

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140219-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

Urteil vom 30. September 2014

in Sachen

A._____ GmbH, Geschäftsführer: B._____,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

C._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 20. August 2014 (EK141122)

Erwägungen:

I.

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 20. August 2014 für eine Forderung von Fr. 26'850.80 nebst Zins zu 5 % seit 14. August 2013 – abzüglich der Teilzahlung von Fr. 16'000.-- – sowie Fr. 289.70 aufgelaufenen Zins, Fr. 100.-- Inkassokosten und Fr. 234.-- Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich ...) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 6 = act. 7/9). Mit Eingabe vom 1. September 2014 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Gleichentags zahlte sie zuhanden des Obergerichtes des Kantons Zürich für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.-- ein (act. 2 S. 2; act. 4/2b; act. 10). Mit Präsidialverfügung vom 3. September 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

2.1 Stellt das Gericht eine Vorladung, eine Verfügung oder einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Diese sogenannte Zustellungsfiktion greift nur, sofern ein Prozessrechtsverhältnis besteht. Dieses entsteht erst mit der Rechtshängigkeit und verpflichtet die Parteien, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung von behördlichen Akten gerechnet werden muss (vgl. BGE 5A_895/2011 vom 6. März 2012, Erw. 3.1).

2.2 Die Konkursandrohung, welche der Konkursverhandlung und -eröffnung vorausgeht, begründet noch kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Konkursgericht (vgl. BGE 5A_895/2011 vom 6. März 2012, Erw. 3.2), weshalb die vorinstanzliche Zustellung der Anzeige zur Konkursverhandlung, die zuhanden der Schuldnerin zwei Mal erfolglos mit Gerichtsurkunde und hernach mit A-Post versandt wurde (act. 7/7-8), grundsätzlich nicht fingiert und ihrerseits daher auch kein Prozessrechtsverhältnis begründen kann.

Das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. August 2014 wurde mit Gerichtsurkunde zuhanden der Schuldnerin versandt, die Sendung am 21. August 2014 zur Abholung gemeldet und nach ungenütztem Verstreichen der siebentägigen Abholfrist am 29. August 2014 von der Post an die Vorinstanz retourniert (act. 7/12). Das vorerwähnte Urteil wurde der Schuldnerin jedoch eigenen Angaben zufolge am 22. August 2014 von der Konkursbeamtin ausgehändigt (act. 2 S. 2). Ab dem Zeitpunkt konnte und musste die Schuldnerin annehmen, dass es sich bei der Einladung zur Abholung einer Gerichtsurkunde um den Entscheid des Konkursgerichtes handelte. Die siebentägige Abholfrist (bis und mit 28. August 2014) war denn auch noch nicht verstrichen. Zwar blieben der Schuldnerin nicht mehr die vollen sieben Tage, doch ist dies irrelevant und vergleichbar mit der Situation desjenigen, der seinen Briefkasten nicht täglich leert. Die Abholungseinladung ist nach dem Gesagten als Ersatz für das fehlende Prozessrechtsverhältnis zu betrachten und das Urteil vom 20. August 2014 am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch bzw. am 28. August 2014 als zugestellt. Die zehntägige Beschwerdefrist lief am Montag, 8. September 2014, ab. Die Eingabe der Schuldnerin vom 16. September 2014 inkl. Beilagen (act. 12 und act. 13/19-23) erfolgte somit verspätet (dies war der Schuldnerin durchaus bewusst, ging sie doch von der Fristauslösung am 22. August 2014 aus, act. 2 S. 2) und hat daher unberücksichtigt zu bleiben.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung betreffen die Forderung samt Zinsen und Kosten. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs-Hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2. D._____ (Präsident des Verwaltungsrates der Gläubigerin und Beschwerdeführerin; nachfolgend: Gläubigerin) und E._____ (Mitglied des Verwaltungsrates der Gläubigerin), beide zeichnungsberechtigt zu zweien (vgl. act. 11 S. 3), erklärten mit Schreiben vom 1. September 2014 – nach mit der Schuldnerin getroffener Ratenzahlungsplan – Verzicht auf Durchführung des Konkurses (act. 4/3a).

Wenn auch im Falle des Verzichts der Gläubigerin auf die weitere Durchführung des Konkursverfahrens keine Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes erforderlich wäre (vgl. OGer ZH PS130043 vom 17. April 2013, Erw. II.2.2), leistete die Schuldnerin am 1. September 2014 gemäss Quittung des Notariates ...-Zürich "für dessen bisherigen Aufwand (bzw. Kostenvorschuss)" eine Zahlung von Fr. 800.-- (act. 2 S. 2; act. 4/2a).

Mit der rechtzeitigen Verzichtserklärung der Gläubigerin hat die Schuldnerin einen Konkurshinderungsgrund nachgewiesen. Zu prüfen bleibt ihre Zahlungsfähigkeit.

3.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.2.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Beteiligungsamtes Zürich ... vom 1. September 2014 wurden im Zeitraum Juli 2013 bis Juli 2014 (die Schuldnerin wurde am 8. August 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, act. 5) mit der in Beteiligung gesetzten Konkursforderung 19 Beteiligungen im Gesamtbetrag von knapp über Fr. 135'000.-- gegen die Schuldnerin eingeleitet (act. 4/4). Davon wurden – ohne die vorliegende Konkursforderung – Forderungen aus 7 Beteiligungen im Umfang von Fr. 8'104.90 durch Zahlung an das Beteiligungsamt (Beteiligungs-Nrn. 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 8) beglichen (act. 4/4-7). Die Beteiligung-Nr. 9 für eine Forderung von Fr. 361.-- ist im Beteiligungsregistrauszug mit dem Vermerk "volle Befriedigung nach Verwertung" versehen (act. 4/4).

3.2.2 Die Schuldnerin konnte mit Urkunden belegen, dass in der dem Konkurs zugrunde liegenden Beteiligung (Nr. 1) Teilzahlungen im Umfang von total Fr.

19'000.-- geleistet wurden (act. 4/3a-b) und gemäss Schreiben der Gläubigerin für den Restbetrag von Fr. 10'281.-- ein – dem Gericht nicht näher bekannter – Ratenzahlungsplan geschlossen wurde (act. 4/3a; act. 2 S. 2 f.).

Weiter konnte mit Urkunden belegt werden, dass für die der Betreibungs-Nr. 10 zugrunde liegende Forderung von Fr. 11'162.80 (bzw. einschliesslich Kosten und Zinsen Fr. 11'781.60, act. 4/9 S. 1) eine Teilzahlung von Fr. 2'000.-- erfolgte und mit der Gläubigerin F._____ AG, Zürich, am 1. September 2014 eine Abzahlungsvereinbarung getroffen wurde, welche sechs aufeinanderfolgende Monatsraten à Fr. 1'500.-- und eine siebte Rate von Fr. 781.60 vorsieht, erstmals zahlbar per 30. September 2014 (act. 4/9; act. 2 S. 4). Gleichentags leistete die Schuldnerin in der Betreibungs-Nr. 11 für eine Forderung von Fr. 62'618.90 (bzw. pauschal Fr. 65'000.--, vgl. act. 4/10 S. 1) eine Teilzahlung von Fr. 5'000.-- und belegte, mit der Gläubigerin, G._____ AG, Zürich, eine Vereinbarung getroffen zu haben, gemäss welcher die Restschuld in zwölf aufeinanderfolgenden Monatsraten à Fr. 5'000.-- erstmals per 30. September 2014 zu begleichen ist (act. 4/10; act. 2 S. 4). Ebenfalls am 1. September 2014 zahlte die Schuldnerin in der Betreibungs-Nr. 12 für eine Forderung von Fr. 9'376.95 einen Teilbetrag von Fr. 3'000.-- (act. 4/11) und reichte eine E-Mail der Gläubigerin H._____ AG ein, gemäss welcher auf die Fortsetzung der Betreuung verzichtet werde, sofern die Schuldnerin am Ende eines jeden Monats, erstmals per 30. September 2014, Teilzahlungen von Fr. 1'500.-- leiste (act. 4/12; act. 2 S. 4 f.).

3.2.3 Zur Forderung der Gläubigerin I._____ AG (Betreibungs-Nr. 13) im Betrag von Fr. 3'534.85 führte die Schuldnerin aus, die Forderung werde im Bestand in Abrede gestellt (act. 2 S. 5). Diese unsubstantiierte Behauptung reicht nicht aus, um den Nichtbestand der Betreibungsforderung glaubhaft darzutun. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben und die betreibende Gläubigerin I._____ AG seit dem 22. Oktober 2013 keine weiteren Schritte eingeleitet haben soll, da die Betreuung infolge Nichtablaufs der Jahresfrist (Art. 88 Abs. 2 SchKG) noch fortgesetzt werden könnte. Die Forderung der Gläubigerin I._____ AG (Betreibungs-Nr. 13) ist somit entgegen der Ansicht

der Schuldnerin im gesamten in Betreuung gesetzten Umfang zu berücksichtigen.

3.2.4 Offen und unbestritten (act. 2 S. 4) sind sodann die Forderungen der Gläubigerin J._____ AG in Höhe von Fr. 231.25 (Betreibungs-Nr. 14) sowie der K._____ AG (Betreibungs-Nr. 15) in Höhe von Fr. 571.65 (act. 4/4).

3.2.5 Ebenfalls offen sind die Forderungen der Gläubigerin L._____ Ausgleichskasse und Pensionskasse im Umfang von total Fr. 12'086.70 (Betreibungs-Nrn. 16, 17, 18 und 19, act. 4/4). Die Schuldnerin machte hiez zu geltend, sie habe diese Forderungen beim Betreibungsamt begleichen wollen, jedoch sei ihr vom Betreibungsamt Zürich ... mitgeteilt worden, dass dies zur Zeit nicht möglich sei, da zufolge erhobener Rechtsvorschläge keine sichere Aussage über die Gesamtforderung inkl. Kosten und Gebühren gemacht werden könne. Aus diesem Grunde habe sie, die Schuldnerin, am 1. September 2014 den Betrag von Fr. 12'000.-- bei der ihr nahestehenden Gesellschaft, M._____ AG, Zürich, in bar hinterlegt, so dass sichergestellt sei, dass die betreffenden Gläubigerinnen bezahlt werden könnten (act. 2 S. 3 f.).

Zwar reichte die Schuldnerin ein vom einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat der M._____. AG, M1._____, unterzeichnetes Dokument ein, in welchem dieser bestätigt, mit dem von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 12'000.- die Forderungen der L._____ Ausgleichskasse und Pensionskasse in den Betreibungs-Nrn. 16, 17, 18 und 19 zu begleichen (act. 4/8). Da gestützt auf dieses Dokument jedoch nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden kann, dass die Schuldnerin nicht Rückzahlung des von ihr hinterlegten Betrages verlangen kann, sind die vorerwähnten Betreibungsforderungen in vollem Umfang zu berücksichtigen, jedoch die von der Schuldnerin hinterlegte Barschaft zu ihren liquiden Mitteln hinzuzurechnen (vgl. nachstehend Ziff. II.3.4.1).

3.2.6 Am 1. September 2014 waren somit noch 11 Betreibungen mit Forderungen im Gesamtbetrag von knapp Fr. 103'000.-- offen, wobei für den Betrag von ca. Fr. 86'500.-- wie dargelegt Abzahlungsvereinbarungen mit vier Gläubigern bestehen.

3.3 Die Schuldnerin führte zur finanziellen Lage zusammenfassend aus, sie sei in den kommenden sechs bzw. zwölf Monaten mit nicht unerheblichen monatlichen Ratenverpflichtungen konfrontiert, welche jedoch aus dem laufenden Gewinn bezahlt werden könnten. So sei im Zeitraum 1. Januar bis 21. August 2014 ein Unternehmensgewinn von Fr. 127'115.70 erwirtschaftet worden, was einem durchschnittlichen Monatsgewinn von Fr. 16'000.-- entspreche. Auch wenn der Lohn des Geschäftsführers "hierbei nicht berücksichtigt" sei, verbleibe genügend Substrat, um die ausstehenden Altlasten ratenweise zu tilgen und die laufenden Verpflichtungen zu erfüllen (act. 2 S. 5 f.).

Ihre Aktiven von gesamthaft rund Fr. 125'000.-- setzten sich zusammen aus dem Guthaben bei der Zürcher Kantonalbank in Höhe von Fr. 7'680.-- und bei der Post in Höhe von Fr. 2'005.79, den Debitoren (Kreditkartenunternehmen) gemäss den Tagesabschlüssen für den Zeitraum vom 21. bis 30. August 2014 in Höhe von Fr. 20'460.80, Fr. 2'787.-- und Fr. 1'891.80 sowie der Darlehensforderung gegenüber dem Geschäftsführer von Fr. 40'000.--, den Warenvorräten im Umfang von "überschlagsmässig" Fr. 30'000.-- und dem bescheidenen Betriebsinventar (da mehrheitlich im Hauptmietzins enthalten) von ca. Fr. 20'000.-- (act. 2 S. 6 f.). Die Passiven im Umfang von ca. Fr. 115'000.-- umfassten die in Betreuung gesetzten Forderungen von noch Fr. 87'735.95 und die Nettolöhne für den Monat August von ca. Fr. 20'000.--. Derzeit fielen nur sehr wenige Lieferantenrechnungen an, da die Einkäufe seit dem 1. Januar 2014 im N._____ gegen Barzahlung oder direkter Belastung auf dem ZKB-Konto mittels EC-Bezug erfolgten (act. 2 S. 7).

Der ertragsstarke Restaurantbetrieb habe im laufenden Jahr einen monatlichen Umsatz von Fr. 110'000.-- erwirtschaftet, wobei darin auch die schwachen Monate Januar, Juli und August enthalten seien und zufolge der bekanntermassen ertragsstarken Monate im letzten Jahresquartal der durchschnittliche Nettoumsatz sicher noch merklich höher ausfallen werde. Die aktuelle Krise sei darauf zurückzuführen, dass der Geschäftsführer und Käufer der Stammanteile der Schuldnerin in erhöhtem Mass Liquidität aus dem Betrieb abgezogen habe, um dem Verkäufer den sich aus dem Kauf der Anteile ergebenden Kaufpreis zu be-

zahlen, woraus das Darlehen der Schuldnerin an den Geschäftsführer im Umfang von Fr. 40'000.-- resultiere. Gemäss Verkaufsvertrag werde die Übertragung der Stammanteile erst nach vollständiger Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises erfolgen, wobei sich die Vertragsparteien zwischenzeitlich darauf verständigt hätten, dass die Mittelentnahme inskünftig unterlassen werde und die erwirtschafteten Erträge vollumfänglich zur Begleichung der Verbindlichkeiten der Schuldnerin zu verwenden seien (act. 2 S. 7 f.).

3.4.1 Die Schuldnerin reichte weder Vorjahresbilanzen noch eine aktuelle Zwischenbilanz ein. Die in der Beschwerdeschrift gemachten Angaben zu ihren Vermögenswerten per Ende August 2014 (act. 2 S. 6 f.) sind wenig aussagekräftig. Zwar erscheint es plausibel, dass ein Restaurantbetrieb Sachanlagen im Wert von Fr. 20'000.-- sowie Warenvorräte im Umfang von Fr. 30'000.-- aufweist und es wurden die flüssigen Mittel von total Fr. 9'685.79 (act. 4/14-15) sowie Debitoren von total Fr. 25'139.60 (act. 4/16-18) belegt. Unbelegt blieb und daher nicht zu berücksichtigen ist das dem einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer gewährte Darlehen in Höhe von Fr. 40'000.--, welcher, wie behauptet, die Gelder der Schuldnerin zweckentfremdet haben soll. Auch stellt sich unter den dargelegten Umständen die Frage der Einbringlichkeit dieses Darlehens. Auffällig ist sodann, dass jegliche Angaben zum Eigenkapital fehlen. Weder das Stammkapital, noch gesetzliche Reserven, noch ein Gewinn- oder Verlustvortrag aus dem Vorjahr sind dargetan, noch entsprechende Dokumente hiezu eingereicht worden. Dies erstaunt vor dem Hintergrund, dass die Schuldnerin im vorliegenden Konkurs offenbar anwaltlich beraten wurde (vgl. act. 4/3a und act. 4/12).

Unter Berücksichtigung der aktuellen Debitoren von Fr. 25'139.60 (act. 4/16-18), der Guthaben auf dem Bank- und Postkonto von Fr. 9'685.79 (act. 4/14-15) und des bei der M._____. AG hinterlegten Betrages von Fr. 12'000.-- (act. 4/8; gesamthaft knapp Fr. 47'000.--), denen wie geltend gemacht keine namhaften kurzfristigen Kreditoren, jedoch die noch offenen Betreibungsforderungen in Höhe von knapp Fr. 103'000.-- gegenüberstehen, bestehen nicht gedeckte Schulden im Umfang von ca. Fr. 56'000.--.

3.4.2 Dem eingereichten Kassenbericht lässt sich entnehmen, dass der Umsatz der Schuldnerin vom 1. Januar bis 23. August 2014 netto Fr. 838'213.97 betrug (act. 4/13b) und entsprechend in der provisorischen Erfolgsrechnung für die Periode 1. Januar bis 21. August 2014 als Ertrag Netto verbucht wurde (act. 4/13a). Nach Abzug der Gebühren für Kreditkarten (Fr. 8'382.14), eines nicht näher spezifizierten Aufwandes von Fr. 401'266.77, des Personalaufwandes von total Fr. 203'558.77 sowie der weiteren Aufwände (u.a. Raum-, Energie- und Entsorgungsaufwand sowie Sachanlagen) von total Fr. 97'890.59 resultierte ein Gewinn für die ersten acht Monate des laufenden Jahres von Fr. 127'115.70 (act. 4/13a) bzw. von ca. Fr. 16'000.-- pro Monat. Die Schuldnerin vermochte somit im laufenden Geschäftsjahr ihre Aufwendungen mit dem erzielten Ertrag zu decken. Zu berücksichtigen ist indes, dass die provisorische Erfolgsrechnung zufolge Unverbindlichkeit nur beschränkt aussagekräftig ist.

Die Schuldnerin macht geltend, mit dem monatlichen Gewinn von ca. Fr. 16'000.--, in welchem der Lohn des Geschäftsführers nicht berücksichtigt sei, sowohl die Altlasten ratenweise tilgen als auch die laufenden Verpflichtungen erfüllen zu können (act. 2 S. 5). Die Modalitäten betreffend Abzahlung der restlichen Konkursforderung von Fr. 10'281.-- sind zwar nicht bekannt. Da die Schuldnerin ihre Altlasten in zwölf Monaten beglichen haben will (vgl. act. 2 S. 5), ist davon auszugehen, dass die an die Konkursgläubigerin auszurichtenden Raten monatlich mindestens knapp Fr. 900.-- betragen. Ihre monatliche Abzahlungsbelastung beträgt somit gesamthaft ca. Fr. 9'000.-- (vgl. vorstehend Ziff. II.3.2.2). Auch wenn die Schuldnerin davon ausgeht, dass zufolge von ertragsstarken Monaten im letzten Jahresquartal der durchschnittliche Nettoumsatz merklich höher ausfallen wird als bisher, macht sie weder geltend, in welchem Umfang ein solcher zu erwarten ist, noch wurden Vergleichszahlen aus den Vorjahren eingereicht. Jedenfalls bliebe ihr bei einem konstant bleibenden monatlichen Gewinn von ca. Fr. 16'000.-- nach Abzug der monatlichen Ratenzahlungen ein Betrag von ca. Fr. 7'000.--, von welchem indes noch der Geschäftsführerlohn, dessen Höhe nicht bekannt ist, zu entrichten ist.

3.5 Zu Gunsten der Schuldnerin ist zu berücksichtigen, dass sie in den ersten acht Monaten des laufenden Jahres gewinnbringend gewirtschaftet hat – wobei die provisorische Erfolgsrechnung wie erwähnt zufolge Unverbindlichkeit nur beschränkt aussagekräftig ist – und nach dem Gesagten trotz fehlender detaillierter buchhalterischer Angaben und Vergleichszahlen aus den Vorjahren grundsätzlich von einer bleibend positiven Geschäftsentwicklung mit Jahresgewinn ausgegangen werden kann. Sodann hat die Schuldnerin durch (Ab-) Zahlungen die in Betreuung gesetzte Forderungssumme von total ca. Fr. 135'000.-- auf ca. Fr. 103'000.-- reduzieren können und zeigt sich willig, auch die noch offenen Forderungen innerhalb der nächsten zwölf Monate zu tilgen. In diesem Sinne hat sie bereits Fr. 12'000.-- zwecks Begleichung von vier Betreuungsforderungen zur Verfügung gestellt (vgl. vorstehend Ziff. II.3.2.5) und mit weiteren vier Gläubigern Abzahlungsvereinbarungen für eine Forderungssumme von ca. Fr. 86'500.-- getroffen (vgl. Ziff. II.3.2.6). Der Liquiditätsengpass dürfte sich durch Privatentnahmen des neuen Gesellschafters und Geschäftsführers erklären, welcher diese Zweckentfremdung der Gesellschaftsmittel eigenen Angaben zufolge inskünftig unterlassen will. Nach dem Gesagten ist nicht von einer dauerhaften Illiquidität der Schuldnerin auszugehen. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Konkurseröffnung Folge eines bloss vorübergehenden Liquiditätsengpasses war und es der Schuldnerin möglich sein wird, sowohl die restlichen Schulden innert nützlicher Frist abzutragen als auch ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit als glaubhaft zu erachten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat. Demzufolge erweist sich die Beschwerde – obschon es sich insbesondere zufolge ungenügender Dokumentation der wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin um einen Grenzfall handelt – als begründet und ist der über die Schuldnerin am 20. August 2014 eröffnete Konkurs aufzuheben.

III.

1.1 Die Kosten des Verfahrens trägt die unterliegende Partei. Der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Im Konkursverfahren besteht die Besonderheit, dass der Gläubiger erhebliche Vorleistungen erbringen muss, um die Konkurseröffnung zu bewirken und so seinem Ziel der Befriedigung näher zu kommen. Müsste er sich beim Konkursaufhebungsgrund der Tilgung mit Forderung, Zins und Betreibungskosten zufrieden geben, fehlte ihm doch noch, was aus dem üblicherweise auf Fr. 1'800.-- angesetzten Vorschuss im Sinne von Art. 169 SchKG bezogen wird, namentlich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes. Blicke dies offen und würde das Konkurserkenntnis gleichwohl aufgehoben, so müsste der Gläubiger den Ersatz der noch offenen Kosten erneut ganz von vorne mit dem Einleiten einer neuen Betreibung geltend machen. Die Praxis verlangt daher nicht nur Tilgung von Forderung, Zins und Betreibungskosten bis und mit Konkursandrohung. Vielmehr muss der Schuldner zudem nachweisen, dass er innert der Beschwerdefrist beim Konkursamt einen Geldbetrag hinterlegt hat, aus welchem die Kosten des Konkurserkenntnisses (welche aus dem Vorschuss bereits bezogen worden sind) und die Kosten des Konkursamtes gedeckt werden können. So ist sicher gestellt, dass das Obergericht bei Aufhebung des Konkurses das Konkursamt anweisen kann, dem Gläubiger Fr. 1'800.--, entsprechend seinem Vorschuss, auszusahlen.

Zieht ein Gläubiger dagegen das Konkursbegehren zurück (Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts), so ist es grundsätzlich an ihm, sich um die Deckung dieser von ihm vorgeschossenen Kosten zu kümmern. Professionelle Gläubiger pflegen entsprechend der geschilderten Interessenlage, wenn ein Schuldner um Rückzug des Konkursbegehrens gegen eine substanzielle Abschlagszahlung ersucht, die Höhe dieser Zahlung unter Einrechnen aller Betreibungskosten und des Vorschusses von Fr. 1'800.-- zu berechnen (was auch der

rechtlichen Situation entspricht: Art. 85 Abs. 1 OR, Art. 68 Abs. 2 SchKG). Der Schuldner würde diese Kosten daher, wenn sie ihm auferlegt würden, im Ergebnis doppelt tragen. Gelegentlich vereinbaren die Parteien, dass der Gläubiger das Konkursbegehren zurückziehe und der Schuldner die Verfahrenskosten trage. Einen solchen Vergleich hat das Gericht im Sinne von Art. 109 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen OGer PS130043 Erw. III.).

1.2 Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass sich die Parteien einig darüber waren, dass die Schuldnerin die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes zu tragen hat. So verweist sie in ihrer Beschwerdeschrift auf das Schreiben der Gläubigerin vom 1. September 2014, in welchem diese ihr gegenüber erklärte, nach nunmehr vereinbartem Ratenzahlungsplan auf die Durchführung des Konkursverfahrens zu verzichten und zugleich festhielt, dass für den Fall der Aufhebung des Konkurses und der Rückvergütung des von ihr geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.-- durch das Konkursamt, die Restforderung gegenüber der Schuldnerin inkl. Zinsen und Zahlungsbefehlskosten Fr. 10'281.-- betrage (act. 4/3a). Die Gläubigerin hatte somit den Vorschuss von Fr. 1'800.-- in ihre Restforderung nicht miteinberechnet. Dass die Parteien des vorliegenden Verfahrens davon ausgingen, dass die Gläubigerin den von ihr bezahlten Vorschuss vom Konkursamt zurückvergütet erhält, wird auch durch den Umstand gestützt, dass die Schuldnerin am besagten 1. September 2014 beim Konkursamt ...-Zürich den Betrag von Fr. 800.-- "für dessen bisherigen Aufwand (bzw. Kostenvorschuss)" einbezahlt hat (act. 2 S. 2 und act. 4/2a) – welche Summe sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu decken vermag, vgl. act. 14 –, obschon im Falle des Verzichts der Gläubigerin auf die weitere Durchführung des Konkursverfahrens keine Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts erforderlich wäre (vgl. vorstehend Ziff. II.2).

Nach dem Gesagten hat die Schuldnerin die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen.

Das Konkursamt ...-Zürich ist entsprechend anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 800.-- Zahlung der Schuldnerin so-

wie 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 auszus zahlen.

1.3 Hingegen kann den Akten keine Abmachung der Parteien in Bezug auf die Kosten des Beschwerdeverfahrens entnommen werden. Eine solche Vereinbarung ist denn auch nicht zu vermuten. Lediglich bei einer unbeholfenen Gläubigerin könnte sich eine Nachfrage rechtfertigen, da zweifelhaft sein kann, ob und wie sich die Parteien zu den Kosten geeinigt haben. Generell dient die gerichtliche Fragepflicht jedoch nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen. In der Regel, und so auch bei der heutigen Gläubigerin, darf und muss ein Rückzug daher als solcher verstanden werden. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat daher die Gläubigerin zu tragen (vgl. zum Ganzen OGer ZH PS120091 vom 31. Mai 2012, E. 8). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Schuldnerin ist der Rückgriff auf die Gläubigerin zu gewähren.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. August 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt und der Gläubigerin auferlegt. Sie wird mit dem von der Schuldnerin geleisteten Barvorschuss verrechnet. Der Schuldnerin wird dafür der Rückgriff auf die Gläubigerin eingeräumt.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt. Die Kosten des Konkursamtes werden der Schuldnerin auferlegt.
4. Das Konkursamt ...-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 800.-- 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 ausbezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt 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

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: