

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160169-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 5. Oktober 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 15. September 2016 (EK161339)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 15. September 2016 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 21. September 2016 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 22. September 2016 abgewiesen. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass sie die Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurshinderungsgrundes sowie der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne, und es wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Mit Nachträgen vom 23. und 26. September 2016 ergänzte die Beschwerdeführerin die Beschwerde innert Frist (act. 11 und act. 14). Ferner leistete sie mit Zahlung vom 22. September 2016 den Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 12/2 und act. 13). Mit Verfügung vom 28. September 2016 wurde der Beschwerde schliesslich die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 16).

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 einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer mit der Beschwerde eine Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 eingereicht, aus welcher ersichtlich ist, dass

sie am 19. September 2016 beim Betreibungsamt die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten bezahlt hat (act. 5/3). Zudem hat sie eine Bestätigung des Konkursamtes Aussersihl-Zürich vom 22. September 2016 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.-- geleistet hat (act. 12/1). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1. 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).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von

der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 4 (act. 5/4) weist für die Zeit vom 9. April 2015 bis zum 21. September 2016 keine Verlustscheine und 10 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 50'600.45 aus, wovon neun Betreibungen über Fr. 37'647.70 (inklusive Konkursforderung, im Registerauszug mit Fr. 8'600.-- vermerkt, Betreibung Nr. ...) durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden sind. Demnach besteht derzeit noch eine einzige offene Betreibungen im Betrag von Fr. 12'952.75, bei welcher Rechtsvorschlag erhoben wurde.

4.3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Handel mit Waren aller Art, sowie Import und Export. Einziger Gesellschafter ist der Geschäftsführer (act. 6). Zur Schuldensituation führte die Beschwerdeführerin am 21. September 2016 aus, sie versuche im Moment mit der Gläubigerin der Forderung über Fr. 12'952.75 eine aussergerichtliche Regelung zu finden (act. 2 S. 4). Mit Eingabe vom 26. September 2016 gibt die Beschwerdeführerin sodann an, bei dieser Forderung handle es sich um eine grössere Warenlieferung der Firma C. _____ AG im Umfang von Fr. 55'000.--, wobei es üblich sei, dass zumindest ein Teil der Ware in Kommission übernommen werde oder in Raten bezahlt werden könne. Die Forderung sei zwischenzeitlich jedoch bezahlt worden (act. 14 S. 2 f.). Hierzu reicht die Beschwerdeführerin Belege ein (act. 15/5 und act. 15/6), woraus ersichtlich ist, dass von einer ursprünglichen Forderung in Höhe von Fr. 55'004.40 am 31. August 2016 noch Fr. 16'524.-- offen gewesen waren, am 21. September 2016 bestätigt wird, dass eine weitere Akontozahlung von Fr. 6'000.-- geleistet worden sei (act. 15/5), und die restlichen Fr. 10'524.-- von der Beschwerdeführerin am 26. September 2016 an die C. _____ AG bezahlt wurde.

4.4. Damit vermag die Beschwerdeführerin die Tilgung sämtlicher gegen sie in Betreibung gesetzten Forderungen glaubhaft zu machen, was für ihre Zahlungsfähigkeit spricht. Darüber hinaus bestehen gemäss Angaben der Beschwerdeführerin per 26. September 2016 keine Kreditoren mehr, und es gebe auch keine Debitoren, weil sie ihre Artikel direkt im Geschäft und nicht gegen Rechnung verkaufe (act. 14 S. 2 und act. 15/2). Angesichts der Tätigkeit der Beschwerdeführe-

rin und mangels anderen Anhaltspunkte erscheinen auch diese Ausführungen glaubhaft. Per 30. September 2016 werden der Lohn der Verkäuferin in Höhe von Fr. 3'305.-- und per 1. Oktober 2016 die Miete des Geschäftslokals und des Lagers in Höhe von Fr. 3'200.-- und Fr. 1'880.-- fällig (act. 15/2-4). Diesen laufenden Verbindlichkeiten stehen gemäss Auszug des Firmenkontos bei der D. _____ [Bank] Zürich per 26 September 2016 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 18'500.62 gegenüber (act. 15/1), weshalb unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin auch die laufenden Verbindlichkeiten zu decken vermag.

4.5. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die vorliegende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist. Dies insbesondere deshalb, weil die Beschwerdeführerin offenbar in der Lage war, innert einer kürzeren Frist die noch offenen Schulden zu tilgen. Zudem ist glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin mit den vorhandenen flüssigen Mitteln auch die laufenden Verbindlichkeiten wird decken können. Insgesamt erscheint die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin jedenfalls wahrscheinlicher. Daher gilt die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

5. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. September 2016, 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. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene Gebühr des Konkursgerichts von Fr. 400.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'600.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'200.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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. K. Houweling-Wili

versandt am:
6. Oktober 2016