

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160068-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 10. Mai 2016

in Sachen

A._____ GmbH, Geschäftsführer: **B._____**,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

C._____,
Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 12. April 2016 (EK160035)

Erwägungen:

1. Am 12. April 2016 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 16. April 2016 zugestellt (act. 6/14). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach am 26. April 2016 ab. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Wegen der fehlenden Unterlagen zum Nachweis der Zahlungsfähigkeit wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 22. April 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt (act. 7). Innert der laufenden Beschwerdefrist reichte die Schuldnerin entsprechende Belege nach (act. 9 i.V.m. act. 10/1-5 und act. 11 und act. 14 i.V.m. act. 15/1-3). Mit Verfügung vom 26. April 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12).
2. a) 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.

b) Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Der von der Schuldnerin nachträglich eingereichte Bankkontoauszug (act. 17) wurde nach Ablauf der Beschwerdefrist zur Post gegeben (Poststempel vom 28. April 2016), weshalb er im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden kann. Es kann offen bleiben, ob die

Schuldnerin mit ihrer Bemerkung auf dem Postit-Zettel "Habe vergessen dies noch abzugeben" (vgl. act. 17) sinngemäss ein Fristwiederherstellungsgesuch stellen will. "Vergesslichkeit" stellt nämlich kein unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG dar, weshalb das Gesuch abzuweisen wäre.

3. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin beim Konkursamt Schlieren die Kosten des Konkursamtes (inkl. vorinstanzlicher Spruchgebühr) im Umfang von Fr. 1'000.- und die Konkursforderung (Betreibungsforderung Fr. 8'257.20 zuzüglich Zins von 5 % seit 8.12.2014, Betreibungskosten Fr. 161.60 und Rechtsöffnungskosten Fr. 400.-) mit Fr. 9'500.- sichergestellt (act. 4), was diese Forderung vollständig deckt (act. 18). Die Zahlungen leistete die Schuldnerin innert laufender Rechtsmittelfrist. Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete die Schuldnerin einen Barvorschuss (act. 16, act. 10/5).
4. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich

als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

b) Die Schuldnerin brachte u.a. vor, der Grund, dass es zur Konkursöffnung gekommen sei, liege an der schlechten Zahlungsmoral ihrer Kunden. Heute laufe es besser, da die Kunden im voraus eine Anzahlung zu leisten hätten. Damit könne sie alle Bestellungen/Rechnungen bei den Lieferanten bar bezahlen (act. 14). Sie habe keine Kreditoren mehr (act. 9).

c) Ihre Einwände hinsichtlich des Rechtsöffnungsverfahrens bzw. bezüglich der materiellen Berechtigung der diesem Konkurs zugrunde liegenden Forderung (vgl. act. 14) sind im vorliegenden Verfahren nicht zu beachten.

5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

b) Der Betreibungsregisterauszug datiert vom 25. April 2016 und umfasst fünf Jahre. Innerhalb dieses Zeitraums wurden 8 Beteiligungen im Betrag von Fr. 21'051.35 (inkl. Konkursforderung) eingeleitet (act. 11/1). Vier Beteiligungsforderungen hat die Schuldnerin inzwischen beim Betreibungsamt bezahlt (act. 11/1). Nebst der Konkursforderung (Beteiligung Nr. 1) sind somit gemäss diesem Betreibungsregisterauszug noch drei mit Rechtsvorschlag behaftete Forderungen (Beteiligung Nr. 2, Gläubigerin D._____ AG Zürich; Beteiligung Nr. 3, Gläubigerin E._____ AG ...; Beteiligung Nr. 4, Gläubiger F._____ ...) im Gesamtbetrag von Fr. 7'017.90 offen. Die Beteiligungsforderung der D._____ AG, Zürich (Beteiligung Nr. 2) in der Höhe von Fr. 1'675.40 wurde nach Einleitung der Beteiligung auf Fr. 1'200.- reduziert

(act. 11/1 und act. 15/2 i.V.m. act. 15/3) und am 25. April 2016 bezahlt (act. 15/3 S. 2). Die Betreibungsforderung der F._____ ... (Betreibung Nr. 4) in der Höhe von Fr. 558.90 hat die Schuldnerin am 26.11.15 (act. 10/4/1 Fr. 458.90) bzw. am 25.2.16 (act. 10/4/1 S. 2 Fr. 203.40) bezahlt. Bezüglich der der Betreibung Nr. 3 zugrunde liegenden Forderung der Gläubigerin E._____ AG ... im Betrag von Fr. 4'783.60 behauptet die Schuldnerin sinngemäss, es sei nur noch ein Restbetrag von Fr. 620.30 offen (act. 10/4/4 S. 2). Diesen Betrag hat die Schuldnerin am 21.4.2016/26.4.2016 bezahlt (act. 10/4/4 S. 1 Fr. 620.-; act. 15/1 Fr. 0.30). Damit hat die Schuldnerin glaubhaft gemacht, dass auch diese Betreibungsforderung vollständig getilgt ist. Demnach sind alle im Betreibungsregisterauszug erwähnten Forderungen bezahlt.

c) Gemäss eingereichter Steuererklärung 2014 wurde in der Jahresrechnung 31. Dezember 2014 ein Jahresverlust von Fr. 4'000.- und für das Vorjahr ein Jahresgewinn von Fr. 0.- ausgewiesen. Der Jahresverlust von Fr. 4'000.- resultierte aus Abschreibungen für Werkstatteinrichtungen. Für beide Jahre wurden weder liquide Mittel noch kurzfristige Forderungen bilanziert und unter den Passiven figurierte kein Fremdkapital (act. 10/1). Gemäss ihrer Aufstellung weist die Schuldnerin per 25. April 2016 keine Kreditoren aus (act. 10/3). Die von der Schuldnerin verlangte Anzahlung bei ihren Kunden scheint bereits die ersten Erfolge zu verzeichnen, wurde doch letztmals am 5. Oktober 2015 eine Betreibung gegen sie eingeleitet (act. 11/1). In der von der Schuldnerin erstellten Debitorenliste per 25. April 2016 werden Forderungsausstände von Fr. 41'206.95 erwähnt sowie bereits betriebene Ausstände in der Höhe von Fr. 37'503.70 (act. 10/2). Wieviel dieser Forderungen schliesslich getilgt werden, ist offen. Die aufgezeigten Debitorenausstände weisen aber darauf hin, dass das Geschäft in Zukunft Gewinn abwerfen dürfte, zumal der Geschäftsführer und Gesellschafter den Garagenbetrieb als Nebenbeschäftigung führt (act. 14). Seinen Lebensunterhalt dürfte er mehrheitlich aus anderen Einkünften decken. Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich somit, dass die Schuldnerin zahlungsfähig ist, es sich offensichtlich nur um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten gehan-

delt hat und die Schuldnerin die notwendigen Massnahmen für die Sicherstellung ihrer eigenen Zahlungsfähigkeit bereits getroffen hat.

6. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkursurteil ist aufzuheben.
7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.- anzusetzen. Dem Gläubiger ist mangels entstandener Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 12. April 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem von der Schuldnerin für die Konkursforderung sichergestellten Betrag von Fr. 9'500.- dem Gläubiger Fr. 9'374.20 und der Schuldnerin Fr. 125.80 ausbezahlen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

5. Das Konkursamt Schlieren wird ferner angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag für die Kosten des Konkursamtes von Fr. 2'400.- (Fr. 1'000.- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.- Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf, je gegen Empfangsschein.
7. 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
11. Mai 2016