

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170240-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 15. November 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____, ... [Ort],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 11. Oktober 2017 (EK171540)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 7. Januar 2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt im Wesentlichen die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich von Outdooraktivitäten (vgl. act. 7).

2. Mit Urteil vom 11. Oktober 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 10'599.20 nebst 5% Zins seit 1. Januar 2017 und abzüglich geleisteter Teilzahlungen sowie für Fr. 600.– Umtriebsspesen und Betreuungskosten (act. 3 = act. 6/6).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 30. Oktober 2017 (Datum Poststempel), bei der Kammer eingegangen am 1. November 2017, Beschwerde (act. 2). In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 1. November 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-8). Die Schuldnerin hat den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens üblichen Vorschuss von Fr. 750.– geleistet (act. 5/1). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin innert der 10-tägigen Beschwerdefrist ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkun-

denbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht werden (BGE 136 III 294, BGE 139 III 491).

2. Die Zustellung des Konkursentscheides durch die Vorinstanz konnte vorliegend nicht erfolgen. Die Sendung wurde mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert (act. 6/8). Da die Schuldnerin die Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung entgegengenommen (act. 6/5) und somit Kenntnis vom Verfahren hatte, musste sie mit der Zustellung rechnen. Entsprechend gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die siebentägige Abholfrist ist am 19. Oktober 2017 abgelaufen (vgl. act. 11), weshalb die Rechtsmittelfrist bis Montag, 30. Oktober 2017 lief. Die Beschwerde ist somit rechtzeitig erhoben worden.

3. Die Schuldnerin bringt zur Begründung ihrer Beschwerde vor, sie habe zur Tilgung der Konkursforderung samt Zinsen, Umtriebsspesen und Betreuungskosten am 30. Oktober 2017 beim Obergericht des Kantons Zürich Fr. 12'250.– zu Gunsten der Gläubigerin hinterlegt (act. 2 S. 2). Diese Zahlung ist belegt (vgl. act. 4/3 und 5/2). Der Betrag deckt die Konkursforderung samt Zinsen, Umtriebsspesen und Betreuungskosten. Darüber hinaus hat die Schuldnerin die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts mit Bezahlung von Fr. 1'000.– beim Konkursamt Altstetten-Zürich sichergestellt (vgl. act. 4/2). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) nachgewiesen. Folglich bleibt noch, mit Blick in die Zukunft, die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als

illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715, E. 3.1.; BGE 132 III 140, E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012, E. 2.3).

4.1. Die Schuldnerin bringt beschwerdeweise vor, das Geschäft der Outdoor-Aktivitäten sei vielen Unwägbarkeiten ausgesetzt. Nebst konjunkturellen Gegebenheiten würde v.a. die Wettersituation eine grosse Rolle spielen und den Verlauf einer Sommer-Saison stark beeinflussen. Es sei nicht immer einfach, diese Unwägbarkeiten richtig einzuschätzen. Allfällige unternehmerische Fehlentscheide wie z.B. Ausgaben für Marketing oder Projektinvestitionen wirkten sich oftmals sofort gravierend aus und könnten während der laufenden Saison nicht mehr rückgängig gemacht werden. Trotz dieser Schwierigkeiten habe sich die Firma seit der Gründung vor rund 20 Jahren behaupten können. Obwohl die letzten drei Jahre sehr schwierig gewesen seien, habe die Geschäftsführung beschlossen, die Firma weiterzuführen, allen Verpflichtungen nachzukommen und einen wirtschaftlich stabilen Unternehmensstand herzustellen. Die bestehenden Verbindlichkeiten gemäss Betreibungsregisterauszug – so die Schuldnerin weiter – werde sie nach Aufhebung des Konkurses umgehend begleichen. Dafür stünde ihr zum einen ein Guthaben von Fr. 35'000.–, auf dem Privatkonto von C._____, dem Geschäftsführer und einzigen Gesellschafter, und zum anderen ein Betrag von Fr. 11'201.50 auf dem Geschäftskonto zur Verfügung. Vor Ende November 2017 würden ihr sodann aus der konsequenten Einverlangung der offenen Debitoren Fr. 8'998.45 und weitere rund Fr. 15'000.– aus noch offenen Rechnungen, die schnellstmöglich ausgestellt würden, zufließen. Schliesslich werde der Schuldnerin innert ca. 3 Wochen ein privater Liquidationszuschuss von Fr. 30'000.– aus dem Verkauf eines Privatfahrzeuges (Oldtimer) zur Verfügung gestellt. Um die wirtschaftliche Zukunft des Unternehmens sicherzustellen, würden weitere Massnahmen ergriffen werden, unter anderem der Umzug an einem kostengünstigeren Standort und die Umstellung des Systems der Mitarbeiter von Festanstellungen auf Saisonanstellung (act. 2 S. 2-4).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Unternehmens vermittelt insbesondere das Betreibungsregister (dazu insbesondere KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., N. 15 zu Art. 174 SchKG). Der eingereichte Auszug aus dem Betreibungsregisters umfasst den Zeitraum vom 25. Februar 2013 bis 29. September 2017 (act. 4/5). Während dieser Zeit musste die Schuldnerin nicht weniger als 43 Mal betrieben werden. Das ist bedenklich und spricht gegen die Zahlungsfähigkeit. Immerhin sind 12 Betreibungen davon als bezahlt ausgewiesen. Deren 9 sind gelöscht. Zwei weitere Betreibungen – Nr. 1 vom 30. Oktober 2013 und Nr. 2 vom 23. Mai 2014 – wurden durch Rechtsvorschlag gestoppt. Auch wenn die Schuldnerin hierzu keine Ausführungen macht, ist zu berücksichtigen, dass – selbst wenn die Forderungen noch nicht beglichen sein sollten – die Frist zur Beseitigung des Rechtsvorschlages wohl mittlerweile verstrichen ist. Die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung wurde wie vorstehend ausgeführt bezahlt. Die restlichen noch offenen Betreibungen belaufen sich auf insgesamt Fr. 38'691.64. In drei Fällen ist die Betreibung bereits bis zum Stadium der Konkursandrohung vorgedrungen (vgl. act 4/5 S. 2-5). Auch wenn einzelne Betreibungen öffentlich-rechtliche Gläubiger betreffen, sind es doch zahlen- und betragsmässig auch andere Gläubiger, sodass sich die Schuldnerin nicht dem Vorwurf ausgesetzt sieht, sie vernachlässige systematisch die Kategorie der ersteren (vgl. dazu zit. KuKo, a.a.O. N. 14). Die älteste Betreibung stammt aus dem Jahr 2013. Dieser Umstand bestätigt die Darstellung der Schuldnerin, wonach sie erst in den letzten drei Jahren in finanzielle Schwierigkeiten geraten sei, vorher – d.h. seit der Gründung des Unternehmens Anfangs 2003 – hingegen gut gewirtschaftet habe.

4.3. Die vorhandenen liquiden Mittel ergeben sich aus den von der Schuldnerin eingereichten Kontoauszügen: Das auf den Namen von C._____, dem Geschäftsführer und einzigen Gesellschafter (vgl. act. 7), lautende Konto bei der Raiffeisenbank ... weist per 30. Oktober 2017 einen Saldo von Fr. 35'000.– auf (act. 4/1); und auf dem Geschäftskonto bei der Zürcher Kantonalbank stehen der Schuldnerin aktuell Fr. 11'201.54 zur Verfügung (act. 4/4). Damit verbleiben der Schuldnerin nach Bezahlung sämtlicher Ausstände immer noch rund Fr. 7'510.–.

Nicht berücksichtigt werden können hingegen die behaupteten künftigen Einnahmen aus Debitoren, Rechnungsstellungen und Autoverkauf. Hierzu reichte die Schuldnerin keinerlei Unterlagen ist Recht. Es fehlen insbesondere eine Debitorenliste – dies obwohl die Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift auf eine solche verweist (vgl. act. 2 S. 3) – und die noch auszustellenden Rechnungen über den Gesamtbetrag von ca. Fr. 15'000.–.

4.4. Unklar ist, wie es sich mit dem Geschäftsgang der Schuldnerin verhält, bzw. ob anzunehmen ist, sie sei mit ihren laufenden Einkünften in der Lage, die laufenden Aufwände (Löhne, Mietzinse, etc.) zu bezahlen. So macht die Schuldnerin keine Ausführungen zu ihrer aktuellen finanziellen Lage und reicht auch keine aktuelle Jahresrechnung bzw. Bilanz ein. Sie äussert sich insbesondere nicht zu ihren laufenden Verpflichtungen. Immerhin ergibt sich aus dem eingereichten Auszug des Geschäftskontos der Schuldnerin, dass diese im Oktober 2017 Einnahmen von rund Fr. 12'500.– erzielt hat (vgl. act. 4/4). Den behaupteten zukünftigen Einnahmen kann vor diesem Hintergrund eine gewisse Plausibilität nicht abgesprochen werden.

Alles in allem sind die vorgelegten Unterlagen eher dürftig. Da die Beschwerde am letzten Tag der Rechtsmittelfrist erhoben wurde, konnte die Schuldnerin nicht auf die fehlenden Unterlagen aufmerksam gemacht werden. Es handelt sich was das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit angeht, um einen Grenzfall. Die Kammer pflegt bei erstmaligen Konkureröffnungen einen grosszügigen Massstab anzulegen, was in diesem Fall eine Gutheissung der Beschwerde gerade noch erlaubt. Die Schuldnerin sei aber mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die Anforderungen bei einer neuerlichen Konkureröffnung strenger wären und sie mit einer Eingabe wie der hier vorgelegten keinen Erfolg mehr haben würde. Sollte es mit anderen Worten innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkureröffnung kommen, so wäre dies als starkes Indiz für die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zu werten.

4.5. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen.

III.

Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Oktober 2017, 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 von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt; es wird vorgemerkt, dass das Konkursgericht die Kosten aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogen hat.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem von der Schuldnerin zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 12'250.– (Kassen-Beleg Nr. 233)
 - Fr. 11'515.45 (= Fr. 10'599.20 nebst 5% Zins vom 1. Januar bis 11. Oktober 2017, abzüglich Fr. 325.10 geleistete Teilzahlungen vom 26. Mai 2017, zuzüglich Fr. 600.– Umtriebsspesen und Fr. 232.60 Betriebskosten) an die Gläubigerin auszubezahlen; und
 - Fr. 734.55 dem Konkursamt Altstetten-Zürich zu überweisen.
4. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'134.55 (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin,

Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses sowie Fr. 734.55 Rest des von der Schuldnerin beim Obergericht hinterlegten Betrages, welcher dem Konkursamt gemäss vorstehender Dispositivziffer 3 noch überweisen wird) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am: