

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140082-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 5. Mai 2014

in Sachen

A._____ GmbH, Geschäftsführer: B._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

C._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 9. April 2014 (EK140394)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 16. März 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) eingetragen. Sie bezweckt den Betrieb von Restaurants (act. 5).

2. Mit Urteil vom 9. April 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 1'530.00 nebst 5 % Zins seit 13. September 2013 zuzüglich Mahn- und Bearbeitungsgebühren von Fr. 30.00 und Fr. 50.00 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.30 (act. 3). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 10. April 2014 zugestellt (act. 7/11 bzw. vollständiger Track & Trace-Ausdruck der Post für die Sendungsnummer ...). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 11. April 2014, gleichentags dem Obergericht überbracht, beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 1).

3. Mit Verfügung vom 14. April 2014 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt und wurde die Schuldnerin aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen (act. 9).

4. Der Kostenvorschuss von Fr. 750.00 ging rechtzeitig ein (act. 11).

II.

1. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn ein 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 die Schuldnerin sowohl ihre 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 bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2. Konkursgründungsgrund:

Die Schuldnerin hat die Konkursforderung samt Zinsen, Gebühren und Bearbeitungskosten im Totalbetrag von Fr. 1'800.10 am 11. April 2014, und damit in Wahrung der Beschwerdefrist, mit Zahlung an die Gläubigerin getilgt (act. 4/1). Gleichentags und damit ebenfalls vor Fristablauf stellte die Schuldnerin zudem die Kosten des Konkursamts inkl. der erstinstanzlichen Entscheidgebühr mit Zahlung von Fr. 1'100.00 beim Konkursamt sicher (act. 4/2).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG (*Tilgung*) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin.

3. Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

3.1 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung der Schuldnerin treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der die Überzeugung gestattet, die Sachdarstellung des Schuldners sei zutreffend, ist nicht nötig.

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.

3.2 In der Beschwerdeeingabe vom 11. April 2014 verwies die Schuldnerin lediglich auf die erfolgte Tilgung der Konkursforderung mit Sicherstellung der Konkurskosten. Zu ihrer Zahlungsfähigkeit äusserte sich die Schuldnerin dagegen nicht (act. 2).

Aus diesem Grund wurde die Schuldnerin in der eingangs erwähnten Verfügung vom 14. April 2014 auf Art. 174 Abs. 2 SchKG hingewiesen, wonach sie zusätzlich zum Nachweis eines Konkursaufhebungsgrundes mit Einreichung geeigneter Unterlagen ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen habe. Gleichzeitig wurde der Schuldnerin erklärt, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist entsprechend ergänzen könne (act. 9 S. 2 ff. sowie S. 4 Dispositivziffer 3).

Dessen ungeachtet hat sich die Schuldnerin bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist am 22. April 2014 weder zu ihrer Zahlungsfähigkeit geäußert, noch hat sie entsprechende Unterlagen eingereicht. Auch bis heute ist dies nicht erfolgt. Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereichte Unterlagen wären indes ohnehin nicht beachtlich (vgl. OGer ZH PS120235 vom 16. Januar 2013, E. II./3.1).

Daher ist androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden (act. 9 Dispositivziffer 3).

3.3 Die Schuldnerin hat sich weder in der Beschwerdebegründung noch in einer Beschwerdeergänzung zu ihrer Zahlungsfähigkeit geäußert. Es fehlt daher an Unterlagen und/oder Vorbringen, welche eine Einschätzung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ermöglichen. Die Schuldnerin vermag ihre Zahlungsfähigkeit somit nicht glaubhaft zu machen.

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde gegen die Konkursöffnung.

4. Da am 14. April 2014 die aufschiebende Wirkung gewährt wurde (act. 9), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss zu beziehen.

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

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und es wird über die Schuldnerin mit Wirkung ab **5. Mai 2014, 17.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt Aussersihl-Zürich sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: