

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190090-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 12. Juni 2019

in Sachen

A._____ Versicherungstreuhand AG,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 6. Mai 2019 (EK190158)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach eröffnete mit Urteil vom 6. Mai 2019 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 22. Mai 2019 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Die Beschwerdeführerin hatte am 21. Mai 2019 bei der Obergerichtskasse Fr. 18'390.70 bereits hinterlegt (act. 5/5 und act. 10) und leistete gleichzeitig unaufgefordert den usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5/6 und act. 10). Mit Verfügung vom 24. Mai 2019 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe 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 hinterlegte mit Zahlung vom 21. Mai 2019 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 18'390.70 (act. 5/5 und act. 10). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung abzüglich der bereits am 5. April 2019 erfolgten Teilzahlung einschliesslich Neben- und Betreibungskosten in Höhe von insgesamt Fr. 18'340.30 (vgl. act. 9). Zudem bezahlte die Beschwerdeführerin dem Konkursamt Wallisellen Fr. 1'000.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle

der Konkursaufhebung (act. 5/7). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 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. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Opfikon (act. 5/8) weist per 10. Mai 2019 keine Verlustscheine und 23 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 127'345.05 aus, wovon eine Beteiligung über Fr. 16'330.80 allerdings bereits erloschen ist und 17 Beteiligungen über Fr. 69'853.40 durch Bezahlung an das Betreibungsamt oder den Gläubiger erle-

digt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 29'869.95 vermerkt) derzeit noch 4 offene Beteiligungen im Betrag von Fr. 11'290.90, bei welchen jeweils der Zahlungsbefehl zugestellt wurde.

4.3. Die Beschwerdeführerin ist als Aktiengesellschaft im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Beratung, die Vermittlung und die Verwaltung im Versicherungs- und EDV-Bereich und verwandten Gebieten (act. 6). Zu den obgenannten Schulden gibt die Beschwerdeführerin an, drei Forderungen in Höhe von Fr. 6'723.05 zwischenzeitlich getilgt zu haben und die letzte Forderung über Fr. 4'567.85 umgehend mit den vorhandenen liquiden Mitteln bezahlen zu können (act. 2 S. 5). Hierzu reicht die Beschwerdeführerin als Beleg einerseits eine E-Mail an die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich vom 22. Mai 2019 ein, worin sie – offenbar in Zusammenfassung einer telefonischen Besprechung – festhält, dass die Rechnung gemäss Betreffzeile als beglichen gelte. Die Betreffzeile dieser E-Mail nennt indes die "Betreibung v. 06.07.2018" (act. 5/9). Dabei handelt es sich gemäss Betreibungsregisterauszug um die Betreibung Nr. 1 über Fr. 60.--, die dort ohnehin bereits als bezahlt vermerkt ist. Die noch offene Betreibung der SVA über Fr. 2'936.15 wurde hingegen mit der Nr. 2 am 21. September 2018 eingeleitet (act. 5/8). Demnach vermag die Beschwerdeführerin mit dem vorhandenen Beleg deren Tilgung nicht glaubhaft zu machen. Auf der anderen Seite legt die Beschwerdeführerin eine E-Mail der C._____ [Versicherung] vom 22. Mai 2019 vor, worin die Bezahlung der beiden betriebenen Forderungen [Nr. 3 über Fr. 2'392.10 und Nr. 4 über Fr. 1'394.80] bestätigt wird (act. 5/10).

Somit ist insgesamt noch von zwei offenen und in Betreibung gesetzten Forderungen in Höhe von rund Fr. 7'500.-- (Fr. 2'936.15 und Fr. 4'567.85) auszugehen. Hinzu kommen gemäss eingereicherter Kreditorenliste angeblich per Ende Mai 2019 offene Rechnungen in Höhe von Fr. 41'670.05 (Fr. 46'270.05 abzüglich der hier mit Fr. 4'600.-- veranschlagten und bereits vorstehend berücksichtigten betriebenen Forderung). Im Juni 2019 fallen Rechnungen im Umfang von Fr. 17'567.-- an, im Juli 2019 Fr. 16'175.--, im August Fr. 17'875.-- und im Sep-

tember 2019 Fr. 8'675.-- (act. 5/13). Im Wesentlichen handelt es sich dabei regelmässig um Kommunikations-, Mobilitäts-, Personal-, Versicherungs- und Mietkosten sowie im Mai 2019 einmalig um Steuerkosten in Höhe von über Fr. 17'000.--. Diese Ausgaben erscheinen glaubhaft.

4.4. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss Darlehensvertrag mit Rangrücktrittserklärung vom 20. Mai 2019 (act. 5/11) und Vermögensauszug der auf die Beschwerdeführerin lautenden Konten bei der Zürcher Kantonalbank vom 22. Mai 2019 im Falle der Konkursaufhebung flüssige Mittel in Höhe von Fr. 55'411.40 gegenüber (act. 5/11-12). Nach Angaben der Beschwerdeführerin werden im Juni 2019 sodann Einnahmen aus Courtagen in Höhe von Fr. 22'000.-- erwartet (act. 2 S. 6). Hierzu reicht die Beschwerdeführerin eine Liste über die Courtagenausstände von Mai bis Dezember 2019 in Höhe von Fr. 80'756.94 ein (act. 5/14). Dieser Liste kann die Fälligkeit der einzelnen Beträge allerdings nicht entnommen werden, so dass die einzelnen monatlichen Einnahmen nicht nachvollzogen werden können. Zudem wurde die Liste von der Beschwerdeführerin nicht unterzeichnet. Sie stellt somit nichts weiter als eine Parteibehauptung dar. Ferner reicht die Beschwerdeführerin keine weiteren Unterlagen zur Überprüfung der Zahlungsfähigkeit ein. Insbesondere fehlt es an einer Zwischenbilanz des laufenden Jahres sowie den Bilanzen der letzten drei Jahre, weshalb eine eingehende Beurteilung der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin nicht möglich ist.

4.5. Dennoch scheint es gestützt auf die vorliegenden Unterlagen glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin die zwei offenen, in Betreuung gesetzten Forderungen mit den zur Verfügung stehenden flüssigen Mitteln tilgen sowie die aktuellen Ausstände im Monat Mai 2019 bezahlen kann. Des Weiteren spricht für die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin, dass von den 23 Betreibungen über Fr. 127'345.05 lediglich noch zwei Betreibungen über einen verhältnismässig geringen Betrag von rund Fr. 7'500.-- offen sind. Vor diesem Hintergrund ist angesichts der Aufstellung der Kosten für die nächsten Monate und der behaupteten Courtagenausstände bis Ende Jahr von über Fr. 80'000.-- zudem einstweilen glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin auch ihre weiteren laufenden Verbindlichkeiten wird decken können. Demnach ist davon auszugehen, dass die vorlie-

gende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist. Somit rechtfertigt es sich, von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt. Dasselbe könnte allerdings dann nicht mehr so einfach angenommen werden, wenn es innerhalb eines Jahres zu einem erneuten Konkurs kommen würde.

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. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 18'390.70 ist im Umfang der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten (Fr. 18'340.30, act. 9) der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 6. Mai 2019 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. 200.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'600.-- 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 auszuzahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag der Beschwerdegegnerin Fr. 18'340.30 und der Beschwerdeführerin Fr. 50.40 auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksamtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Opfikon, 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. K. Houweling-Wili

versandt am:
13. Juni 2019