

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150160-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichter lic. iur. H. Meister und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 22. September 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____

und / oder Rechtsanwältin MLaw X2._____

gegen

B._____ Stiftung Berufliche Vorsorge,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 27. August 2015 (EK151307)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 27. August 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (act. 3). Diese beantragte mit am letzten Tag der Rechtsmittelfrist eingereichter Beschwerde vom 7. September 2015 die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 7/8). Mit Verfügung vom 9. September 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 11). Dieser ging rechtzeitig ein (act. 20; act. 12/1), weshalb sich die Sache als spruchreif erweist.
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner 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 zehn Tagen 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. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294 und 139 III 491).
3. Die Beschwerdeführerin belegt, die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1... des Betreibungsamts Zürich 1) von Fr. 37'243.25 zuzügl. 5% Zins seit 1. Januar 2015, Fr. 600.– Umtriebsspesen sowie Betreibungs- und Inkassokosten (total Fr. 39'539.05) durch die am 7. September 2015 bei der Obergerichtskasse einbezahlte Kautions von Fr. 40'000.– sichergestellt zu haben (act. 10; act. 5/4). Im Weiteren weist sie nach, dass beim Konkursamt Zürich (Altstadt) Fr. 3'000.– für die Kosten des Konkursverfahrens inkl. des erstinstanzlichen Konkursgerichts sowie für die Rückerstattung des Kos-

tenvorschusses an die Beschwerdegegnerin einbezahlt wurden (act. 8 = act. 5/7; act. 5/6). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist erfüllt. Der Konkurs ist aufzuheben, sofern die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Deshalb hat der Schuldner 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 bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Die Beschwerdeführerin wurde im Jahr 2010 gegründet (act. 13). Sie führt aus, dass ihre Geschäftstätigkeit in der Rechtsberatung von Kunden im Bereich des US-Steuerrechts bestehe. Wie in diesem Dienstleistungsbereich üblich sei sie vorleistungspflichtig, weshalb ihr Cashflow von den Zahlungseingängen der Kunden abhängig sei. So stünde insbesondere im Frühling/Sommer, wenn Sozialversicherungs- und Steuerschulden fällig würden, substantiellen Forderungen zu wenig Liquidität gegenüber (act. 2 S. 6 f.). Bezüglich der Einkommenseite macht die Beschwerdeführerin namhafte ausstehende Forderungen gegenüber Klienten, die in den nächsten Tagen beglichen würden, geltend (act. 2 S. 8 f.). Auf der Ausgabenseite belegt die Beschwerdeführerin, ihre Geschäftsräumlichkeiten per 30. September 2015 gekündigt zu haben und führt aus, die Anzahl ihrer Angestellten reduziert zu haben (act. 2 S. 17; act. 5/11).

Mit Eingaben vom 10. und 11. September 2015 reichte die Beschwerdeführerin sodann weitere Nachweise betreffend ihre Zahlungsfähigkeit ins Recht (act. 16-18). Diese fallen jedoch nicht mehr in die Rechtsmittelfrist und können aus diesem Grund nicht berücksichtigt werden. Zwar wäre die Beschwerdefrist als gesetzliche Frist grundsätzlich einer Wiederherstellung zugänglich (Art. 33 Abs. 4 SchKG), die entsprechenden Voraussetzungen wären indessen in einem Gesuch darzulegen gewesen (BGer 5A_258/2013 vom 26. Juli 2013 E. 6; OGer ZH PS120091).

4.3 Der Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts Zürich 1 weist für den Zeitraum der letzten drei Jahre insgesamt siebzehn Beteiligungen gegen die Beschwerdeführerin aus (act. 5/29), was vorderhand auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen lässt. Betroffen sind – wie die Beschwerdeführerin richtig ausführt – vor allem Sozialversicherungs- und Steuerschulden. Acht Beteiligungen wurden gemäss Registerauszug durch Zahlung ans Betreibungsamt oder an den Gläubiger selbst erledigt (Beteiligung Nrn. 2..., 3..., 4..., 5..., 7..., 8..., 9..., 10...). Die Beschwerdeführerin weist sodann nach, drei weitere offene Forderungen bereits im Jahre 2013 getilgt zu haben (Beteiligung Nrn. 11..., 12..., 13...) (act. 5/30-31). Weiter sind drei Beteiligungen für Mietschulden (Beteiligung Nrn. 14..., 15..., 16...) aufgeführt, von denen die Beschwerdeführerin eine glaubhaft bestreitet und bei einer anderen darlegt, dass sie bereits über die Verwaltung an die Vermieterin bezahlt worden sei (act. 2 S. 14). Unklar bleibt der Stand der Beteiligung Nr. 17... aus dem Jahre 2012, bei der die Beschwerdeführerin lediglich ausführt, die zugrunde liegende Forderung sei längst beglichen (act. 2 S. 12).

In den Jahren 2012 und 2013 wies die Beschwerdeführerin Verluste von rund Fr. 45'000.– aus bei einem Umsatz von ca. Fr. 1.1 bzw. 1.2 Mio. (act. 5/20-21). Demgegenüber resultierte im Jahr 2014 ein Gewinn in der Höhe von rund Fr. 50'000.–, bei einem Umsatz von wiederum rund Fr. 1.2 Mio. (act. 5/22). Die Beschwerdeführerin bezahlte ihre Schulden – und zwar auch namhaftere Beträge – in den vergangenen beiden Jahren konstant ab. Auch die aktenkundige Aufgabe der teuren Geschäftsräumlichkeiten spricht für die Ernsthaftigkeit der angestrebten Sanierung (act. 5/11). Die gegenwärtigen liquiden Mittel von knapp

Fr. 12'000.– (act. 5/9) sind zwar eher bescheiden und das vorgebrachte Mietkautionsdepot von Fr. 24'285.44 kann aufgrund der derzeitigen Ungewissheit über dessen Freigabe nach Auszug aus den Büros nicht berücksichtigt werden. Der Beschwerdeführerin fliessen jedoch regelmässig aus den Rechnungsstellungen an Klienten grössere Beträge zu (act. 5/12-18). In Berücksichtigung der kontinuierlichen Schuldentilgung und im Sinne einer Gesamtwürdigung kann von der Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin ausgegangen werden. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, und der Konkurs ist aufzuheben.

5. Trotz Gutheissung der Beschwerde sind die Kosten der Vorinstanz sowie des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren verursacht hat (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 27. August 2015, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und ebenfalls der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Zürich Altstadt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 4'400.– (Fr. 3'000.– 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.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Totalbetrag von Fr. 40'000.– der Beschwerdegegnerin Fr. 39'539.05 und der Beschwerdeführerin den Restbetrag auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich (Altstadt), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, 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:

Dr. M. Isler

versandt am: