

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140186-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 13. August 2014

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 8. Juli 2014 (EK140113)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 8. Juli 2014 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Uster für eine Forderung von Fr. 3'845.70 nebst Zins zu 5% seit 5. Juni 2013 zuzüglich Fr. 70.-- Gläubigerkosten sowie Fr. 146.-- Betreuungskosten abzüglich Fr. 600.-- Teilzahlungen, total Fr. 3'658.55, den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7). Mit Beschwerde vom 25. Juli 2014 beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sodann reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 2 und 5/3-8).

Die erste Zustellung des angefochtenen Entscheides an die Schuldnerin scheiterte, die Sendung ging mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz zurück (act. 9). Auf telefonische Aufforderung durch die Gerichtskanzlei holte die Schuldnerin den Entscheid in der Folge am 23. Juli 2014 am Empfang ab (act. 10-11). Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz die Zustellung ungeachtet der Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 2 lit. a ZPO – nachdem die Schuldnerin die Anzeige zur Konkursverhandlung empfangen hatte (act. 7), musste sie mit weiteren gerichtlichen Zustellungen rechnen – wiederholte, darf einer Partei kein Nachteil erwachsen; dies analog zum Fall, in dem die Post auf dem Avis eine längere als die vorgesehene siebentägige Abholfrist vermerkt oder dem Adressaten die Sendung aus anderen Gründen nach Ablauf von sieben Tagen aushändigt (BGer 5A_2011/2012 vom 25. Juni 2012). Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Partei den tatsächlichen Empfang als fristauslösend erachtet, derweil die Frist bereits durch die frühere Zustellfiktion ausgelöst wurde, ohne dass die Partei sich dessen bewusst ist. Somit ist vorliegend für den Fristenlauf nach Treu und Glauben die zweite Zustellung am 23. Juli 2014 massgebend, weshalb die Beschwerde als rechtzeitig entgegenzunehmen ist (Ablauf Beschwerdefrist am 4. August 2014).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. 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. Mit Einreichung der Beschwerde hinterlegte die Schuldnerin bei der Gerichtskasse die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten von Fr. 3'658.55 sowie die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 450.--, insgesamt Fr. 4'108.55 (act. 5/3).

Damit der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vorliegt, muss der gesamte Betrag, d.h. die Schuld inklusive Zinsen und Kosten hinterlegt sein. Zu den Kosten gehören nebst den Betreuungskosten auch die Kosten des erstinstanzlichen Entscheides sowie die mutmasslichen Kosten des Konkursamtes. Deshalb wurde die Schuldnerin mit Verfügung vom 28. Juli 2014 darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises eines Konkurshinderungsgrundes (Kosten des Konkursamtes) sowie der Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ergänzen kann. Sodann wurde ihr Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert (act. 9). Am 4. August 2014 und somit ebenfalls innerhalb der Beschwerdefrist stellte die Schuldnerin die noch offenen Konkurskosten sicher und reichte zahlreiche Unterlagen zu ihrer Zahlungsfähigkeit nach (act. 11, act. 12/9-22). Damit liegt nunmehr der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung vor. Mit Verfügung vom 5. August 2014 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 13). Ebenfalls fristgerecht leistete die Schuldnerin den verlangten Vorschuss (act. 12/21, act. 15).

4. Nebst einem Konkurshinderungsgrund hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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 Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer 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 Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes Uster wurden in den letzten fünf Jahren bis zum 11. Juli 2014 fünf Beteiligungen eingeleitet, wovon eine durch Zahlung erledigt ist (act. 12/10). Der Umstand, dass in drei Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die Konkursforderung (Beteiligung Nr. ...) inzwischen bei der Gerichtskasse hinterlegt. Damit sind noch drei Beteiligungen von total Fr. 21'531.80 offen. Hinsichtlich der Beteiligungen Nr. ... und ... verweist die Schuldnerin auf einen Kontoauszug der Stiftung C._____ (act. 2 S. 3, act. 5/5/1). Aus dem Umstand, dass die erste Beteiligung im Gegensatz zur zweiten auf diesem Auszug nicht erscheint, ist zu schliessen, dass sie, wie von der Schuldnerin vorgebracht, getilgt ist. In der zweiten Beteiligung sind hingegen nach einer Teilzahlung noch Fr. 3'012.-- offen. Schliesslich wurden in der Beteiligung Nr. ... des Kantons Zürich anerkanntermassen noch keine Zahlungen geleistet (act. 2 S. 3). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Beteiligung gesetzte Forderungen von rund Fr. 3'100.--.

b) Die Schuldnerin reichte keine Jahres- oder Zwischenabschlüsse ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Gemäss der behelfsmässigen Zusammen-

stellung ihrer Debitoren/Kreditoren sowie dem obgenannten Kontoauszug der Stiftung C._____ schuldet sie dieser weitere, noch nicht betriebene Fr. 2'013.20, wofür sie bei Bedarf Ratenzahlungen beantragen kann (act. 2 S. 3, act. 5/5/1-2, act. 12/11). Ferner sind noch Steuerschulden von ca. 544.-- sowie Leasinggebühren von Fr. 536.05 für das Geschäftsfahrzeug offen (act. 12/11 und 12/17-18). Damit hat die Schuldnerin offene Verbindlichkeiten von mindestens rund Fr. 6'200.--. Demgegenüber macht sie Debitoren in Form von Provisionen aus der Vermittlung von Versicherungsdienstleistungen geltend. Sie erklärt, von der D._____ am 14. August 2014 die ihr zustehenden Provisionen von durchschnittlich Fr. 3'000.--/Monat und am 28. August 2014 Superprovisionen von voraussichtlich Fr. 15'000.-- zu erhalten (act. 2 S. 4). Dies erscheint gestützt auf den eingereichten Kontoauszug für das Jahr 2014 und die Provisionsübersicht der letzten 12 Monate sowie ein E-Mail der D._____ glaubhaft (act. 5/6/1-4), wengleich die definitiven Beträge noch nicht feststehen. Sodann verweist die Schuldnerin auf ausstehende, laufend ausbezahlte Provisionen der E._____ (act. 2 S. 4 f.). Auf dem Formular "Bearbeitungsstand" bezeichnete sie handschriftlich die noch offenen Provisionen, ein Auszahlungsdatum oder die Höhe der erwarteten Beträge sind indes nicht ersichtlich (act. 5/7/2). Die E._____ bestätigt allerdings, dass der Schuldnerin wohl im August rund Fr. 1'200.-- überwiesen werden (act. 12/13). Weiter führt die Schuldnerin aus, die E._____ zahle einen Teil der Provisionsgelder erst nach drei Jahren aus unter der Bedingung, dass der jeweilige vermittelte Vertrag dannzumal noch besteht. Sie habe auf ihrem Kautionskonto ein namhaftes Guthaben von rund Fr. 21'500.-- mit Entstehungsdatum 2011, welches im Laufe dieses Jahres fällig werde (act. 2 S. 4, act. 5/7/1 S. 1). Zwar mag hier mit einem Zufluss zu rechnen sein, die Vorbringen erscheinen aber als zu wenig konkret, als dass sie berücksichtigt werden könnten. So ergibt sich aus den Unterlagen weder das Fälligkeitsdatum noch der auszahlende Betrag, der nach Darstellung der Schuldnerin eben gerade vom Fortbestand des betreffenden Vertrages abhängt. Schliesslich macht die Schuldnerin unter Hinweis auf einen Treuebonus für das Jahr 2013 in Höhe von Fr. 10'980.-- für 462 Vermittlungen einen solchen von über Fr. 11'000.-- für nunmehr 510 Vermittlungen fürs 2014 geltend, welcher Ende Jahr fällig werde (act. 2 S. 5). Ob die E._____ allerdings

überhaupt wieder einen Treuebonus ausrichtet bzw. wann und in welcher Höhe – die zu erreichenden Ziele werden jedes Jahr neu festgelegt – diese Auszahlung erfolgen würde, lässt sich dem entsprechenden Beleg nicht entnehmen (act. 5/7/3). Damit darf die Schuldnerin im August 2014 mit Zuflüssen von der D._____ und der E._____ in Höhe von ca. Fr. 19'200.-- rechnen. Hingegen müssen das Kautionskonto und der behauptete Treuebonus der E._____ mangels Glaubhaftmachung unberücksichtigt bleiben. Die Provisionszahlungen der F._____ AG und der G._____ sind sodann keine Debitoren, erfolgten sie doch bereits im Mai/Juni 2014 (act. 12/14-15). Dass die Provision der H._____, wie von der Schuldnerin behauptet, per 10. August 2014 ausbezahlt werden soll, findet in der entsprechenden Provisionsauskunft keine Stütze, weshalb sie ebenfalls unbeachtlich ist (act. 11 S. 2, act. 12/16). Somit hat die Schuldnerin konkrete Debitoren von Fr. 19'200.--. Aber auch in den Folgemonaten dürften ihr namentlich von der D._____ und der E._____ regelmässig Provisionen zukommen. Das Konto der Schuldnerin bei der UBS wies per 30. Juni 2014 einen Saldo von Fr. 1'356.79 aus (act. 12/20/6). Am 30. Juli 2014 habe der Kontostand Fr. 3'383.60 betragen, wie die Schuldnerin in einer Aktennotiz festhielt (act. 12/12). Damit vermögen die Debitoren sowie die flüssigen Mittel die Verbindlichkeiten klar zu decken.

Rückschlüsse auf den Geschäftsgang sind ohne Jahresabschluss kaum möglich. Die Schuldnerin führt einen Jahresumsatz von rund Fr. 150'000.-- an, was sich mit den in den Kontoauszügen der UBS von Anfang 2013 bis Mitte 2014 verzeichneten Gutschriften deckt (act. 2 S. 6, act. 12/19, act. 12/20/1-6). Zur Kostenseite, insbesondere zu den Lohnkosten ihres Geschäftsführers I._____, macht sie nur rudimentäre und – stellt man den Umsatz dem in der provisorischen Steuerrechnung 2014 aufgeführten Gewinn von nur Fr. 4'000.-- gegenüber (act. 12/18) – offensichtlich unvollständige Angaben, welche im Übrigen nicht belegt sind (act. 12/11). Massgebend ist aber, dass die Schuldnerin relevante Einnahmen erzielt, welche offenbar ihren Aufwand zu decken vermögen. Ihre Ausstände wird sie bereits mit den im August eingehenden Provisionen tilgen können. Unter diesen Umständen ist auch ohne detaillierte Angaben zu ihrer wirtschaftlichen Lage anzunehmen, sie könne in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachkommen und ihre Zahlungsschwierigkeiten seien unter anderem auf die schwierige private

Situation von I. _____ zurückzuführen (act. 2 S. 5, act. 5/8). Dessen Familie scheint denn auch bereit, ihn finanziell zu unterstützen und überwies ihm nach seinen Angaben € 10'000 auf sein Privatkonto, was für die Liquiditätsprüfung der Schuldnerin allerdings zweitrangig ist (act. 11/3, act. 12/22).

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich damit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 8. Juli 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das **Konkursamt Uster** wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'250.-- (Fr. 700.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'550.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, der Gläubigerin Fr. 3'658.55 (Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten) sowie Fr. 450.-- (Ersatz der aus dem von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten

Barvorschuss bezogenen erstinstanzlichen Spruchgebühr), total Fr. 4'108.55 auszusahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, 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. S. Bohli Roth

versandt am: