

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 2. April 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1._____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Februar 2013 (EK120340)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 26. Februar 2013 um 11.00 Uhr eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster für eine Forderung von Fr. 2'901.– nebst 5% Zins seit 1. Januar 2012 zuzüglich Fr. 400.– Gläubigerkosten und Fr. 160.– Betriebskosten sowie abzüglich Fr. 500.– Teilzahlungen den Konkurs über die Beschwerdeführerin (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sodann reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 5/3-14). Am 13. März 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 11). Der Kostenvorschuss ging am 26. März 2013 bei der Gerichtskasse ein (act. 13).

2. 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).

3. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer mit der Beschwerde eine Kopie eines Faxes an die Beschwerdegegnerin vom 26. Februar 2012 eingereicht, aus welchem ersichtlich ist, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin gleichentags um 16.00 Uhr einen Betrag von Fr. 1'371.10 überwiesen hat (act. 5/6). Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, die Beschwerdegegnerin habe den in Betreuung gesetzten Betrag von Fr. 3'301.– (Betreibung Nr. ...) rückwir-

kend storniert und den geschuldeten Betrag inklusive Betreuungskosten auf Fr. 1'371.10 festgesetzt. Diesen Betrag habe sie (die Beschwerdeführerin) am 26. Februar 2013 bei der Poststelle ... einbezahlt. Die Konkursforderung samt Kosten sei damit am gleichen Tag, an welchem der Konkurs über sie eröffnet worden sei, vollständig getilgt worden. Dies habe der zuständige Sachbearbeiter der Beschwerdegegnerin, C._____, mit Email vom 11. März 2013 auch so bestätigt. Er habe bekräftigt, dass die in Betreuung gesetzte Forderung bezahlt worden sei und die Beschwerdegegnerin an der Konkurseröffnung nicht mehr festhalte (vgl. act. 2 S. 3 f., act. 5/6 und 5/7). Auf entsprechende telefonische Anfrage bestätigte Herr C._____, dass die in Konkurs gesetzte Forderung beglichen worden sei und die Beschwerdegegnerin auf die Durchführung des Konkurses verzichte. Die Forderung sei vollständig bezahlt bzw. es habe die Beschwerdegegnerin die Forderung reduziert (act. 10). Ferner hat die Beschwerdeführerin eine Quittung des Konkursamtes D._____ vom 11. März 2013 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet hat (act. 5/8 und 9). Damit liegt der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. des Gläubigerverzichts nach Eröffnung des Konkurses und vor Ablauf der Beschwerdefrist vor (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 SchKG).

4. Überdies hat der Schuldner 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 abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerwei-

le beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes D._____ (act. 5/3) wurden vom 1. Januar 2011 bis 15. Februar 2013 insgesamt 13 Betreibungen eingeleitet, wovon 6 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Betreibungen lässt auf gewisse Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betreibung Nr. ... von der Beschwerdegegnerin herabgesetzt und von der Beschwerdeführerin im reduzierten Betrag vollständig beglichen. Damit sind gegenwärtig noch 6 Betreibungen von total Fr. 2'773.15 offen. Alle sind mit einem "KA" für "Konkursandrohung" versehen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei in diesen Betreibungen kein Rechtsvorschlag erhoben worden, womit sämtliche Forderungen von ihr anerkannt würden. Vom Betreibungsamt D._____ sei der von ihr per 11. März 2013 zu bezahlende Betrag (inkl. Zinsen und Kosten) auf Fr. 3'647.25 beziffert worden. Da das Betreibungsamt D._____ diesen Betrag aufgrund des laufenden Konkursverfahrens nicht habe entgegen nehmen können, habe sie (die Beschwerdeführerin) am 11. März 2013 beim Konkursamt D._____ den Betrag von Fr. 3'700.– zur Sicherstellung der noch offenen Forderungen (samt Zinsen und Kosten) einbezahlt bzw. hinterlegt. Nebst diesen in Betreibung gesetzten Forderungen habe sie keine Schulden. Mit der beim Konkursamt D._____ hinterlegten Summe können die offenen Schulden vollumfänglich getilgt werden. Damit sei ihre Zahlungsfähigkeit nachgewiesen (act. 2 S. 4 f., act. 5/10-11). Gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten provisorischen Abrechnung des Betreibungsamtes D._____ vom 11. März 2013 beträgt der provisorische Endbetrag der noch offenen Betreibungen samt Kosten insgesamt Fr. 3'647.25 (vgl. act. 5/10). Die Hinterlegung von Fr. 3'700.– beim Konkursamt D._____ zur Begleichung sämtlicher noch offener Betreibungen ist belegt (act. 5/11). Damit können alle gegenwärtig noch offenen in Betreibung gesetzten Forderungen beglichen werden.

b) Die Beschwerdeführerin ist eine Schweizer GmbH, die den Import und Export von Waren aller Art bezweckt (vgl. act. 5/9). Sie macht geltend, ihre Geschäftstätigkeit sei noch im Aufbau. Sie beschäftige zurzeit nebst dem Geschäftsführer keine weiteren Arbeitnehmer. Der Gesellschafter und Geschäftsführer E. _____ verzichte während dieser Aufbauphase auf den Bezug eines Salärs (act. 2 S. 4). Sie vertreibe unter anderem Damenschuhe im mittleren/oberen Preissegment, die für sie von einem ... Hersteller produziert würden. Der Aufbau dieser Geschäftstätigkeit sei erst ab dem ersten Quartal 2012 mit dem Design erster Modelle erfolgt. Die für sie in F. _____ exklusiv hergestellten und von ihr unter dem Label "G. _____" vertriebenen Damenschuhe kämen nun dieses Jahr in einer ersten Kollektion auf den Markt und können auf der Website www.G._____.com eingesehen werden. Sie sei an der wichtigen internationalen Messe H. _____, welche vom 13. bis 15. März 2013 in ... stattfindet, mit einem Messestand vertreten. Dort werde ihre Kollektion präsentiert. Sämtliche Gebühren für den Messestand seien bezahlt. Sie gehe davon aus, dass sie im laufenden Geschäftsjahr zwischen 1'000 und 1'500 Exemplare der neuen Schuhkollektion vertreiben können. Bei einem durchschnittlichen Wiederverkaufspreis von rund Fr. 70.– werde für das Geschäftsjahr 2013 aufgrund des Vertriebes der neuen Schuhkollektion ein Umsatz in der Grössenordnung von Fr. 70'000.– bis Fr. 105'000.– bzw. ein Gewinn von rund Fr. 25'000 bis Fr. 35'000 erwartet. Umsatz und Gewinn sollten in den nächsten Jahren markant gesteigert werden. Damit würden in diesem Geschäftsjahr die ersten Früchte des Aufbaus der Geschäftstätigkeit geerntet werden können. Hierbei würden Umsätze erzielt, welche die im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit anfallenden Ausgaben decken und sogar die Auszahlung eines ersten Gehaltes an den Geschäftsführer ermöglichen würden (act. 2 S. 5 f.).

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin über ihre sich im Aufbau befindende Geschäftstätigkeit mit dem Vertrieb von Damenschuhen erscheinen glaubhaft. Die Homepage mit der ersten Schuhkollektion ist abrufbar, und die Teilnahme an der internationalen Messe H. _____ im März 2013 in ... ist belegt (vgl. act. 5/13-14). Unter Berücksichtigung, dass der Geschäftsführer E. _____ während dieser Aufbauphase auf den Bezug eines Gehalts verzichtet, dass der Ver-

trieb der eigens für die Beschwerdeführerin produzierten Schuhkollektion nun konkret umgesetzt werden kann und sie sich offenbar auch um die Promotion ihrer Produkte bemüht, scheint die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, in Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten regelmässig nachzukommen, aufgrund der dargelegten Verhältnisse als gegeben. Die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Beschwerdeführerin eröffneten Konkurses.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 26. Februar 2013, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 450.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem ihm von der Beschwerdeführerin einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 750.– und dem ihm vom Konkursgericht überwiesenen Teil des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht Uster geleisteten Barvorschusses der Beschwerdegegnerin Fr. 2'000.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsre-

gisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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: