

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180167-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 18. September 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ Genossenschaft,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 22. August 2018 (EK181155)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 22. August 2018 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 3. September 2018 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 4. September 2018 entsprochen. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10). Dieser wurde innert Frist geleistet (act. 5/32 und act. 12). Zudem hinterlegte die Beschwerdeführerin mit Zahlung vom 3. September 2018 bei der Obergerichtskasse Fr. 6'723.50 (act. 5/21 und act. 13).
2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurs hinderungsgründe 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 einen Zahlungsbeleg eingereicht, aus welchem ersichtlich ist, dass sie der Beschwerdegegnerin am 29. August 2018 Fr. 4'428.-- überwiesen hat (act. 5/20). Mit dieser Zahlung ist die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten gedeckt. Zudem hat die Beschwerdeführerin eine

Bestätigung des Konkursamtes Riesbach-Zürich vom 24. August 2018 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 800.-- geleistet hat (act. 5/22 und act. 9). 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. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten früheren Betreibungsregisterauszüge der Betreibungsämter Dübendorf und Dietikon weisen für die Zeit seit der Gründung

der Beschwerdeführerin bis zum 11. Januar 2016 keine Verlustscheine und keine Betreibungen aus (act. 5/18 und act. 5/19). Der aktuelle Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 8 (act. 5/17) weist per 23. August 2018 ebenfalls keine Verlustscheine, aber 31 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 34'484.15 aus, wovon acht Betreibungen über Fr. 5'628.05 allerdings bereits erloschen und 13 Betreibungen über Fr. 17'607.15 durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 4'135.45 vermerkt) derzeit noch 9 offene Betreibungen im Betrag von Fr. 7'113.50. Dabei handelt es sich um eine Betreibung im Betrag von Fr. 1'113.--, bei welcher die Konkursandrohung zugestellt wurde, um vier Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 4'125.65, bei welchen eine Pfändung läuft, um eine Betreibung im Betrag von Fr. 390.--, bei welcher Rechtsvorschlag erhoben wurde, und um drei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 1'484.85, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde. Hinzu kommen gemäss Kreditorenliste vom 28. August 2018 offene Rechnungen in Höhe von Fr. 11'500.60 (act. 5/11).

4.3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt Umzüge, Transporte, Umzugs-, Bau-, Fassaden-, Fenster- und Storenreinigungen, Lagerungen, Räumungen und Entsorgungen von Waren aller Art, den Betrieb eines Handwerkerunternehmens, insbesondere zur Ausführung sämtlicher Bodenbelagarbeiten und Bauarbeiten sowie Handel mit und Transport bzw. Import und Export von Konsumgütern (act. 6). Zu den obgenannten Schulden gibt die Beschwerdeführerin an, bei der Forderung des C._____ (Betreibung Nr. 1) über Fr. 390.-- handle es sich um einen Jahresbeitrag für einen Fonds für Malerbetriebe, welche sie mit Rechtsvorschlag bestritten habe. Die Gläubigerin sei irrtümlich davon ausgegangen, dass sie eine Malerfirma sei, was zwischenzeitlich aber habe geklärt werden können (act. 2 S. 8 f.). Das erscheint glaubhaft, zumal die Betreibung bereits im April 2017 eingeleitet worden war und der Rechtsvorschlag bis heute nicht beseitigt wurde. Hingegen bestreitet die Beschwerdeführerin die restlichen gegen sie in Betreibung gesetzten Forderungen in Höhe von gesamthaft Fr. 6'723.50 nicht, belegt indes die Hinterlegung des Betrages am 3. September 2018 bei der Obergerichtskasse (act. 2 S. 9 und

act. 5/21). Dieser Betrag wird dem zuständigen Betreibungsamt zur Tilgung der unbestrittenen Forderungen (Betr.-Nrn. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9) ausbezahlt sein - jedenfalls so weit ausreichend, da bei Zahlung über das Betreibungsamt Inkassospesen anfallen (Art. 19 GebV SchKG) und die im Auszug aufgeführten Beträge nicht alle Zinsen und Kosten enthalten müssen.

4.4. Des Weiteren stehen den laufenden Verbindlichkeiten gemäss Auszug des Firmenkontos bei der PostFinance per 31. August 2018 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 6'483.40 sowie Debitorenforderungen in Höhe von Fr. 35'482.25 (davon Fr. 31'587.75 durch Rechnungen belegt) gegenüber (act. 5/12 und act. 5/13-15). Unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist deshalb davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auch die laufenden Verbindlichkeiten zu decken vermag.

4.5. Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist, zumal die Beschwerdeführerin offenbar in der Lage war, den Betrag für die offenen in Betreuung gesetzten Schulden aufzubringen. Zudem ist glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin mit den vorhandenen flüssigen Mitteln und den Debitorenforderungen auch die laufenden Verbindlichkeiten decken können. Darüber hinaus weisen die eingereichte Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 2017 bei einem Umsatz von Fr. 170'731.59 einen Reingewinn von Fr. 60'218.41 aus (act. 5/16). Somit erscheint insgesamt die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin wahrscheinlicher als das Gegenteil. 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 22. August 2018, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren 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 Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 800.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 6'723.50 dem Betreibungsamt Zürich 8 auszusahlen, zur Verwendung nach Rücksprache mit dem Schuldner.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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 Be-

schwerde 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: