

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180155-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur.P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
Dr. M. Isler

Urteil vom 3. September 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 9. August 2018 (EK181059)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 9. August 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (act. 3 = act. 7 = 8/6). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe an die Kammer vom 23. August 2018 rechtzeitig Beschwerde (act. 2 sowie act. 5/2-18, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 8/9). Der Beschwerde wurde mit Verfügung vom 24. August 2018 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-9). Die Sache erweist sich als spruchreif.
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit dem Einlegen 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 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 werden hingegen keine gewährt (BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).
3. Die Beschwerdeführerin weist nach, in der dem Konkursdekret zugrundeliegenden Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Zürich 9 die gesamte Forderung von Fr. 500.– zuzüglich Kosten von Fr. 98.60 und Inkassokosten gemäss Abrechnung des Betreibungsamts am 10. August 2018 bei diesem einbezahlt zu haben (act. 5/16). Ausserdem hat die Beschwerdeführerin am 17. August 2018 beim Konkursamt Altstetten-Zürich die konkursamtlichen und konkursgerichtlichen Kosten sichergestellt (act. 5/17). Damit hat sie den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert Rechtsmittelfrist rechtsgenügend nachgewiesen.

4. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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. Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner 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. Anstehende Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch konkret dargelegt werden, damit 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.

5.1 Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine GmbH, die seit September 2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist und die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Lebensmittelproduktion, der Gastronomie sowie einen Hauslieferdienst, insbesondere für Pizza und andere Esswaren, bezweckt (act. 6). Die Beschwerdeführerin führt aus, sie betreibe an der ... [Adresse] ein Restaurant bzw. einen Imbiss. Im Jahr 2017 habe sie umfangreiche Umbau- und Renovationsarbeiten vorgenommen, wofür sie rund Fr. 200'000.– investiert habe. Dies sei auch der Grund, weshalb es vorübergehend zu einem Liquiditätsengpass und zu Zahlungsverzögerungen gekommen sei (act. 2 S. 4).

5.2 Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage und das Zahlungsverhalten eines Schuldners liefert das Beteiligungsregister. Der Auszug über die Be-

schwerdeführerin vom 13. August 2018 über die letzten rund vier Jahre zeigt insgesamt 27 Betreibungen, die meisten für Schulden in drei- oder (tiefer) vierstelliger Höhe. Davon wurden bereits 22 durch Bezahlung ans Betreibungsamt erledigt (act. 12). Dies lässt darauf schliessen, dass sich die Beschwerdeführerin bereits in der Vergangenheit um eine stetige Bereinigung ihrer Schuldensituation bemühte. Die Beschwerdeführerin belegt, in drei weiteren noch offenen Betreibungen (Betreibung Nrn. 2, 3 und 4) die Forderungen der Gläubigerinnen am 21. August 2018 beim Betreibungsamt bezahlt zu haben (act. 5/10, 5/11, 5/15). Hinsichtlich der beiden verbleibenden Betreibungen macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sie die eine (Betreibung Nr. 5) bestreite und daher bereits im Februar 2016 Rechtsvorschlag erhoben habe, der bis dato nicht beseitigt worden sei (act. 2 S. 8). Bei der anderen Forderung im Stadium der Konkursandrohung (Betreibung Nr. 6), die sich inkl. Zinsen und Kosten auf Fr. 2'267.60 belaufe, habe sie mit der Gläubigerin eine Ratenzahlungsvereinbarung abschliessen können. Den Abzahlungsvertrag vom 17. August 2018 sowie den Nachweis der ersten Ratentilgung hat die Beschwerdeführerin ins Recht gelegt (act. 5/12, 5/14). Insgesamt erscheinen damit die auf dem Betreibungsweg eingeforderten Schulden der Beschwerdeführerin bereinigt oder zumindest auf gutem Weg dazu. Die Frage mag sich höchstens stellen, woher die Beschwerdeführerin auf die Schnelle die liquiden Mittel nahm, um nach der Konkurseröffnung Schulden und den Kostenvorschuss in der Höhe von doch rund Fr. 12'000.– zu bezahlen. Dafür erhältlich gemachte Drittmittel stellen neue Schulden dar, die es ebenfalls abzutahlen gilt.

5.3 Die Beschwerdeführerin führt aus, dass sie zwei Angestellte habe, einen zu einem vollen und einen zu einem variablen Pensum. Diese Löhne seien bisher immer rechtzeitig und vollumfänglich bezahlt worden (act. 2 S. 5). Auch die Mietzinszahlungen in der Höhe von monatlich Fr. 2'760.– leiste sie pünktlich (act. 2 S. 5). Die Beschwerdeführerin reicht ihr Kassabuch der Periode Januar bis Juli 2018 ins Recht, das einen stabil bleibenden Umsatz von rund Fr. 30'000.– pro Monat und einen Gewinn von Fr. 1'500.– bis Fr. 3'900.– zeigt (act. 5/8). Damit ist glaubhaft gemacht, dass die Beschwerdeführerin zwar wirtschaftlich keine allzu grossen Sprünge macht, aber doch eine stabile finanzielle Situation aufweist, die es ihr erlaubt, nebst den laufenden Verbindlichkeiten auch aussergewöhnlich an-

fallende Verpflichtungen zu bedienen oder allfällig eingegangene neue Schuldverpflichtungen schrittweise abzutragen. Dieses Bild würde immerhin dann nicht mehr gelten, das sei vermerkt, wenn es in näherer Zukunft erneut zu einem Konkurs käme. Der Antrag der Beschwerdeführerin ist somit gutzuheissen und der Konkurs ist aufzuheben.

6.1 Durch die verspätete Zahlung hat die Beschwerdeführerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamts, die Kosten des Konkursgerichts und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Das Konkursgericht hat seine Kosten aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogen. Ihr ist der gesamte Vorschuss von Fr. 1'800.– durch das Konkursamt zu ersetzen. Der Beschwerdeführerin wird das Konkursamt das überweisen, was von den bei ihm einbezahlten Beträgen (Fr. 1'400.– vom Konkursgericht unter Abzug seiner Kosten überwiesen, Fr. 2'500.– von der Schuldnerin bezahlt) nach Abzug seiner Kosten übrig bleibt – so gehen auch die Kosten des Konkursgerichts zu Lasten der Beschwerdeführerin. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6.2 Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. August 2018, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben und das Konkursbegehren der Gläubigerin wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'900.– (Fr. 2'500.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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:

Dr. M. Isler

versandt am:
4. September 2018