

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120240-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti
Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 15. Januar 2013

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 4. Dezember 2012 (EK120322)

Erwägungen:

1. Am 4. Dezember 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses (act. 2) und stellte mit Schreiben vom 19. Dezember 2012 ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 9). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 20. Dezember 2012 entsprochen (act. 11).
2. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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 Konkurseröffnungen 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.
3. a) Das vorinstanzliche Urteil vom 4. Dezember 2012 wurde der Schuldnerin am 11. Dezember 2012 zugestellt (act. 6/6). Da der Ablauf der 10tägigen Beschwerdefrist in die Betreibungsferien [18. Dezember bis 1. Januar, Art. 56 Ziff. 2 SchKG] fällt, gelangt Art. 63 SchKG zur Anwendung. Danach verlängert sich die Frist bis zum dritten Tag nach Ende der Betreibungsferien, wobei bei der Berechnung der Frist von drei Tagen Samstag und Sonntag sowie staatlich anerkannte Feiertage nicht mitgezählt werden. Demnach lief die Beschwerdefrist am 7. Januar 2012 ab.

- b) Innert laufender Beschwerdefrist bezahlte die Schuldnerin die Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten, act. 4/1 i.V.m. act. 3) und stellte ausserdem beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 4/2-3). 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. 17).
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. 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.
5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.
- b) Der Betreibungsregister-Auszug des Betreibungsamtes C._____ umfasst den Zeitraum 1. Januar 2010 bis 19. Dezember 2012 und führt darin 5 Beteiligungen (inkl. Konkursforderung) im Betrag von Fr. 2'416.60 auf (act. 10/1). Hiezu ist zu bemerken, dass die Schuldnerin seit dem 5. September 2011 im Handelsregister eingetragen ist und ihren Sitz erst seit dem 10. August 2012 in C._____ hat (vgl. act. 5, act. 10/1).

Die verzeichneten Betreibungen wurden im Zeitraum 21. September bis 9. Oktober 2012 eingeleitet. Nebst der Konkursforderung wurde auch eine weitere Betreibungsforderung bezahlt, weshalb nur noch drei Betreibungsforderungen, allerdings mit bereits erfolgter Konkursandrohung, im Betrag von Fr. 1'866.70 offen sind. Diese drei Forderungen betreffen alle die gleiche Gläubigerin, nämlich die D._____. Die Schuldnerin machte geltend, mit dieser Gläubigerin eine Vereinbarung getroffen zu haben (act. 10/1), ohne allerdings einen entsprechenden Beleg einzureichen.

c) In der für den Zeitraum 1. September 2011 bis 31. Dezember 2011 erstellten Zwischenbilanz wird ein Reingewinn von Fr. 6'391.72 ausgewiesen (act. 14/5). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Umbaukosten für Geschäftsräume im Umfang von Fr. 7'592.50 anfielen, welche den Gewinn schmälern (act. 14/5). Die Schuldnerin reichte eine Kreditorenliste ein, woraus sich (inkl. der drei offenen Betreibungsforderungen im Betrag von Fr. 1'746.70) ein Ausstand von Fr. 13'810.55 zuzüglich Fr. 3'211.44 (für den Eigenbedarf bestimmte Lieferungen, Zahlungsfrist bis 31.3.2013) ergibt. Nach Abzug der Forderung für drei Muster- bzw. Ausstellungslieferungen und der Betreibungsforderungen sind Kreditoren in der Höhe von Fr. 5'521.94 (inkl. Material für Eigenbedarf) zu berücksichtigen (act. 14/3). Es gibt keine Belege dafür, wieviele Debitorenausstände aktuell diesen Kreditoren gegenüberstehen. Die Schuldnerin hat zwei Rechnungskopien in der Höhe von Fr. 11'933.70 (act. 14/1-2) unter dem Titel "Debitoren Rechnungskopien" (vgl. act. 13) eingereicht. Auf der Rechnung vom 31. Juli 2012 ist der handschriftliche Vermerk "Kopie Debitor bez. 8.8.2012" (act. 14/1) und auf der Rechnung vom 10. September 2012 der Vermerk "Kopie Debitor bez. 11.9.2012" (act. 14/2) angebracht. Die Abkürzung "bez." ist nicht anders zu verstehen, als dass diese Rechnungen vom Kunden am 8.8. bzw. 11.9.2012 bezahlt worden sind, und es sich deshalb nicht um Debitorenausstände handeln kann. Leider hat die Schuldnerin keine Bankauszüge eingereicht. In der Zwischenbilanz per Ende 2011 (act. 14/5) wurden zwar für Kassabestand und Bankkonto ein Guthaben von Fr. 33'527.07 ausgewiesen, da aber die Schuldnerin für die Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 750.— an die

Obergerichtskasse eine Fristerstreckung verlangt hatte, erscheint fraglich, ob sie zur Zeit über eine grosse Barschaft verfügt. Jedenfalls gibt es heute überhaupt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin ihre laufenden Verpflichtungen zu erfüllen vermag. Da sie keine Debitorenliste und auch keine Belege für den Nachweis flüssiger Mittel eingereicht hat, ist nicht ersichtlich, wie sie die Kreditorenausstände von Fr. 5'521.94 begleichen kann. Die eingereichten Offerten über einen Gesamtbetrag von Fr. 140'694.55 (act. 10/3-7) vermögen daran nichts zu ändern. Sie wurden von der Gegenseite jeweils nicht unterschrieben und enthalten den Vermerk "warten auf Antwort" oder "verschoben" Januar bzw. Februar 2013, so dass die Realisierung unsicher erscheint. Ausserdem ergibt sich nicht klar, ob es sich bei den Offerten an E._____ (act. 10/6 und 10/7) um eine oder zwei verschiedene handelt.

d) Aus den von der Schuldnerin eingereichten Belegen gibt es überhaupt keine Hinweise dafür, dass die Zahlungsschwierigkeiten bloss vorübergehender Natur sind.

6. Der Schuldnerin gelang es somit nicht, ihre Zahlungsfähigkeit hinreichend im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über die Schuldnerin neu zu eröffnen.
7. Die Schuldnerin ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.
8. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Schuldnerin aufzuerlegen, die dafür einen Barvorschuss geleistet hat (act. 17).

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 Konkurseröffnungen sind nämlich 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 Verordnungen, im Kanton Zürich jene der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV 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 GebV 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. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **15. Januar 2013, 09.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt C. _____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.— festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster

und das Konkursamt C._____ (vorab per Fax), ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: