

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130062-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 14. Mai 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 17. April 2013 (EK130400)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem 5. September 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie den Schmuckverkauf in Läden, an Ständen und an Veranstaltungen sowie die Erbringung von gastronomischen Dienstleistungen (vgl. act. 5/2 = act. 6; vgl. auch act. 2 S. 2).

1.2. Mit Urteil vom 17. April 2013, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 57'602.50 nebst 5 % Zins seit 31. März 2011, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 4'895.80 vom 31. März 2011, Fr. 50.-- Mahnkosten, Fr. 100.-- Inkassokosten und Fr. 242.-- Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 9/5). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit persönlich überbrachter Eingabe vom 19. April 2013 (act. 2) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 8/7). Sie verlangte, die Konkurseröffnung sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Gläubigerin. Überdies ersuchte die Schuldnerin darum, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2, S.3 und S. 5).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 19. April 2013 (act. 9) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Ferner wurde festgehalten, dass die Schuldnerin bereits einen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- geleistet habe (act. 9 S. 2; vgl. act. 5/11 und act. 11).

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 einen Beleg dafür eingereicht, dass sie am 19. April 2013 bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 58'499.35 zu Handen der Gläubigerin hinterlegt hat (vgl. act. 5/10), welcher die Konkursforderung abzüglich einer Teilzahlung vom 31. März 2011 samt Zinsen und Betreuungskosten zu decken vermag (vgl. act. 3 und act. 14). Des Weiteren hat die Schuldnerin eine Quittung der Obergerichtskasse vom 19. April 2013 (act. 5/12) zu den Akten gegeben, gemäss welcher sie Fr. 400.-- hinterlegt hat, um die vorinstanzliche Spruchgebühr zu decken (vgl. auch act. 9 S. 3). Überdies hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamts C. _____ vom 19. April 2013 (act. 5/9) beigebracht, gemäss welcher sie dem Konkursamt einen Kostenvorschuss von Fr. 5'000.-- geleistet habe, der die Kosten des Konkursamtes zu decken vermag. Mit den erwähnten Unterlagen hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen.

2.3. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin 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 Betreibungen 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 Betreibungsregister. Dies hat auch die Schuldnerin richtig erkannt und mit ihrer Beschwerdeschrift einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes D. _____ vom 18. April 2013 einge-

reicht (act. 5/6). Dieser weist neben der Konkursforderung der Gläubigerin acht weitere Betreuungsforderungen über insgesamt Fr. 22'111.40 aus.

Vorab ist zu bemerken, dass vier Betreibungen über insgesamt Fr. 4'588.50 bereits vor der Konkurseröffnung durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen wurden (Betr.-Nrn. ..., ..., ... und ...). Danach hat die Schuldnerin zwei weitere Forderungen im Umfang von Fr. 3'590.90 getilgt (Betr.-Nrn. ... und ..., act. 5/7 und 5/8; vgl. auch act. 2 S. 4). Es sind somit noch offene Betreuungsforderungen der Schuldnerin im Gesamtbetrag von Fr. 13'932.-- vorhanden. Zusätzlich führt die Schuldnerin in ihrer Kreditorenliste per 19. April 2013 Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 34'841.75 auf, welche am Stichtag jedoch noch gar nicht fällig waren (act. 5/5; vgl. auch act. 2 S. 4).

2.5. Der provisorischen Jahresrechnung der Schuldnerin per 31. Dezember 2012 (act. 5/3) ist zu entnehmen, dass diese im letzten Jahr einen Gewinn von Fr. 121'682.95 erwirtschaftet hat (vgl. auch act. 2 S. 4). An fünf Standorten erzielte sie einen Umsatz von insgesamt Fr. 1'211'991.05 pro Jahr d.h. durchschnittlich Fr. 100'999.25 pro Monat. Gemäss den von der Schuldnerin eingereichten Listen mit den Umsätzen Januar bis und mit März 2013 (act. 5/4a-e) ist von einem durchschnittlichen monatlichen Umsatz von Fr. 95'784.20 auszugehen. Der Hinweis der Schuldnerin, Januar bis März seien nicht ihre umsatzstärksten Monate (act. 2 S. 2), erscheint plausibel. Vor diesem Hintergrund sind ähnliche Umsätze und ein entsprechender Gewinn für das Jahr 2013 zu erwarten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich die Schuldnerin lediglich vorübergehend in einem Liquiditätsengpass befindet. In der Zukunft sollte sie ihre laufenden Kosten bestreiten und einen Ertrag erzielen können, der es ihr gestattet, ihre Schulden zu tilgen. Damit erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als glaubhaft. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses. Hinsichtlich des von der Gläubigerin an die Vorinstanz einbezahlten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.-- bleibt zu bemerken, dass die Schuldnerin einen Betrag von Fr. 400.-- bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat, um die vorinstanzliche Spruchgebühr zu decken (vgl. act. 5/12, act. 9 S. 3 und act. 12). Dies wird bei der

Anweisung an die Obergerichtskasse und an das Konkursamt zu berücksichtigen sein.

3. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. April 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von insgesamt Fr. 58'899.35 an die Gläubigerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 6'400.-- (Fr. 5'000.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'400.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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: