

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150196-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 24. November 2015

in Sachen

A._____,

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 20. Oktober 2015 (EK150222)

Erwägungen:

I.

Am 20. Oktober 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster auf Begehren der Gläubigerin vom 29. September 2015 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 und 6). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 2. November 2015 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, es sei die Konkurseröffnung aufzuheben. Sie macht im Wesentlichen geltend, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Schuld mittlerweile getilgt zu haben und zahlungsfähig zu sein (act. 2; act. 7/6).

Mit Präsidialverfügung vom 3. November 2015 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens wurden von der Schuldnerin aufforderungsgemäss bevorschusst (act. 8 ff.). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–7).

II.

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. 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 Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs-hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294, 139 III 491).

III.

Die Schuldnerin belegt mit einer Quittung der Post, dass sie bei dieser am 22. Oktober 2015 für die UBS Zürich zugunsten der Gläubigerin Fr. 1'540.55 einbezahlt hat (act. 5/4). Damit hat sie die von der Gegenpartei mit dem Konkursbegehren geltend gemachte Forderung getilgt (act. 7/1 und 7/3). Weiter hat die Schuldnerin dem Konkursamt Uster am 23. Oktober 2015 einen Kostenvorschuss von Fr. 670.– geleistet. Zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 2'000.– ist dieser Betrag hinreichend, um im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die konkursamtlichen Kosten zu decken und der Gläubigerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Kostenvorschuss zurückzuerstatten (act. 5/5). Damit ist der Konkursverhinderungsgrund nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

IV.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten des Schuldners gewonnenen Gesamteindruck. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13; BGer 5A_516/2015 vom 3. September 2015 E. 3.1; 5A_606/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1).

2.

Den Akten lässt sich zu den Verhältnissen der Schuldnerin im Wesentlichen Folgendes entnehmen:

2.1. Die Schuldnerin ist seit November 2005 als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Unternehmenszweck registriert ist primär das Führen einer Autoreparaturwerkstatt samt Autohandel mit und ohne Markenvertretung. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ist seit Ende 2009 C. _____ (act. 5/3).

2.2. Zur finanziellen Lage macht die Schuldnerin geltend, sie habe genügend Aufträge. Auf ihrem Geschäftskonto befänden sich Fr. 14'897.37. Ihre Schulden beliefen sich auf Fr. 17'138.26. Sie gehe davon aus, sie in den nächsten Monaten begleichen zu können, sofern sich der Konkurs abwenden lasse (act. 2).

2.3. Der Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Uster vom 23. Oktober 2015 weist für die Zeit ab Januar 2011 30 Verfahren aus (act. 5/7):

| <u>Anzahl Verfahren</u> | <u>Verfahrensstand</u> | <u>Betreibungsforderung/Fr.</u> (ohne Zins u. Betreibungskosten) |
|-------------------------|---------------------------|---|
| 6 | Betreibung erloschen | 32'358.34 |
| 15 | Bezahlt an Betreibungsamt | 19'624.75 |
| 1 | Bezahlt an Gläubiger | 1'210.85 |
| <u>8</u> | <i>Konkurseröffnung</i> | <u>23'188.31</u> |
| 30 | | 76'382.25 |

Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/7).

Die Forderungen, welche Gegenstand der acht Verfahren mit Verfahrensstand "Konkurseröffnung" bilden, sind laut Schuldnerin noch im Betrag von Fr. 17'138.26 offen. Von diesem Betrag (wozu Zinsen und Kosten hinzukommen) kann gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes über die Betreuung der Sozialversicherungsanstalt Nr. ... eine von der Schuldnerin offensichtlich übersehene, am 20. Oktober 2015 geleistete Teilzahlung von Fr. 750.– abgezogen werden. Der "provisorische" Restbetrag der fraglichen Forderung beträgt laut Betreibungsamt nicht, wie von der Schuldnerin angenommen, Fr. 5'517.40, sondern Fr. 4'767.40 (act. 2 S. 4, act. 5/8). Das Betreibungsamt scheint im Übrigen der

Schuldnerin in diesem Betreibungsverfahren einen Verwertungsaufschub gewährt zu haben (act. 5/8; vgl. Art. 123 SchKG).

2.4. Das behauptete Bankguthaben von rund Fr. 14'900.– ist durch einen Kontoauszug ausgewiesen (act. 5/6).

3.

Die aktenkundigen Fakten sind nicht geeignet, glaubhaft erscheinen zu lassen, dass die Schuldnerin in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen.

Geltend gemachten Schulden von Fr. 17'138.26 bzw. rund Fr. 16'400.– (vgl. E. IV/2.3 oben), wozu offensichtlich noch Betreuungskosten und Zinsen hinzukommen, steht ein Bankguthaben von nur rund Fr. 14'900.– gegenüber. Andere kurzfristig realisierbare Aktiven werden nicht namhaft gemacht. Die kurzfristig verfügbaren Mittel decken somit die kurzfristigen Verbindlichkeiten nicht.

Dass zu den Schulden von rund Fr. 16'400.–, die Gegenstand der hervorgehobenen acht Betreibungen bilden, keine weiteren Verbindlichkeiten hinzukommen, tut die Schuldnerin nicht substantiiert dar; für einen aussagekräftigen Überblick über die finanzielle Lage der Schuldnerin wären alle Aktiven und Passiven zu nennen - und unter den letzteren nicht nur die bereits notleidenden und in Betreuung gesetzten. Unterlagen, die Aufschluss über die tatsächliche Verschuldung geben, etwa ein Zwischenabschluss mit Debitoren- und Kreditorenliste, fehlen. Eine blosser Behauptung genügt zur Glaubhaftmachung nicht.

Eine günstige Prognose für die zukünftige Entwicklung der finanziellen Lage der Schuldnerin lassen die Akten nicht zu. Konkrete Anhaltspunkte fehlen. Die blosser Behauptung, es lägen "genügend" Aufträge vor, ist untauglich. Die Annahme, die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin, worauf der Betreibungsregisterauszug hinweist, könnten vorübergehend sein, rechtfertigt sich deshalb nicht.

Die Schuldnerin hat ihre Zahlungsfähigkeit somit nicht glaubhaft gemacht. Was es mit denjenigen Forderungen auf sich hat, die Gegenstand der erloschenen Be-

treibungen bildeten (namentlich mit jener der D. _____ AG über Fr. 25'178.55 [act. 5/7 S. 2]), kann unter diesen Umständen dahingestellt bleiben.

V.

Mangels Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung nicht gegeben. Die Beschwerde ist abzuweisen. Da ihr am 3. November 2015 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 8), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gläubigerin ist mangels erheblicher Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Parteient-schädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **24. November 2015, 15.10 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Uster wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (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.

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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: