

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180210-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 2. November 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 16. Oktober 2018 (EK181455)

Erwägungen:

1. Gestützt auf das Konkursbegehren der B. _____ (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin) vom 31. August 2018 (Poststempel, act. 5/1) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 16. Oktober 2018 für eine Forderung von Fr. 2'187.00 nebst Zins zu 5 % seit 03.01.2016, Fr. 100.00 1. Mahnung nebst Zins zu 5 % seit 04.12.2016, Fr. 250.00 2. Mahnung nebst Zins zu 5 % seit 05.02.2017, Fr. 280.00 Betreuungsaufwand nebst Zins zu 5 % seit 17.03.2017, Fr. 26.30 Wegzugsanzeige BA Andelfingen und Fr. 159.60 Betreuungskosten über die A. _____ GmbH (Schuldnerin und Beschwerdeführerin) den Konkurs (act. 3). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 18. Oktober 2018 zugestellt (act. 5/8). Mit Postaufgabe vom 18. Oktober 2018 reichte C. _____, Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin (vgl. act. 6), bei der Vorinstanz eine Beschwerde ein (vgl. act. 2A), welche das Konkursgericht an das Obergericht weiterleitete (act. 2B). Mit ihrer Beschwerde verlangte die Schuldnerin sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 2A). Mit Verfügung vom 25. Oktober 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 9). Diese Frist läuft am 6. November 2018 ab (act. 9 i.V.m. act. 10/1). Bislang wurde der Kostenvorschuss nicht geleistet (act. 11).
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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen.

Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. a) Der Konkurs wurde für eine Forderung der Gläubigerin von insgesamt Fr. 3'360.25 eröffnet (vgl. act. 3 i.V.m. 8). Die Schuldnerin machte unter Hinweis auf eine Email von D._____, welches dieser im Namen der B._____ am 18. Oktober 2018 an eine Frau E._____ geschrieben hatte, geltend, die Gläubigerin sei damit einverstanden, dass der Konkurs zurückgezogen werde (act. 2A und act. 4/1). In dieser Email wurde der Eingang einer Zahlung, am 2. Oktober 2018, von Fr. 2'500.– bestätigt. Es wurde u.a. ausgeführt, sie als Gläubiger seien damit einverstanden, wenn das Obergericht den am 16. Oktober 2018 eröffneten Konkurs sistiere (act. 4/1). Zum Nachweis der Zahlung reichte die Schuldnerin zudem eine Posteinzahlungsquittung über Fr. 2'500.– ein (act. 4/2).
- b) In der Verfügung vom 25. Oktober 2018 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie den Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts mangels Zeichnungsberechtigung von D._____ noch nicht nachgewiesen und sie die Zahlungsfähigkeit bislang auch nicht glaubhaft gemacht habe, sie aber ihre Beschwerde innerhalb der Rechtsmittelfrist ergänzen könne (act. 9 S. 2-3).
4. a) Die 10tägige Rechtsmittelfrist lief unter Berücksichtigung der Fristenablaufregelung am Wochenende (Art. 142 Abs. 3 ZPO; act. 3 i.V.m. act. 5/8) am 29. Oktober 2018 ab. Innert dieser Frist reichte die Schuldnerin keine weiteren Eingaben ein. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 321 ZPO). Eine Nachfrist kann ihr nicht gewährt werden (ZR 110/2011 Nr. 5; BGE 136 III 294). Die von der Gläubigerin mit Poststempel vom 1. November 2018 - nach Fristablauf - eingereichte Verzichtserklärung (act. 12) bleibt deshalb bei der nachfolgenden Beurteilung unbeachtlich.

b) Die Schuldnerin hat zwar am 29. September 2018 und somit vor Konkursöffnung einen Teilbetrag der Konkursforderung, nämlich Fr. 2'500.– bezahlt (act. 4/2), jedoch müsste innert der Rechtsmittelfrist die gesamte Konkursforderung von Fr. 3'360.25 (vgl. act. 3 i.V.m. act. 8) getilgt sein und zudem müssten die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt sicher gestellt sein (dazu KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 10). Der Konkurs hinderungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) liegt somit nicht vor. Sinngemäss hat die Gläubigerin in der obenerwähnten Email vom 18. Oktober 2018, welche D. _____ im Namen der B. _____ an eine Frau E. _____ sandte, auf die Durchführung des Konkurses verzichtet, was auch einen Konkurs hinderungsgrund darstellt (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Allerdings ist D. _____ gemäss Handelsregisterauszug nicht zeichnungs berechtigt und daher nicht berechtigt, eine solche Erklärung namens der Gläubigerin rechtsverbindlich abzugeben (vgl. act. 7). Die Schuldnerin hätte deshalb, wie bereits in der Verfügung vom 25. Oktober 2018 erwähnt (act. 9), dem Gericht innert der Rechtsmittelfrist eine rechtsgültig unterzeichnete Gläubigerverzichtserklärung nachreichen müssen. Dies hat sie unterlassen. Die Beschwerde muss demzufolge abgewiesen werden. Die Schuldnerin war nicht in der Lage, den Eintritt eines Konkurs hinderungsgrundes (insbesondere jenen des Gläubigerverzichts) innert der Beschwerdefrist nachzuweisen. Zur Zahlungsfähigkeit hat sie sich in ihrer Beschwerdeschrift zudem überhaupt nicht geäußert, und sie hat auch keine Urkunden dazu eingereicht (vgl. act. 2A). Es ist ihr somit auch nicht gelungen, ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG hinreichend glaubhaft zu machen. Auch aus diesem Grunde müsste die Beschwerde abgewiesen werden.

5. Da die Beschwerde abzuweisen ist und es bei der Konkursöffnung bleibt, kann auf die Einforderung eines Kostenvorschusses von der Schuldnerin verzichtet werden. Es ist ihr deshalb die mit Verfügung vom 25. Oktober 2018 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses (vgl. act. 9) abzunehmen.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1). Der Gläubigerin sind vor Obergericht keine Aufwendungen entstanden, für welche sie eine Entschädigung zugut hätte.

Es wird erkannt:

1. Die der Schuldnerin mit Verfügung vom 25. Oktober 2018 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses wird abgenommen.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Oktober 2015 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Der Gläubigerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von act. 2A, das Konkursamt Oerlikon-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Betreibungsamt Zürich 11 sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
2. November 2018