

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180237-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
MLaw N. Seebacher

Urteil vom 9. Januar 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

1. **Verband B._____ (B'._____),**

2. **C._____ AG,**

Gläubiger und Beschwerdegegner,

Nr. 2 vertreten durch D._____ Inkasso,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 5. Dezember 2018 (EK181807 und EK181793)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche in erster Linie die Erbringung von Dienstleistungen im Baubereich, insbesondere Montagetätigkeiten sowie Einrichtung von Kabelkanälen bezweckt (act. 5).
2. Mit Urteil vom 5. Dezember 2018, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für nachfolgende Forderungen der Gläubiger und Beschwerdegegner (nachfolgend Gläubiger) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 6/1/9 = act. 6/2/8):

Gläubiger 1 (Betreibung Nr. 1)

CHF	295.00	nebst Zins zu 5 % seit 06.04.2018
CHF	145.30	Verzugsschaden
CHF	20.00	Bonitätsprüfung
CHF	20.00	Mahnkosten
CHF	137.60	Betreibungskosten

Gläubigerin 2 (Betreibung Nr. 2)

CHF	9'282.00	nebst Zins zu -- % seit -- abzüglich TZ CHF 2'500.00 vom 23.08.2018
CHF	202.60	Betreibungskosten

3. Mit Eingabe am 14. Dezember 2018 (überbracht) erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen dieses Urteil und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Am 17. Dezember 2018 reichte die Schuldnerin weitere Unterlagen ein (act. 8/1-4; act. 9; act. 10). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt. Zudem wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist (4. Januar 2019) ergänzen könne (act. 13). Eine Ergänzung der Beschwerde erfolgte nicht. Die Akten der

Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1/1-13; 6/2/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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 seine 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 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 Konkureröffnung zugrunde liegenden Forderungen der Gläubiger von insgesamt Fr. 7'612.30 am 18. Dezember 2018 mit einer Zahlung von Fr. 7'700.– bei der Obergerichtskasse sichergestellt hat (act. 12). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Hottingen-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 8/3). Ausserdem hat die Schuldnerin am 3. Januar 2019 den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 15). Der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkureröffnung 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 Aus-

gaben 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 seine 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 unabsehbare 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 dringendsten 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).

2.3 Dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 7 vom 17. Dezember 2018 lassen sich neben den beiden Konkursbetreibungen (Nrn. 1 und 2) 65 weitere Betreibungen entnehmen, von denen jedoch 29 entweder bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurden oder aber nach Verwertung eine volle Befriedigung des Gläubigers resultierte. Eine Betreibungen ist zudem erloschen. Von den übrigen 35 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 62'762.45) befinden sich neun (Gesamtbetrag Fr. 5'919.25) noch im Einleitungsstadium, in zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 20'596.90) hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben und 16 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 17'210.35) befinden sich im Stadium der Pfändung. In acht weiteren Betrei-

bungen (Gesamtbetrag Fr. 19'035.95) wurde der Schuldnerin zudem bereits der Konkurs angedroht (vgl. act. 8/2).

a) Die Schuldnerin belegt, dass am 12. Dezember 2018 eine ihr zustehende Forderung von Fr. 11'970.86 gepfändet wurde (act. 4/1), womit sich die offenen Forderungen, welche sich im Stadium der Pfändung befinden, um diesen Betrag auf rund Fr. 51'000.– reduzieren.

b) Hinsichtlich der Betreuung-Nr. 3 der Gläubigerin E. _____ AG ... über Fr. 8'454.80, welche gegenwärtig durch Rechtsvorschlag gestoppt ist, hat die Schuldnerin auf dem Betreibungsregisterauszug handschriftlich vermerkt: *"wird direkt abbezahlt, Rate Fr. 750.–"* (act. 8/2 S. 3). Da sich die Zahlungen in entsprechender Höhe für die Zeit ab April 2018 aus der von der Schuldnerin eingereichten Aufstellung über ihren Cash-Flow – auf welche nachstehend noch im Detail einzugehen ist – ergeben, ist glaubhaft, dass sie von dieser Forderung inzwischen Fr. 6'750.– (9 x Fr. 750.–) abbezahlt hat. Damit reduzieren sich die offenen Betreibungsforderungen um diesen Betrag auf rund Fr. 44'250.–.

c) Die Schuldnerin bestreitet sodann sinngemäss die im Rahmen der Betreuung-Nr. 4 in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 12'142.10 der Firma F. _____ AG, welche gegenwärtig durch Rechtsvorschlag gestoppt ist. Die Schuldnerin merkt zu dieser Forderung auf dem Betreibungsregisterauszug an: *"wird nicht bezahlt/keine Antwort auf RV"* (act. 8/2 S. 3). Weshalb sie von dieser Firma zu Unrecht betrieben wurde, legt die Schuldnerin jedoch nicht näher dar, weshalb nicht rechtsgenügend dargetan ist, dass diese Forderung tatsächlich nicht geschuldet ist. Festzuhalten ist immerhin, dass der entsprechende Zahlungsbefehl vom 10. November 2017 datiert, weshalb die Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG ohne Einleitung eines entsprechenden Rechtsöffnungs- oder Forderungsverfahrens bereits verstrichen sein dürfte.

2.4 Zu den Gründen ihrer Zahlungsschwierigkeiten bringt die Schuldnerin vor, das Jahr 2018 sei für sie ein schwieriges Jahr gewesen, da einige Gläubiger (recte: wohl Schuldner der Schuldnerin) ihre Rechnungen nicht bezahlt hätten und sie deshalb mit ihren eigenen Zahlungen in Verzug gekommen sei. Jedoch sei ihr

Geschäftsführer stets bemüht gewesen, neue Aufträge einzuholen und die Firma wieder auf Kurs zu bringen. Anfangs Jahr sei alles noch ziemlich holprig und schwierig gewesen, jedoch habe sie Mitte Jahr einen grösseren Auftrag erhalten, welcher vielversprechend ausgesehen habe. Dann seien jedoch die Rechnungen nicht regelmässig bezahlt worden, was sie immer tiefer in Zahlungsverzug gebracht habe. So hätten sich die Rechnungen gehäuft und es sei zu Betreibungen gekommen. Ihr Geschäftsführer habe sich stets bemüht, mit dem Betreibungsamt in Kontakt zu bleiben und Lösungen zu suchen und Schulden abzuführen. Es sei die Abmachung getroffen worden, dass sie jeden Monat einen grösseren Betrag abbezahle. Am 12. Dezember 2018 sei zudem ein grösserer Betrag von einem Gläubiger (recte: wohl Schuldner der Schuldnerin) direkt an das Betreibungsamt bezahlt worden. Bis Ende Jahr würden zudem weitere Fr. 5'200.– Schulden beglichen, wobei mit diesen zwei Zahlungen die meisten Konkursandrohungen abbezahlt wären. Mit Aufträgen stehe sie ziemlich gut da und hätte bis April 2019 Arbeit (act. 2 S. 1 f.).

Aus den von der Schuldnerin eingereichten Akten ist ersichtlich, dass es sich bei der von ihr behaupteten Direktzahlung eines Schuldners an das Betreibungsamt um die vorstehend bereits erwähnte Forderungspfändung über Fr. 11'970.86 handelt. Diese Summe wird zunächst an die Forderung des Pfändungsgläubigers, welcher die Pfändung verlangt hatte (Betreibung-Nr. 5) anzurechnen sein, wobei ein danach allfällig verbleibender Restbetrag – entgegen der Meinung der Schuldnerin – nicht den sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Betreibungsforderungen anzurechnen wäre, sondern vielmehr den übrigen, sich im Stadium der Pfändung befindlichen. Folglich bleibt es entgegen der Schuldnerin dabei, dass sich gegenwärtig acht Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 19'035.95 im Stadium der Konkursandrohung befinden. Nicht belegt wurde sodann die von der Schuldnerin behaupteten Schuldentilgungen beim Betreibungsamt von Fr. 5'200.– bzw. die Vornahme sonstiger regelmässiger Zahlungen an das Betreibungsamt zwecks Schuldentilgung. Die entsprechenden Behauptungen der Schuldnerin sind deshalb nicht rechtsgenügend dargetan.

2.5 Zu ihren aktuellen finanziellen Verhältnissen reicht die Schuldnerin eine Aufstellung über ihren "Cash-Flow" des Jahres 2018 ein. Darin sind sämtliche Ausgaben der Schuldnerin für das Jahr 2018 aufgeführt, wobei sich diese auf insgesamt Fr. 335'256.10 belaufen. Neben regelmässigen Zahlungen (u.a. für Löhne, Telefonkosten, Fahrzeuge) sowie bezahlten Rechnungen findet sich darin ab April 2018 auch die bereits erwähnte monatliche "*Ratenzahlung E._____*" von Fr. 750.– sowie eine Rückzahlung eines Darlehens über Fr. 25'000.– im Dezember 2018. In der Aufstellung finden sich zudem sämtliche Zahlungseingänge von Januar bis November 2018, wobei für den Monat Dezember 2018 (noch) keine Zahlungseingänge verbucht wurden. Insgesamt ergibt sich bei Zahlungseingängen von insgesamt Fr. 340'422.85 ein Plus von Fr. 5'166.75 (act. 8/4).

Vorderhand erscheint die Schuldnerin mit einem Jahresgewinn von rund Fr. 5'000.– nicht in der Lage, die offenen Betreibungsforderungen innert nützlicher Frist, längstens aber innert 2 Jahren abzubezahlen. Gegen die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin spricht sodann auch der Umstand, dass sich auf ihrem Geschäftskonto per 17. Dezember 2018 lediglich Fr. 5.44 befanden (act. 10). Zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist aber zu berücksichtigen, dass beim genannten Jahresgewinn von rund Fr. 5'000.– allfällige Zahlungseingänge im Dezember 2018 nicht berücksichtigt wurden, wohingegen die Ausgaben bereits vollständig aufgeführt wurden. Die Schuldnerin belegt, dass sie am 21. November 2018, 23. November 2018 und 3. Dezember 2018 in zwei Auftragsverhältnissen mit der Firma G._____ Schweiz AG (Verträge vom 21. September 2018 und 20. November 2018; vgl. act. 4/3-4) (Akonto-)Rechnungen über insgesamt Fr. 27'571.20 gestellt hat, wobei die entsprechenden Beträge innert 30 Tagen zu zahlen sind (act. 4/5-7). Bei fristgerechtem Eingang der entsprechenden Beträge erhöht sich der Jahresgewinn der Schuldnerin dergestalt, dass eine Abzahlung der offenen Betreibungsforderungen innert nützlicher Frist ohne Weiteres möglich ist. Hinzu kommt, dass die Schuldnerin belegt, dass sie am 8. Oktober 2018 mit der Firma H._____ AG einen Auftrag mit einem Werklohn von Fr. 97'800.– abgeschlossen hat (act. 4/2), was rund einem Drittel des Auftragsvolumens des Jahres 2018 entspricht (vgl. act. 8/4). Es ist deshalb glaubhaft, dass

die Schuldnerin – wie von ihr behauptet – bis April 2019 bereits gut ausgelastet ist. Insgesamt ist deshalb die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin knapp glaubhaft.

Festzuhalten ist jedoch, dass – sollte es den Erwartungen zum Trotz dennoch zu einer erneuten Konkursöffnung kommen – der Massstab in einem weiteren Konkursverfahren strenger wäre und die Tatsache der erneuten Konkursöffnung ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin wäre. Mit einer erneuten Gutheissung der Beschwerde könnte deshalb nicht gerechnet werden.

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 den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.
2. Den Gläubigern 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 5. Dezember 2018 (EK181807-L und EK181793-L), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und die Konkursbegehren werden abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Die von den Gläubigern bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von insgesamt Fr. 7'700.– dem Gläubiger 1 (Verband B._____) Fr. 627.70, der Gläubigerin 2 (C.____ AG) Fr. 6'984.60 sowie der Schuldnerin – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – einen allfälligen Restbetrag auszusahlen.
4. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 4'100.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 3'100.– Rest des von den Gläubigerinnen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschüssen) den Gläubigerinnen je Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien, an die Gläubiger unter Beilage einer Kopie von act. 2;
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten,
 - das Konkursamt Hottingen-Zürich,ferner mit besonderer Anzeige an:
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - das Betreibungsamt Zürich 7,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:
11. Januar 2019