

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130038-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. T. Engler

Urteil vom 11. April 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 14. März 2013 (EK130268)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 17. Mai 2006 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt kurz zusammengefasst die Ausübung von Maler- und Isolationsarbeiten aller Art sowie die Ausübung aller Arbeiten im Bereich der Gebäudehülle (act. 6).

2. Mit Urteil vom 14. März 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (Gläubigerin) von Fr. 22'395.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. Juni 2012 sowie Mahn-, Inkasso und Betreuungskosten von Fr. 50.00, Fr. 100.00 und Fr. 235.00, abzüglich einer am 8. Januar 2013 geleisteten Teilzahlung von Fr. 22'395.80 (act. 3). Die Schuldnerin beglich somit, wie sie selber angibt, am 8. Januar 2013 die Forderung der Gläubigerin, doch sie unterliess die Bezahlung der Zinsen und Kosten (act. 2 S. 3).

Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 25. März 2013 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 26. März 2013 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt. In den Erwägungen zu dieser Verfügung wurde darauf hingewiesen, dass die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren bei der Obergerichtskasse bereits einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet hatte (act. 11).

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit 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 (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2. / 2.1 Die Schuldnerin hat in Wahrung der Beschwerdefrist beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens inkl. die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt (mit Einzahlung von Fr. 1'500.00, act. 5/3).

2.2 Was die Konkursforderung angeht, so ist, wie bereits in den Erwägungen zur Verfügung vom 26. März 2013 festgehalten, die Teilzahlung vom 8. Januar 2013 zuerst auf offene Zinsen und Kosten anzurechnen (Art. 85 Abs. 1 OR). Die danach noch offenbleibende Forderung ergibt verzinst bis 14. März 2013 eine Restschuld von Fr. 979.30 (act. 10). Diesen Betrag hat die Schuldnerin am 19. März 2013 bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 7).

Damit ist die rechtzeitige Hinterlegung der Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten nachgewiesen.

Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin:

3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26).

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Beteiligungsregisterauszug der Schuldnerin vom 22. März 2013 über die Periode vom 1. Januar 2010 bis 22. März 2013 weist insgesamt 8 Beteiligungen in der Totalsumme von Fr. 44'337.50 aus (act. 5/2). Mit Ausnahme der Konkursforderung der Gläubigerin wurden alle Beteiligungen durch Zahlung an das Beteiligungsamt getilgt, mit Ausnahme einer erloschenen Beteiligung. Auch die Forderung der Gläubigerin tilgte die Schuldnerin wie geschildert bereits am 8. Januar 2013, allerdings ohne Berücksichtigung von Zinsen und Kosten, was zur Konkursöffnung gemäss dem angefochtenen Entscheid führte. Aktuell sind somit gegen die Schuldnerin gemäss dem vorliegenden Beteiligungsregisterauszug keine Beteiligungen mehr offen.

3.2 Zu ihren weiteren finanziellen Verhältnissen weist die Schuldnerin auf ihre Jahresrechnungen 2011 und 2012 hin, gemäss welchen sie in den vergangenen Jahren jeweils kleine Gewinne von Fr. 903.00 (2010), Fr. 2'013.00 (2011) und Fr. 615.00 (2012) erzielt habe. Die flüssigen Mittel der Schuldnerin hätten per Ende 2012 Fr. 14'200.00 betragen und damit Fr. 8'000.00 mehr als per Ende 2010. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin neben den Lohnkosten des

Geschäftsinhabers (bei dem es sich um den einzigen Angestellten der Schuldnerin handle) von rund Fr. 80'000.00 pro Jahr kaum laufende Verpflichtungen habe. Ihre Erträge, so die Schuldnerin weiter, seien stabil. Sie hätten sich in den vergangenen drei Jahren stets in der Höhe von Fr. 165'000.00 bis Fr. 170'000.00 bewegt. Der Geschäftsgang der Schuldnerin könne daher als stabil bezeichnet werden (act. 2 S. 3 f.).

Die geschilderten Angaben der Schuldnerin ergeben sich aus den eingereichten Jahresrechnungen (act. 5/5-6). Sie sind daher glaubhaft.

Die Schuldnerin verweist weiter auf offene Debitoren im Umfang von Fr. 25'573.85, welche sie unter Vorlage der entsprechenden Rechnungen an ihre Kunden (datierend aus dem Zeitraum zwischen dem 5. Februar 2013 und dem 12. März 2013) glaubhaft zu machen vermag (act. 5/10). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin die ebenfalls mit Vorlage von Urkunden aufgezeigten Kreditoren von Fr. 11'754.80 gemäss Aufstellung vom 22. März 2013 (act. 5/11, enthaltend neben einer offenen BVG-Prämie lediglich Sozialabgaben und Steuern) innert angemessener Frist begleichen kann.

3.3 Nach dem Gesagten ist nicht von einer dauerhaften Illiquidität der Schuldnerin auszugehen. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Konkurseröffnung Folge eines bloss vorübergehenden Liquiditätsengpasses war (bzw. Folge der versehentlich unterbliebenen Tilgung von Zinsen und Kosten, da die Schuldnerin die Konkursforderung selber, d.h. das Kapital, bereits am 8. Januar 2013 getilgt hatte). Dies führt zur Einschätzung, dass die Schuldnerin in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen (vgl. auch act. 5/7).

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit als glaubhaft zu erachten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachwies als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machte. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über die Schuldnerin am 14. März 2013, 10.00 Uhr, eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

III.

1. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Schuldnerin hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.00 (Zahlung der Schuldners: Fr. 1'500.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

Ferner ist die Obergerichtskasse anzuweisen, den von der Schuldnerin bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 979.30 (Zahlung der Schuldnerin vom 19. März 2013 von Fr. 1'729.30, abzüglich des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.00) an die Gläubigerin auszusahlen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 14. März 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.00 (Zahlung der Schuldners: Fr. 1'500.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den von der Schuldnerin bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 979.30 (Zahlung der Schuldnerin vom 19. März 2013 von Fr. 1'729.30, abzüglich des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.00) an die Gläubigerin auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: