

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120181-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 1. November 2012

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Y._____ Rechtsanwälte,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 25. September 2012 (EK120361)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem 13. Dezember 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie den Erwerb, die Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen (vgl. act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 25. September 2012, 18:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'782.94 und Fr. 21.60 sowie Fr. 183.-- Betriebskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/13). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 8. Oktober 2012 (Datum Poststempel; act. 2) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 14). Sie verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben. Ferner ersuchte die Schuldnerin darum, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2 und S. 3).

1.3. Nachdem die Schuldnerin aufforderungsgemäss die für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung erforderlichen Unterlagen beigebracht hatte (vgl. act. 9 bis act. 12), wurde ihrer Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2012 (act. 13) einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– angesetzt. Überdies wurde die Schuldnerin auch noch in schriftlicher Form auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht, innert der Rechtsmittelfrist weitere Unterlagen beizubringen, um ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. act. 13 S. 2).

1.4. Das angefochtene Urteil wurde an die Adresse der Schuldnerin gesandt und am 1. Oktober 2012 zur Abholung gemeldet. Nach sieben Tagen ging die Sendung "nicht abgeholt" ans Gericht zurück. Damit gilt sie als mit dem Ablauf des 8. Oktober 2012 als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die zehntägige Beschwerdefrist lief demnach am 18. Oktober 2012 ab. Mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 (Datum Poststempel; act. 18) – also nach Ablauf der zehntägigen Rechtsmittelfrist – ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde und reichte weitere

Unterlagen ein (act. 19/1-3). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 13, act. 14/1 und act. 20).

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Ein solcher kann sich auch erst innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben (BGE 136 III 295).

2.2. Vor Ablauf der Rechtsmittelfrist hat die Schuldnerin Belege dafür eingereicht, dass sie die Konkursforderung samt Betreuungskosten nach der Konkurseröffnung beim Konkursamt D. _____ zu Gunsten der Gläubigerin hinterlegt hat (vgl. act. 10, act. 11 und act. 12). Aus der betreffenden Bestätigung des Konkursamts D. _____ vom 10. Oktober 2012 (act. 12) geht überdies hervor, dass die Schuldnerin mit ihrer Einzahlung auch einen Kostenvorschuss geleistet habe, welcher im Falle der Gutheissung ihrer Beschwerde die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzliche Spruchgebühr zu decken vermöchte (vgl. act. 12). Mit den erwähnten Unterlagen hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinreichend nachgewiesen, wäre es doch überspitzt formalistisch, lediglich eine (rechtzeitige und ausreichende) Hinterlegung bei der Rechtsmittelinstanz gelten zu lassen (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N 9).

2.3. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin aber überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für

eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile von der Schuldnerin beglichen wurden, darf als Indiz dafür gelten, dass keine dauerhafte Illiquidität vorliegt.

2.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Gesellschaft vermittelt insbesondere das Beteiligungsregister. Dies hat auch die Schuldnerin richtig erkannt und mit Eingabe vom 8. Oktober 2012 einen Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamtes C._____ über die letzten zwei Jahre eingereicht (vgl. act. 5/1). Es trifft zwar zu, dass dieser neben der zum Konkurs führenden und zwischenzeitlich hinterlegten Forderung bloss vier weitere Beteiligungen über insgesamt rund Fr. 8'124.-- ausweist, von denen sich alle noch im Stadium des Rechtsvorschlages befinden (vgl. act. 5/1 S. 2). Entgegen der Auffassung der Schuldnerin (vgl. act. 2 S. 2) genügt dies allein jedoch nicht, um ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Darauf wurde die Schuldnerin – noch während der Rechtsmittelfrist – mündlich und schriftlich aufmerksam gemacht (vgl. act. 9 und 13 S. 2).

2.5. Mit ihrer Eingabe vom 22. Dezember 2012 (Datum Poststempel; act. 18) samt Beilagen (act. 19/1-3) hat die Schuldnerin weitere Dokumente bezüglich ihrer Zahlungsfähigkeit eingereicht. Diese müssen hier jedoch unberücksichtigt bleiben, da sie erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist am 18. Oktober 2012 (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a, Art. 142 Abs. 1 und Art. 321 Abs. 2 ZPO; vgl. act. 14 sowie act. 10) der Schweizerischen Post zu Händen des Gerichts übergeben wurden (vgl. Art. 143 Abs 1 ZPO und Art. 174 Abs. 2 SchKG).

2.6. Die Beschwerde ist folglich mangels Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin abzuweisen. Da der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 10. Oktober 2012 (act. 13) die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über die Schuldnerin neu zu eröffnen. Der sich auf dem Amtskonto des Konkursamtes D._____ befindliche Betrag von Fr. 2'517.70 (= Euro 2'100; vgl. act. 11 und act. 12) fällt folglich in die Konkursmasse der Schuldnerin.

3. Kosten

Die Kosten des Konkursverfahrens im Betrag von Fr. 750.-- sind ausgangsgemäss der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Beschwerdegegnerin sind im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte. Es ist ihr deshalb für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und es wird über die Schuldnerin mit Wirkung ab **1. November 2012, 15.40 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt D._____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Der sich auf dem Amtskonto des Konkursamtes D._____ befindliche Betrag von Fr. 2'517.70 (= Euro 2'100) fällt in die Konkursmasse der Schuldnerin.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppel von act. 18, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D._____, 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. F. Gohl Zschokke

versandt am: