

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200132-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 30. Juni 2020

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. Juni 2020 (EK200727)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche den Betrieb einer medizinischen Massage-Praxis sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen bezweckt (vgl. act. 5).

1.2 Mit Urteil vom 9. Juni 2020, mit Wirkung ab 11:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) für die von der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) gegen die Schuldnerin in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 1'292.– und Fr. 270.– Rechtsöffnungskosten sowie Fr. 228.90 Betreuungskosten (total Fr. 1'790.90) den Konkurs über die Schuldnerin (vgl. act. 6 [Aktenexemplar]).

1.3 Mit Eingabe vom 13. Juni 2020 (Datum Poststempel) erhebt die Schuldnerin dagegen rechtzeitig Beschwerde (act. 2), beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung und reicht zahlreiche Beilagen ins Recht (act. 4/2-4, act. 4/6-7). Darunter befindet sich auch die Kopie des angefochtenen Urteils (vgl. act. 4/1 = act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]).

1.4 Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (vgl. act. 7/1-10). Mit Verfügung vom 16. Juni 2020 (act. 9) wurde die Schuldnerin namentlich darauf hingewiesen, dass sie noch nicht alle von ihr erwähnten Beilagen eingereicht habe (vgl. act. 2; act. 4/5), und darauf, welche Unterlagen in der Regel erforderlich seien, um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Ausserdem wurde sie darauf hingewiesen, dass sie bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ihre Beschwerde noch ergänzen (a.a.O., S. 3 f.) und um aufschiebende Wirkung ersuchen könne (a.a.O., S. 4). Mit ihrer zweiten Eingabe vom 26. Juni 2020 (überbracht, act. 14) macht die Schuldnerin weitere Ausführungen zu ihrer Zahlungsfähigkeit und reicht noch eine zusätzliche Beilage ein, einen Betreibungsregisterauszug vom 16. Juni 2020 (act. 15/7). Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren hat die Schuldnerin geleistet (act. 4/2-4; act. 11).

2.1 Fraglich ist, ob die zweite Eingabe der Schuldnerin fristgerecht erfolgte. Ein erstinstanzlicher Konkursöffnungsentscheid kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Aus den vorinstanzlichen Akten ist ersichtlich, dass das angefochtene Urteil vom 9. Juni 2020 der Schuldnerin nicht förmlich zugestellt wurde. Die Post retournierte die Sendung mit dem Vermerk "Rücksendung - nicht abgeholt" an die Vorinstanz (vgl. act. 7/10). Selbst wenn die Schuldnerin (vermutlich vom Konkursamt) eine Kopie des Urteils über die Konkursöffnung ausgehändigt erhielt (vgl. act. 3), stellte dies keine förmliche Zustellung dar (vgl. OGer PS170136/Z01 vom 19. Juli 2017, E. 5.1). Die Beschwerdefrist hat damit mangels förmlicher Zustellung noch nicht zu laufen begonnen. Das heisst, beide Eingaben der Schuldnerin sind zu berücksichtigen. Auf das Nachholen der förmlichen Zustellung des Konkursöffnungsurteils ist zu verzichten, da die Beschwerde – wie nachfolgend darzulegen sein wird – gutzuheissen ist.

2.2 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. In diesem Fall hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). In jedem Fall ist zusätzlich erforderlich, dass die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.3 Die Schuldnerin belegt mittels Postquittung, am 13. Juni 2020, mithin nach Eröffnung des Konkurses, Fr. 1'790.90 an das Betreibungsamt Zürich 4 bezahlt zu haben (act. 4/2-4). Des Weiteren belegt die Schuldnerin, am 13. Juni 2020

Fr. 1'200.– zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichtes beim Konkursamt Schlieren sichergestellt zu haben (act. 13).

Die Schuldnerin hat damit den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat die Schuldnerin jedoch überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.4 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Die Schuldnerin hat also aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 ff., E. 3.1.; 132 III 140 ff., E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere

wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt an der Schuldnerin, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, ihre Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3).

2.5 Die Schuldnerin reichte zwar keine Belege, wie etwa Debitoren- und Kreditorenlisten, einen Zwischenabschluss sowie Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein. Aus der eingereichten Kontoliste der C. _____ [Bank] (act. 4/6) ist jedoch ersichtlich, dass das Kontokorrentkonto der Schuldnerin einen aktuellen Saldo von Fr. 399'768.59 aufweist. Damit verfügt die Schuldnerin über beträchtliche liquide Mittel.

Gemäss dem von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 16. Juni 2020 (act. 15/7) stehen diesen Mitteln zwar Betreibungsforderungen von fast Fr. 208'000.– gegenüber. Dabei handelt es sich jedoch grossmehrheitlich um Forderungen der SVA sowie der Steuerbehörden, welche sich allesamt erst im Stadium des Rechtsvorschlages befinden.

Die laufenden Verbindlichkeiten der Schuldnerin sind nicht bekannt. Doch da sich die seit Mitte 2019 aufgelaufenen Betreibungen praktisch ausschliesslich auf Forderungen der SVA sowie der Steuerbehörden beziehen, ist zugunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass sie ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen kann.

Vor diesem Hintergrund erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin alles in allem wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit.

3. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

4. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. Juni 2020 aufgehoben. 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. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– 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 auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.
5. 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. A. Götschi

versandt am:
30. Juni 2020