

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170144-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 18. Juli 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ (Schweiz) AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 4. Juli 2017 (EK170731)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche in erster Linie die Führung von Kiosken, Take away, den Verkauf von Kiosk Artikeln sowie den Handel mit Waren aller Art bezweckt (act. 11).

2.1 Mit Urteil vom 4. Juli 2017 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich für nachstehende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 5 [= act. 3 = act. 6/12]):

Fr. 2'435.25 nebst Zins zu 5 % seit 16.07.2016

Fr. 146.60 Betreuungskosten

2.2 Mit am 11. Juli 2017 überbrachter Eingabe erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 6/15) Beschwerde gegen diesen Konkursentscheid, wobei sie die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert, weil die Schuldnerin zur Begründung ihrer Zahlungsfähigkeit auf eine Beilage verwiesen hatte, welche nicht eingereicht worden war; sie wurde darauf hingewiesen, dass sie die fehlende Beilage sowie weitere Unterlagen bis zum Ende der Beschwerdefrist nachreichen könne. Gleichzeitig wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 7). Dieser wurde fristgerecht geleistet (vgl. act. 10). Zudem reichte die Schuldnerin innert Frist eine weitere Beilage ein (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-15). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen 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 werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin belegt mittels zweier Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4, dass sie die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderungen mit Zahlungen vom 4. Juli 2017 und 7. Juli 2017 vollständig getilgt hat (act. 4/2/1-2; vgl. auch act. 4/5). Im Weiteren hat sie am 10. Juli 2017 beim Konkursamt Aussersihl-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 4/3). Schliesslich hat die Schuldnerin am 11. Juli 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 4/4; act. 10). Der Konkurs hinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkureröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweist,

sen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist die Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindrucks (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 10. Juli 2017 ergibt sich neben der Konkursforderung (Betreibung-Nr. ...) nur eine weitere Betreibung über einen Betrag von Fr. 1'746.65 (act. 4/5). Zu dieser führt die Schuldnerin aus, die fragliche Gläubigerin (SVA des Kantons Zürich) habe eine Rechnung nicht mit einem Guthaben für Kinderzulagen verrechnet, sondern direkt betrieben. Der Grund für die versäumte Bezahlung sei die Abwesenheit des Geschäftsführers der Schuldnerin gewesen; normalerweise komme so etwas nie vor (act. 4/6).

2.4 Zu ihrer Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin sodann aus, die Firma laufe gut und die Rechnungen seien immer rechtzeitig bezahlt worden. Weitere Schulden bestünden nicht (act. 4/6). Der Bilanz der Schuldnerin für das Jahr 2016 ist ein Gewinn von Fr. 8'484.41 zu entnehmen (act. 9).

2.5 Insgesamt ist festzuhalten, dass sich dem Betreibungsregistrauszug der Schuldnerin keinerlei Hinweise für das Bestehen andauernder Zahlungsschwierigkeiten entnehmen lassen. Mithin handelt es sich vorliegend um die erste Konkursöffnung. Zudem hat die Schuldnerin belegt, dass sie im Geschäftsjahr 2016 einen kleinen Gewinn erzielt hat. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist aufgrund dessen, sowie vor dem Hintergrund, dass sie die nunmehr noch offene Betreuung aus den Gewinn des Jahres 2016 ohne Weiteres hätte begleichen können, zumindest als wahrscheinlicher einzustufen, als ihre Zahlungsunfähigkeit. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

III.

Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juli 2017 (Geschäfts-Nr. EK170731-L), 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksamtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: