einen Saldo von Fr. 17'159.35 (insgesamt Kostenvorschuss von Fr. 1'800.- und aktueller Rechnung vom 31. März 2012) aus (vgl. act. 5/7). Vom Beteiligungsamt wurden an die Gläubigerin Fr. 12'807.30 (Konkursforderung) abgeliefert (act. 5/3), Fr. 3'117.70 bezahlte die Schuldnerin zugunsten der B._____ am Postschalter ein (act. 5/8) und Fr. 1'800.- hinterlegte sie – wie bereits erwähnt – bei der Obergerichtskasse (act. 5/5). Insgesamt bezahlte sie damit Fr. 17'725.-. Demnach bestehen gegenüber der Beschwerdegegnerin keine Ansprüche mehr. Zum Nachweis der Zahlung der Beteiligungsforderung der Ausgleichskasse reichte die Schuldnerin ein Rückzugsbegehren der Gläubigerin ein (act. 5/9).

c) In der Bilanz per 31. Dezember 2011 wird ein Reingewinn von Fr. 1'215.92 deklariert (act. 5/10), der — wie der letztjährige Gewinn — zur Reduktion des Verlustvortrages verwendet wurde (act. 5/10, 5/12). Kreditoren werden im Betrag von Fr. 15'289.30 (Fr. 7'793.20 zuzügl. MWST Fr. 7'496.10) ausgewiesen (act. 5/10). Da die Bilanz immer auf einen bestimmten Stichtag erstellt wird, bleibt unberücksichtigt, dass inzwischen die Kreditoren im engeren Sinne (Fr. 7'793.20) inzwischen bezahlt worden sind. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin inzwischen den MWST-Ausstand auf Fr. 1'799.95 reduziert hat (5/11). Aktuell stehen Kreditoren von Fr. 16'628.80 (die Rechnung von D._____ ist von Fr. 2'051.- auf Fr. 2'052.- zu korrigieren, vgl. act. 5/14) Debitoren von Fr. 42'004.95 gegenüber (act. 5/13).

Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich somit, dass die Schuldnerin zahlungsfähig ist und ihren laufenden Verpflichtung nachzukommen vermag. Offensichtlich hat es sich nur um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten gehandelt. Zu bemerken ist noch, dass der einzige Gesellschafter auch bereit ist, der Firma — falls nötig — ein Darlehen im Betrag von Fr. 15'000.- mit einer Rangrücktrittserklärung zu gewähren (act. 5/15).

6. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkurserkennntnis ist aufzuheben.
7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Die Kammer vertritt die Auffassung, dass die Gebührenverordnung zum SchKG (GebVO SchKG, AS 2010 3053) seit dem 1. Januar 2011 insoweit keine gesetzliche Grundlage mehr hat, als sie in ihrem 4. Kapitel (Art. 48 ff.) Gerichtsgebühren (nämlich für die im summarischen Verfahren zu führenden gerichtlichen Angelegenheiten) festsetzt. Entscheide über Konkursöffnungen sind gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO), weshalb diese Verfahren von der ZPO geregelt werden und die Tarife der kantonalen Gebühren, im Kanton

Zürich jene der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebVO OG, LS 211.11), zur Anwendung gelangen (Art. 96 ZPO). Es ist deshalb nachfolgend nicht eine "Spruchgebühr" (im Sinne von Art. 48 GebVO SchKG), sondern eine Gerichtsgebühr im Sinne der GebVO OG festzusetzen (vgl. dazu www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html: Kosten gerichtlicher Schk-Sachen).

In Anwendung dieser obergerichtlichen Gebührenverordnung ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 750.- anzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Mai 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 1'800.- an die Gläubigerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt E._____ wird unter Hinweis, dass die vorinstanzliche Gerichtsgebühr (Fr. 400.-) der Gläubigerin bereits ersetzt worden ist, angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'400.- (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Schuldnerin den nach Abzug der Kosten verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt E._____, ferner mit besonderer Anzeige an das

Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.____, 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: