

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180181-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 24. September 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin X._____,

gegen

B._____ group,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil
vom 3. September 2018 (EK180200)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in C._____, welche in erster Linie den Betrieb einer Auto-Reparaturwerkstatt sowie den Handel mit Neu- und Gebrauchtwagen bezweckt (act. 8).
2. Mit Urteil vom 3. September 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil für eine Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners (nachfolgend Gläubiger) von Fr. 500.– nebst Zins zu 5 % seit 18. September 2017 und Fr. 197.95 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6 [= act. 3 = act. 7/8]).
3. Dagegen erhob die Schuldnerin am 14. September 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 7/9) Beschwerde und verlangte die Aufhebung des Konkurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 17. September 2018 einstweilen gewährt. Ein gleichzeitig einverlangter Kostenvorschuss (vgl. act. 9) wurde von der Schuldnerin fristgerecht geleistet (act. 13). Am 19. September 2018 machte die Schuldnerin eine weitere Eingabe, mit welcher sie einen aktuellen Betreibungsregisterauszug zu den Akten reichte (act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. 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, Hinterle-

gung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshindereungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er 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, am 11. September 2018 beim Konkursamt Wetzikon Fr. 4'000.– hinterlegt zu haben (act. 5/8). Mit dieser Zahlung ist die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung von (inkl. Zinsen und Betriebskosten) Fr. 721.90 gedeckt. Ferner reicht diese Zahlung zur Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung. Ausserdem hat die Schuldnerin am 19. September 2018 den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 13). Der Konkurshindereungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er 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 der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für

eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf un-absehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (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 der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

3.1 a) Vorab festzuhalten ist, dass die Schuldnerin mit der Konkursbeschwerde anstatt eines vollständigen Betreibungsregisterauszugs einen Auszug über die offenen Betreibungen eingereicht hat (act. 5/9 S. 2). Wie bereits in der Verfügung vom 17. September 2018 festgehalten, kann aus einem solchen Auszug kein zuverlässiges Bild über die finanzielle Situation eines Schuldners gewonnen werden, weil daraus weder die bereits abgeschlossenen Betreibungen noch eventuelle Verlustscheine ersichtlich sind. Wie bereits damals ausgeführt, ist es jedoch in erster Linie dem Betreibungsamt anzulasten, dass es der konkursiten Schuldnerin am 21. September 2018 – und damit nach Konkurseröffnung – einen solchen Auszug ausgestellt hat, obschon diese Praxis von der Kammer in der Vergangenheit deutlich bemängelt und vom Inspektorat beanstandet wurde (act. 9 S. 2 f.). Im vorliegenden Fall hat die Schuldnerin inzwischen einen vollständigen Betreibungsregisterauszug nachgereicht. Weil diese Eingabe nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt ist, wäre sie zwar grundsätzlich nicht mehr zu berücksichtigen (vgl. BGE 136 III 294 und 139 III 491). Da es vorliegend jedoch – wie gesehen – in erster Linie dem Betreibungsamt Wetzikon anzulasten ist, dass der Schuldnerin nicht von vornherein ein vollständiger Betreibungsregisterauszug ausgestellt wurde, ist die nachträglich erfolgte Eingabe dennoch zuzulassen. Entsprechend ist neben dem Auszug über die offenen Betreibungen vom 12. September 2018 (act. 5/9 S. 2) ergänzend auch auf den Betreibungsregisterauszug vom 19. September 2018 abzustellen (act. 12).

b) Aus letzterem erhellt, dass gegen die Schuldnerin weder bereits abgeschlossene Betreibungen noch Verlustscheine bestehen (act. 12). Sowohl aus dem Auszug über die offenen Betreibungen des Betreibungsamtes Wetzikon vom 12. September 2018 als auch aus dem vollständigen Auszug desselben Amtes vom 19. September 2018 ergeben sich neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreibung (Nr. ...) 14 weitere Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 24'801.–. Von diesen Betreibungen befinden sich acht (Gesamtbetrag Fr. 3'594.35) noch im Einleitungsstadium, in einer (Fr. 1'039.35) wurde das Fortsetzungsbegehren gestellt und in fünf weiteren Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 20'167.30) wurde der Schuldnerin bereits der Konkurs angedroht (act. 5/9 S. 2; act. 12).

3.2 Die Schuldnerin begründet die angefallenen Betreibungen sowie die erfolgte Konkursöffnung zunächst mit Zustellproblemen der Post sowie Abstimmungsproblemen zwischen ihrem Geschäftsführer und seiner Mutter bzw. der von ihm getrennt lebenden Ehefrau, welche beide gelegentlich die Post für sie entgegennehmen würden (act. 2 S. 3 f.). Diese Probleme werde sie jedoch für künftige Zustellungen beseitigen (act. 2 S. 5). Sodann führt sie in Bezug auf ihre finanziellen Verhältnisse aus, dass ihre Zahlungsfähigkeit gegeben sei. So mangle es ihr nicht an Liquidität (act. 2 S. 5), wobei sie belegt, dass sie am 12. September 2018 beim Betreibungsamt Wetzikon Fr. 24'801.– und damit einen die gesamten offenen Betreibungen deckenden Betrag hinterlegt hat (act. 5/9). Ferner führt sie aus, sie verfüge aktuell über eine sehr gute Auftragslage, da sie viele langjährige Kunden aber auch immer wieder Neukundenaufträge habe, für welche sie neben den alltäglichen Autoreparaturen auch grössere und aufwendigere Restaurationen vornehme. Daher seien die vier Fahrzeuglifte in ihrer Garage ständig besetzt. Nebenher sei ihr Geschäftsführer immer wieder unterwegs und handle mit Gebrauchtwagen, wie er dies auch bereits vor der Gründung der GmbH gemacht habe (act. 2 S. 6).

Die Schuldnerin reicht im Weiteren einen Kontoauszug des Privatkontos ihres Geschäftsführers ein, welcher am 13. September 2018 über einen Saldo von Fr. 57'686.50 verfügte (act. 5/10). Aus diesem kann sie jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, da es sich bei der Schuldnerin und ihrem Geschäftsführer um juristisch eigenständige Personen handelt. Weitere Belege zu ihrer finanziellen Situation – wie etwa eine Zwischenbilanz, eine unterzeichnete Kreditorenliste, Belege über die behaupteten Aufträge oder über Einnahmen und Ausgaben im allgemeinen – wurden nicht eingereicht. Aufgrund dessen, dass die Schuldnerin in der Lage war, sowohl die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung als auch alle anderen Betreibungsforderungen innert kurzer Frist sicherzustellen, ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin dennoch gerade noch als hinreichend glaubhaft anzusehen.

Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben. Festzuhalten ist jedoch, dass bei einer erneuten Konkursöffnung der Massstab strenger wäre und mit der Gutheissung einer erneuten Beschwerde nicht gerechnet werden könnte.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Dem Gläubiger ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Hinwil vom 3. September 2018 (EK180200-E), 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 vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wetzikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 5'500.– (Fr. 4'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) dem Gläubiger Fr. 2'521.90 (721.90 Forderung inkl. Zins und Kosten sowie Fr. 1'800.– von ihm geleisteten Vorschuss) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage eines Doppels von act. 2, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Wetzikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wetzikon, 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:
25. September 2018