

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130045-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Urteil vom 16. April 2013

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. März 2013 (EK130289)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich eröffnete mit Urteil vom 20. März 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 28. März 2013 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung der Konkursforderung und stellte sinngemäss ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sodann reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 4/1-11). Mit Präsidialverfügung vom 2. April 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 7). Der Kostenvorschuss ging am 9. April 2013 bei der Gerichtskasse ein (act. 10).

2. 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 Konkurs hinderungsgründe (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 Konkurs hinderungsgründe 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 hinterlegte bei der Obergerichtskasse am 28. März 2013 einen Betrag in Höhe von Fr. 2'283.90 zuhanden der Beschwerdegegnerin, womit die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten gedeckt ist (act. 3, act. 4/1 und act. 11). Ferner hat die Beschwerdeführerin eine Quittung des Konkursamtes C._____ vom 28. März 2013 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes einen Kostenvorschuss

von Fr. 750.– geleistet hat (act. 4/2). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen.

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 Beteiligungen mittlerweile 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 Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes C._____ (act. 4/4) wurden vom 17. Januar 2011 bis 28. März 2013 insgesamt 19 Beteiligungen eingeleitet, wovon 7 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in drei Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Beteiligung Nr. ...1) von der Beschwerdeführerin zuhanden der Beschwerdegegnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Damit sind gegenwärtig noch 11 Beteiligungen von total Fr. 52'183.85 offen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, vier davon (Beteiligung Nr. ...2, ...3, ...4 und ...5) im Umfang von insgesamt Fr. 7'433.50 inzwischen bezahlt zu haben (vgl. act. 4/3). Bezüglich der Beteiligung Nr. ...6 führt die Beschwerdeführerin aus, die

Betreibung sei falsch, sie sei nicht Schuldnerin dieser Forderung. Zur Betreuung Nr. ...7 erklärt die Beschwerdeführerin, die Gläubigerin würde ihr Fr. 23'708.40 schulden. Mit der Gläubigerin der Betreuung Nr. ...8 seien Ratenzahlungen vereinbart worden. Auch in der Betreuung Nr. ...9 sei eine Zahlungsvereinbarung mit Ratenzahlungen getroffen worden (act. 4/3). Zu den Betreibungen Nr. ...10, ...11 und ...12 äusserte sich die Beschwerdeführerin nicht.

Die Beschwerdeführerin reichte in der Betreuung Nr. ...9 einen Briefwechsel mit dem Gläubiger bzw. dessen Rechtsvertreterin ein, aus welchem hervorgeht, dass der Gläubiger sich im Zusammenhang mit der in Betreuung gesetzten Forderung von Fr. 25'000.– mit monatlichen Ratenzahlungen einverstanden erklärte (vgl. act. 4/5 und 4/6). Die vereinbarten Ratenzahlungen sind damit glaubhaft dargelegt. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass der Gläubiger diese Forderung in nächster Zeit durchsetzen wird, weshalb diese Betreuung nachfolgend nicht weiter zu berücksichtigen ist. Bezüglich der Betreuung Nr. ...6 führt die Beschwerdeführerin aus, die Betreuung sei zu unrecht erfolgt, da sie gar nicht Schuldnerin dieser Forderung im Umfang von Fr. 411.70 sei (act. 4/3). Aufgrund der zeitlichen Gegebenheit (Eingang der Betreuung datiert vom 24. April 2012) und der Nichtbeseitigung des erhobenen Rechtsvorschlages durch die Gläubigerin erscheinen die Ausführungen der Beschwerdeführerin als plausibel.

Im Zusammenhang mit der Betreuung Nr. ...7 für eine Forderung von Fr. 12'180.10 führt die Beschwerdeführerin aus, es bestünden mit der Gläubigerin, der D. _____ Limited Liability Co, Unstimmigkeiten. Sie (die Gläubigerin) schulde ihr insgesamt Fr. 23'708.40 (act. 4/3). Um die offene Schuld zu belegen, reichte die Beschwerdeführerin eine siebenseitige Aufstellung über Zahlungsein- und Zahlungsausgänge der Gläubigerin im Zeitraum vom 24. April bis 13. September 2012 ein, wobei am Schluss ein Saldo von Fr. 23'708.40 zugunsten der Beschwerdeführerin resultiert (act. 4/9). Die Beschwerdeführerin sowie die Gläubigerin sind beide in der Reisebranche tätig und es erscheint glaubhaft, dass sie gegenseitige Dienstleistungen erbringen und daher auch die Beschwerdeführerin gegenüber der Gläubigerin noch Forderungen offen hat, weshalb es sich rechtfertigt, diese Betreuung nicht weiter miteinzubeziehen.

Die Beschwerdeführerin führt aus, der Kunde bzw. die Gläubigerin der Betreuung Nr. ...2 habe die Forderungssumme im Umfang von Fr. 2'635.80 zurück- erhalten und auch drei weitere Forderungen (Betreibung Nr. ...3, ...4 und ...5) sei- en bezahlt worden (act. 4/3). Die Beschwerdeführerin hat es allerdings unterlas- sen, entsprechende Belege einzureichen. Dem von ihr vorgelegten Bankauszug der E._____ vom 1. Januar bis 20. März 2013 sind die besagten Zahlungsvor- gänge nicht zu entnehmen (act. 4/11). Allenfalls hat die Beschwerdeführerin die Forderungen mit einem der aufgeführten Barbezüge beglichen. Dies hätte sie al- lerdings zumindest so behaupten müssen. Da den eingereichten Unterlagen keine Anhaltspunkte für erfolgte Abzahlungen zu entnehmen sind, ist gegenwärtig von offenen in Betreuung gesetzten Forderungen von Fr. 14'592.05 auszugehen.

b) Die Beschwerdeführerin ist eine Schweizer GmbH, die das Erbringen von Dienstleistungen als Reisebüro, das Führen von Reisebüros inklusive gene- relle Reiseberatung, Organisieren und Durchführen von Veranstaltungen, Vermitt- lung von Tickets und Handel mit Fahrzeugen aller Art sowie sämtliche Geschäfts- tätigkeiten im Bereich Geldtransfer und Geldwechsel bezweckt (vgl. act. 6). Der eingereichten Erfolgsrechnung lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführe- rin im Jahr 2012 ein Gewinn von Fr. 6'443.60 erzielt hat (act. 4/10 S. 2). Aus der Bilanz per 31. Dezember 2012 lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführe- rin im Jahr zuvor einen Verlust von Fr. 8'012.25 verzeichnete (act. 4/10 S. 1). Wei- ter zeigt die Bilanz auf, dass die Beschwerdeführerin per Ende Dezember 2012 über kurzfristige Verpflichtungen (Darlehen F1._____) von insgesamt Fr. 8'400.- verfügte. Um wen es sich bei der Person "F1._____" handelt, hat die Beschwer- deführerin nicht erläutert. Die Verfügung der Kammer vom 2. April 2013 wurde von einer Person namens F2._____ für die Beschwerdeführerin in Empfang ge- nommen (vgl. act. 8/1). Daraus könnte geschlossen werden, dass es sich bei F1._____ und F2._____ um dieselbe Person handelt. Dies ist vorliegend jedoch unerheblich, da keine Anhaltspunkte bestehen, dass die Darlehensschuld in na- her Zukunft zurückzubezahlen ist. Auch wenn dem nicht so wäre, weist die Be- schwerdeführerin genügend flüssige Mittel auf (act. 4/10, Kasse Fr. 31'898.55), um bei Bedarf das kurzfristige Fremdkapital (Fr. 8'400.-) und die gemäss vorste- hender Ausführungen noch offenen Betreibungen von Fr. 14'592.05 zu decken.

Auf der Bilanz vom 31. Dezember 2012 wurde von Hand der Vermerk "Zwischenbilanz" angebracht (act. 4/10). Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Zahlen in den letzten Monaten nicht wesentlich verändert haben, weshalb es sich auch rechtfertigt, diese Zahlen zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit heranzuziehen.

c) Die Beschwerdeführerin hat nur wenige Unterlagen eingereicht, weshalb es schwer fällt, sich ein realistisches Bild von ihrem Betrieb zu machen. Bezüglich ihrer Geschäftstätigkeit lässt sich einzig feststellen, dass sie im Jahre 2012 trotz einem Verlustvortrag von Fr. 8'012.25 einen Gewinn von Fr. 6'443.60 erzielen konnte (act. 4/10). Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie ihre Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, als gegeben. Denn eine Tatsache gilt schon dann als glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Die Zahlungsfähigkeit gilt demnach bereits dann als glaubhaft gemacht, wenn sie wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit (BGer 5A_80/2007 vom 4. September 2007, Erw. 3.1).

Die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin erweist sich somit als wahrscheinlicher und mithin 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 Zürich vom 20. März 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 Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'283.90 der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'150.– (Fr. 750.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, 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. K. Graf

versandt am: