

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190133-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 10. September 2019

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Management AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. August 2019 (EK191120)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 13. August 2019 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. August 2019 und Nachtrag vom 20. August 2019 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 und act. 8). Die Beschwerdeführerin hatte am 16. August 2019 bei der Obergerichtskasse Fr. 5'090.-- bereits hinterlegt (act. 7/1) und leistete gleichzeitig unaufgefordert den usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 7/2). Mit Verfügung vom 23. August 2019 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne (act. 10). Am 28. August 2019 machte die Beschwerdeführerin innert Frist eine weitere Eingabe (act. 12). Mit Verfügung vom 28. August 2019 wurde die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nach wie vor verweigert (act. 15). Schliesslich reichte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. September 2019 am letzten Tag der Beschwerdefrist eine weitere Eingabe ein (act. 19).

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 16. August 2019 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 5'090.-- (act. 7/1). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich der Betreuungskosten (Fr. 5'074.40; act. 3). Zudem bezahlte die Beschwerdeführerin dem Konkursamt Zürich (Altstadt) Fr. 1'500.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 9/15). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen (vgl. auch act. 10).

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. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH seit dem tt.mm.2019 mit Sitz in C._____ im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen und bezweckt die Erbringung und Vermittlung von Dienstleistungen in den Bereichen Allfinanz- und Versicherungsberatungen, die Terminvermittlung für Aussendienstmitarbeiter sowie die Vermittlung von Kredit und Versicherungen (act. 5). Davor war die Beschwerdeführerin seit dem tt.mm.2015 mit Sitz in D._____ [Ort] im Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden und ab dem tt.mm.2017 mit Sitz in Zürich im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 18/1-2). Einziger Gesellschafter ist der Geschäftsführer.

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Die Beschwerdeführerin hat insgesamt drei Betreibungsregisterauszüge eingereicht. Die Auszüge des Betreibungsamtes Lenzburg-Ammerswil (act. 9/5) und des Betreibungsamtes Appenzeller Hinterland (act. 9/12) vermögen indes keinen Aufschluss über das Zahlungsverhalten zu vermitteln: Ersterer nicht, weil er vom 28. Mai 2019 datiert und damit nicht aktuell ist. Zudem ist er auch deshalb nicht aussagekräftig, weil die Beschwerdeführerin ihren Sitz nur gerade fünf Tage vorher in diesen Betreibungskreis verlegt hatte. Und der Zweite zeigt nur die erste von zwei Seiten, nämlich das Deckblatt. Schliesslich bleibt noch der dritte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich ... (act. 9/11). Dieser weist per 16. August 2019 keine Verlustscheine und 20 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 146'263.26 aus, wovon vier Betreibungen über Fr. 8'190.40 allerdings bereits durch Bezahlung an das Betreibungsamt oder den Gläubiger erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 4'829.90 vermerkt) derzeit noch 15 offene Betreibungen im Betrag von Fr. 133'242.96. Dabei handelt es sich um fünf Betreibungen über Fr. 17'653.40, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, um eine Betreibung über Fr. 11'528.30, bei welcher Rechtsvorschlag erhoben wurde, und um neun Betreibungen über Fr. 104'061.26, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde.

4.4. Zu diesen Schulden gibt die Beschwerdeführerin zunächst an, es sei betreffend die weitere Forderung der Beschwerdegegnerin in Höhe von Fr. 54'350.55 (Betr.-Nr. 1) eine Reduktion des Betrages und ein Zahlungsplan vereinbart worden (act. 2 S. 2). Zum Beleg reicht die Beschwerdeführerin einen Nachtrag 2 zum Mietvertrag vom 5. Juli 2017 ein (act. 4), wonach der Mietvertrag per 15. Juli 2019 als aufgelöst gelte und die Beschwerdeführerin aus der Haftung der Mietzinse, Marketingkosten und Nebenkosten entlassen werde. Ferner wird festgehalten, dass der Inhalt des Mietvertrages vom 5. Juli 2017 im Übrigen unverändert gelte. Ohne Einsicht in den genannten Mietvertrag ist diese Darstellung unvollständig und es lässt sich daraus nichts zugunsten der Behauptung der Beschwerdeführerin ableiten, zumal keine Rückschlüsse auf den geschuldeten und bereits im Februar 2019 in Betreuung gesetzten Betrag bzw. auf die Höhe der behaupteten Reduktion gemacht werden können. Im Nachtrag vom 20. August 2019 fügt die Beschwerdeführerin dazu weiter an, es handle sich um eine Kautionsforderung per Vertragsbeginn, die jedoch mit dem Rückbau der Mietfläche vollumfänglich und zur Zufriedenheit der Verwaltung erledigt sei, was schriftlich bestätigt worden sei (act. 8 S. 3). Tatsächlich wird im Nachtrag 2 bestätigt, dass die Beschwerdeführerin "das Mietobjekt zurückgebaut an die Vermieterin [vertreten durch die Beschwerdegegnerin] am 29. Juli 2019 abgegeben" habe. Einen Zusammenhang mit der Forderung von Fr. 54'350.55 und in welchem Umfang sich dieser Betrag dadurch reduziert habe, geht aus den Behauptungen und Unterlagen aber noch immer nicht hervor. Auffallend ist auch, dass die Beschwerdeführerin zunächst behauptet, die Forderung sei reduziert und mittels einer Zahlungsvereinbarung zu bezahlen und dann aber geltend macht, die Forderung sei gänzlich zurückgezogen worden. Die Behauptungen der Beschwerdeführerin sind nicht schlüssig. Daher ist hier weiterhin von einer Forderung in Höhe von Fr. 54'360.55 auszugehen.

Des Weiteren behauptet die Beschwerdeführerin eine Stundung bzw. Vereinbarung über eine Ratenzahlung bis zum 31. Dezember 2019 betreffend die Betreuung Nr. 2 über Fr. 4'500.-- (act. 8 S. 1 f.) sowie die Bezahlung der Forderung über Fr. 3'796.-- in der Betreuung Nr. 3 (act. 12 S. 1). Entsprechende Belege fehlen indes auch hier. Insbesondere kann dem eingereichten Chat-Verlauf keine vollständige Zahlungsbestätigung entnommen werden; im Gegenteil scheinen

noch Fr. 1'850.-- offen zu sein (vgl. act. 13/1). Immerhin ist der hier zu berücksichtigende Betrag aber von Fr. 3'796.-- auf Fr. 1'850.-- zu reduzieren. Sodann fehlt auch für die behauptete Tilgung der Betreuung Nr. 4 über Fr. 9'453.35 ein Beleg (act. 8). Das dazu eingereichte Schreiben stammt von der Beschwerdeführerin selber und enthält keine der Gläubigerin zuzuordnende Bestätigung (act. 13/3). Ebenso belegt auch das zur der Betreuung Nr. 5 über Fr. 640.10 eingereichte Dokument die behauptete Tilgung nicht (act. 8 S.2 und act. 13/4). Weiter belegt die Beschwerdeführerin zwar eine Stundung der in Betreuung gesetzten Forderung über Fr. 6'788.90 (Betr.-Nr. 6) bis zum 30. August 2019 (act. 13/5). Dass diese Zahlung geleistet wurde, weist die Beschwerdeführerin indes nicht nach. Sodann gibt die Beschwerdeführerin an, in der Betreuung Nr. 7 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich über Fr. 11'528.30 Rechtsvorschlag erhoben zu haben, weil die Summe auf einer falschen Deklaration der Lohnsummen beruhe. Sie erwarte nun eine korrigierte Rechnung (act. 8 S. 3). Das wird lediglich behauptet, ohne dass die Beschwerdeführerin aber konkrete Angaben über die zu erwartende Summe macht, weshalb es hier einstweilen bei der Berücksichtigung des ganzen Betrages bleibt. Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin die Betreuung Nr. 107'488 über Fr. 5'089.-- und anerkennt die Betreuung Nr. 8 über Fr. 5'007.85 (act. 8 S. 3). Die restlichen Betreibungen über Fr. 6'682.80, Fr. 646.20 und Fr. 227.55 (Betr.-Nrn. 9, 10 und 11) bleiben ohne Kommentar.

Demgegenüber vermag die Beschwerdeführerin die Stundung der Forderung über Fr. 3'780.-- in der Betreuung Nr. 12 bis zum 15. Dezember 2019 (act. 13/2), die Stundung der Forderung über Fr. 3'900.-- in der Betreuung Nr. 13 bis zum 30. Oktober 2019 (act. 13/6) sowie die Stundung der Forderung über Fr. 16'852.36 in der Betreuung Nr. 14 bis zum 26. Oktober 2019 (act. 13/7) zu belegen.

4.5. Die Schuldensituation der Beschwerdeführerin ist demnach wie folgt zusammenzufassen: Gegen die Beschwerdeführerin bestehen derzeit in Betreuung gesetzte, offene Forderungen in Höhe von über Fr. 131'296.96.--. Davon sind Fr. 77'582.90 (Betr.-Nrn. 2, 3, 4, 5, 6 und 1 im Stadium der Konkursandrohung) sofort und weitere Fr. 24'532.36 (Betr.-Nrn. 12, 13 und 14 im Stadium der Kon-

kursandrohung mit Stundung) in den nächsten Monaten fällig. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin keine Angaben zu weiteren konkreten Kreditoren. Sie führt einzig aus, als reines Dienstleistungsunternehmen würden bloss Lohn- und Raumkosten generiert, wobei im Zuge der Sanierung die Raumkosten in Höhe von jährlich Fr. 113'384.93 durch Aufgabe externer Räumlichkeiten beseitigt worden seien, der Geschäftsführer von seiner als Gesellschaftssitz dienenden Privatadresse aus arbeite, die angestellten Mitarbeiter überwiegend im Aussen-dienst tätig seien und ansonsten ebenfalls von zu Hause aus arbeiten würden (act. 8 S. 4). Diese Angaben decken sich mit der Jahresrechnung 2018, gemäss welcher sich der gesamte Aufwand in Höhe von Fr. 536'235.73 hauptsächlich aus dem Raumaufwand (Fr. 113'284.93) und dem Personalaufwand (Fr. 383'435.12) zusammensetzt (act. 9/9). Zum Beleg des Sanierungsschrittes reicht die Beschwerdeführerin allerdings einzig den Nachtrag 2 zum Mietvertrag vom 5. Juli 2017 ein (act. 4). Wie vorstehend bereits ausgeführt, geht daraus allerdings hervor, dass offenbar noch ein Mietvertrag vom 5. Juli 2017 besteht, dessen Inhalt unverändert gelten soll (vgl. vorstehend E. 4.3). Damit bleibt die gesamte Schuldensituation undurchsichtig, insbesondere auch deshalb, weil die Beschwerdeführerin ihre Einträge im Betreibungsregister von Lenzburg-Ammerswil nach der Sitzverlegung bzw. nach dem tt.mm.2019 nicht offenlegt.

5.1. Den Schulden der Beschwerdeführerin stehen gemäss ihren Ausführungen per Ende August 2019 eine zu erwartende Debitorenforderung in Höhe von Fr. 60'000.-- gegenüber, womit sie die Schulden tilgen will (act. 8 S. 2 ff.). Die dazu eingereichten Unterlagen weisen eine Debitorenforderung für den Monat August 2019 aus (Provisionsabrechnung der E._____ für August 2019, act. 14), wobei die Debitorin die Zahlung von Fr. 45'396.-- für den Fall der Aufhebung des Konkurses mit Schreiben vom 30. August 2019 zugesichert hat (act. 20/1). Zudem behauptet die Beschwerdeführerin flüssige Mittel in Form eines Bankguthabens in Höhe von Fr. 76.68 (act. 20/2). Dieser Betrag wurde durch kein offizielles Dokument der Bank belegt. Auf Grund der geringen Höhe ist dieser Betrag aber ohnehin vernachlässigbar. Auch aus den eingereichten Auszügen des auf die Beschwerdeführerin lautenden Firmenkontos bei der F._____ AG [Bank] für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2018 und vom 1. Januar bis 16. August 2019

lässt sich nicht anderes ableiten (act. 9/13-14). Es handelt sich dabei lediglich um Adhoc-Postenauszüge der Buchungen, ohne dass ein Saldo erkennbar wäre. Auch wenn aus der Differenz zwischen den Belastungen und Gutschriften eine Akkumulation von total Fr. 136'432.42 festgestellt werden kann, sagt das nichts darüber aus, über welchen Betrag die Beschwerdeführerin heute verfügen kann. Schliesslich macht die Beschwerdeführerin keine weiteren flüssigen Mittel geltend, die unmittelbar zur Schuldentilgung herangezogen werden könnten. Solche ergeben sich auch nicht aus den vorliegenden Unterlagen.

5.2. Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, sie habe ihre Finanzen im Griff gehabt und es sei nur aus privaten Gründen zur Konkureröffnung gekommen, weil ihr einziger Gesellschafter und Geschäftsführer durch die Geburt seines dritten Kindes und damit zusammenhängenden medizinischen Komplikationen in den Monaten Juli und August 2019 bei seiner Familie sein musste und das Geschäft vernachlässigt habe (act. 19 und act. 20/3-5). Das zeigt sich allerdings nicht anhand der eingereichten Unterlagen, zumal sich heute zehn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung befinden und allesamt bereits in den Jahren 2017 und 2018 bzw. im Januar und Februar 2019, jedenfalls aber deutlich vor der Geburt des Kindes, eingeleitet worden waren. Auch die der vorliegenden Konkureröffnung zu Grunde liegende Konkursandrohung datiert vom 20. Februar 2019 (act. 6/2/2). Das ist als Indiz zu werten, dass bereits seit längerer Zeit Zahlungsschwierigkeiten bestehen. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, dass die Illiquidität nur vorübergehend war oder dass die Konkureröffnung bloss auf Nachlässigkeiten in der Finanzverwaltung zurückzuführen ist. Den aufgeführten Schulden in Höhe von Fr. 131'296.96.-- stehen lediglich flüssige Mittel von rund Fr. 46'000.-- gegenüber. Mit diesen Mitteln kann die Beschwerdeführerin die sofort fälligen Forderungen augenscheinlich nicht bezahlen, geschweige denn die weiteren dargestellten Schulden innerhalb einer angemessenen Frist tilgen. Bei diesem Ergebnis kann hier auch offen bleiben, ob seit Mai 2019 sogar noch weitere Betreibungen dazugekommen sind und ob die Gesellschaft darüber hinaus noch weitere Kreditoren hat. Im Ergebnis bleibt festzustellen, dass die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht glaubhaft machen kann, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

5.3. Immerhin ist die Beschwerdeführerin aber auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (dazu insbesondere KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N. 3 und 5).

6. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Es ist der Beschwerdeführerin wegen ihres Unterliegens und der Beschwerdegegnerin mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Der bei der Obergerichtskasse zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag von Fr. 5'090.-- ist dem Konkursamt Zürich (Altstadt) zuhanden der Konkursmasse der Beschwerdeführerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegten Betrag von Fr. 5'090.-- an das Konkursamt Zürich (Altstadt) zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, act. 8 und act. 12, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Zü-

rich (Altstadt), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau, an das Betreibungsamt Zürich ... und das Betreibungsamt Lenzburg-Ammerswil, 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:
12. September 2019