

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180234-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 MLaw N. Seebacher

Urteil vom 20. Dezember 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 28. November 2018 (EK181784)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche in erster Linie die Führung von Restaurants, Take-Aways und Cateringunternehmen sowie die Organisation und Durchführung von Catering-Services bezweckt (act. 4/1 = act. 5).

2.1 Mit Urteil vom 28. November 2018, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6 [= act. 3 = act. 7/7]):

CHF	2'332.20	nebst Zins zu 5 % seit 26.06.2018
CHF	139.80	Forderung ohne Zins
CHF	146.60	Betreibungskosten

2.2 Mit Eingabe vom 10. Dezember 2018 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 7/11) Beschwerde gegen dieses Urteil und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 3). Letztere wurde ihr mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 einstweilen gewährt. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ende der 10-tägigen Beschwerdefrist (17. Dezember 2018) ergänzen könne (act. 8), was sie innert Frist tat (act. 10-11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-11). 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, dass sie die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1) samt Zinsen und Betreibungskosten am 7. Dezember 2018 bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 4/3b). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Oerlikon-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 2'500.– sichergestellt (act. 4/3c). Ausserdem hat die Schuldnerin am 7. Dezember 2018 den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 4/3a). 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 dringenden 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) Der Sitz der Schuldnerin befand sich zwischen der Eintragung im Handelsregister am 4. September 2015 und dem 5. September 2018 an der C.____-Strasse ... in ... Zürich und damit im Zuständigkeitsbereich des Betreibungsamtes Zürich 11. Seit dem 5. September 2018 befindet sich der Sitz der Schuldnerin an der D.____-Strasse ... und damit im Zuständigkeitsbereich des Betreibungsamtes Zürich 3 (act. 4/1). Die Schuldnerin hat einen vollständigen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 5. Dezember 2018 (act. 4/4a) sowie einen internen Auszug über die offenen Betreibungen des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 7. Dezember 2018 (act. 4/4b) eingereicht. Zu letzterem ist vorab festzuhalten, dass aus einem solchen Auszug kein zuverlässiges Bild über die finanzielle Situation eines Schuldners gewonnen werden kann, weil daraus weder die bereits abgeschlossenen Betreibungen noch eventuelle Verlustscheine ersichtlich sind. Es ist jedoch in erster Linie dem Betreibungsamt anzulasten, dass es der konkursiten Schuldnerin am 7. Dezember 2018 – und damit nach Konkurseröffnung – einen solchen Auszug ausgestellt hat, obschon diese Praxis von der Kammer in der Vergangenheit bemängelt und vom Inspektorat beanstandet wurde. Im vorliegenden Fall entsteht der Schuldnerin aus diesem Auszug über die offenen Betreibungen kein Nachteil, weil sich ihr Sitz – wie gesehen – erst seit kurzem im Sprengel des Betreibungsamtes Zürich 3 befindet und deshalb nicht

anzunehmen ist, dass es in diesem Betreuungskreis bereits abgeschlossene Betreibungen oder gar Verlustscheine gegen die Schuldnerin gibt.

b) Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 5. Dezember 2018 ergeben sich neben der der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Betreuung (Nr. 1) insgesamt 28 weitere Betreibungen, wobei in elf Betreibungen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. Zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 1'026.85) sind erloschen. Von den übrigen 15 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 24'794.90) befinden sich acht (Gesamtbetrag Fr. 17'286.80) im Einleitungsstadium, in einer Betreuung (Fr. 1'523.10) hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben und drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 3'280.75) befinden sich im Stadium der Pfändung. In drei weiteren Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 2'704.25) wurde der Schuldnerin der Konkurs angedroht (act. 4/4a).

c) Aus dem internen Auszug über die offenen Betreibungen des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 7. Dezember 2018 sind sieben offene Betreibungen über insgesamt Fr. 15'234.70 ersichtlich, von denen eine (Fr. 2'626.40) sich noch im Einleitungsstadium befindet, in zwei (Gesamtbetrag Fr. 2'893.70) hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben, in drei (Gesamtbetrag Fr. 7'279.05) wurde das Fortsetzungsbegehren gestellt und in einer Betreuung (Fr. 2'435.55) wurde der Schuldnerin bereits der Konkurs angedroht (act. 4/4b).

d) Die Schuldnerin führt nicht aus, ob und in welchem Umfang noch im alten Betreuungskreis eingeleitete Betreibungen am neuen Ort bereits neu eingeleitet oder fortgesetzt wurden, mithin Forderungen in beiden Betreibungsregisterauszügen und damit doppelt aufgeführt sind. Offensichtlich ist dies nur für diejenigen drei Betreibungen, für welche beim Betreibungsamt Zürich 3 das Fortsetzungsbegehren (Betreibungen Nrn. 2; 3; 4) gestellt wurde, wurden diese doch offensichtlich noch beim Betreibungsamt Zürich 11 (dort Betreibungen Nrn. 5; 6; 7) eingeleitet, mussten gestützt auf Art. 53 SchKG von den jeweiligen Gläubigern dann jedoch beim Betreibungsamt Zürich 3 fortgesetzt werden. Da die Schuldnerin weitere Überschneidungen nicht dargetan hat, ist einstweilen von offenen Betreibungs-

forderung von rund Fr. 32'750.– (Fr. 24'747.90 + Fr. 15'234.70 – Fr. 7'279.05) auszugehen.

3.2 Die Schuldnerin begründet die angefallenen Betreibungen sowie die erfolgte Konkursöffnung damit, dass sie per Ende Juli 2018 ihre bisherigen Geschäftsräumlichkeiten habe verlassen müssen, weil der Mietvertrag nicht habe erneuert werden können. Aufgrund des mühsamen Rückbaus des alten Mietobjektes und des Nichtauffindens einer geeigneten neuen Geschäftsräumlichkeit sei das laufende Geschäft in finanzielle Schwierigkeiten gekommen, insbesondere weil man die bisherigen Arbeitnehmer nicht habe entlassen wollen. Per 1. September 2018 habe man nunmehr an der D. _____-Strasse ... in Zürich neue Räumlichkeiten beziehen können. Durch den Umzug und die erzwungene Neuorientierung sei die "Bürokratie" des Geschäfts vernachlässigt worden, weshalb es nunmehr zur Konkursöffnung gekommen sei (act. 2 S. 2).

Zu ihren finanziellen Verhältnissen führt die Schuldnerin aus, sie verfüge auf ihrem Kontokorrent über ein Guthaben von Fr. 27'500.– (act. 2 S. 2), wobei sie belegt, dass sich per 17. Dezember 2018 Fr. 20'983.07 auf dem Geschäftskonto befanden (act. 11/5). Zudem macht sie geltend, sie verfüge bei der Credit Suisse aus dem noch nicht aufgelösten Mietzinsdepot für die alten Mieträumlichkeiten noch über ein Guthaben von Fr. 34'000.– (act. 2 S. 2). Ausserdem sei ihr Geschäftsführer und einziger Gesellschafter bereit, sämtliche offenen Betreibungen mit einer Einlage von Fr. 25'000.– aus seinem Privatvermögen zu begleichen, wobei der Geschäftsführer dies unterschriftlich bestätigt (act. 2 S. 3) und nachweist, dass sich auf seinem Privatkonto ein Guthaben von Fr. 214'789.67 und damit genügend flüssige Mittel zur Leistung dieser Einlage befinden (act. 11/6). Aus der von der Schuldnerin eingereichten Bilanz per 31. Dezember 2017 ist sodann ersichtlich, dass die Schuldnerin im Geschäftsjahr 2017 einen Gewinn von Fr. 22'746.39 erzielt hat (act. 11/7).

3.3 Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 5. Dezember 2018 ist ersichtlich, dass auch vor Ende Juli 2018 regelmässig Betreibungen gegen die Schuldnerin eingeleitet wurden (vgl. act. 4/4a), weshalb nicht ohne weiteres glaubhaft ist, dass die Zahlungsschwierigkeiten einzig auf den ungeplanten Umzug der Geschäftsräumlichkeiten per Ende Juli 2018 zurückzuführen waren. Mit einem ähnlichen Gewinn wie die Schuldnerin ihn 2017 erzielt hatte, wäre sie jedoch in der Lage, die offenen Betreibungsforderungen innert nützlicher Frist, längstens aber innert 2 Jahren, abzahlen, umso mehr, als sie auf ihren Geschäftskonto über flüssige Mittel von rund Fr. 20'000.– verfügt. Hinzu kommt, dass der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin sich verpflichtet hat, aus seinem Privatvermögen eine Einlage zur Schuldentilgung von Fr. 25'0000.– zu leisten, womit die Schuldnerin einen grossen Teil der derzeit offenen Betreibungsforderungen sofort tilgen kann. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit hinreichend glaubhaft.

Die Beschwerde ist deshalb 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. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2018 (EK181784-L) aufgehoben, und das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'668.10 der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'900.– (Fr. 2'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2 sowie einer Kopie von act. 10,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten,
 - das Konkursamt Oerlikon-Zürich,ferner an:
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - die Betreibungsämter Zürich 3 und Zürich 11, an ersteres unter Hinweis auf Ziff. II.3.1a,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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
21. Dezember 2018