

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170185-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter
lic. iur. A. Huizinga und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 4. September 2017

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B1.____ **Stiftung** ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 8. August 2017 (EK171103)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 8. August 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (act. 3 = act. 7 = act. 8/6). Diese beantragte mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 18. August 2017 unter anderem die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2, act. 8/8). Mit Verfügung vom 21. August 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um den Rest des Kostenvorschusses für das obergerichtliche Verfahren zu leisten (act. 10). Dieser ging fristgerecht ein (act. 11/1, act. 14). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-8). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3. Die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 4) beläuft sich auf Fr. 7'596.95 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2017 sowie Fr. 400.– Umtriebsspesen und Fr. 146.60 Betreibungskosten (act. 7), insgesamt Fr. 8'371.45 (vgl. act. 10). Die Beschwerdeführerin überwies am 18. und am 29. August 2017 insgesamt Fr. 9'428.55 an die Obergerichtskasse (act. 5/3-4, act. 14). Dieser Betrag reicht aus, um neben den Kosten des Beschwerdeverfahrens von pauschal Fr. 750.– die gesamte Konkursforde-

zung inkl. Zinsen und Kosten zu begleichen. Im Weiteren weist die Beschwerdeführerin nach, dass beim Konkursamt Aussersihl-Zürich Fr. 1'200.– für die Kosten des Konkursverfahrens inkl. des Konkursgerichts einbezahlt wurden (act. 5/5). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist damit erfüllt.

4.1 Der Konkurs ist dann aufzuheben, wenn die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Deshalb hat der Schuldner aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die den Betrieb von Metzgereien, die Produktion von Wurstwaren sowie den Betrieb von Imbissständen und Restaurants bezweckt. Sie wurde im Mai 2000 gegründet (act. 6). Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gibt der Auszug aus dem Beteiligungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Beteiligungsregisterauszug datiert vom 11. August 2017 (act. 5/6). Er zeigt in Jahren 2012 bis 2017 insgesamt 22 Beteiligungen, wovon eine erloschen und 13 durch Bezahlung ans Beteiligungsamt erledigt wurden. Gläubigerinnen in der grossen Mehrheit der Fälle sind die B._____ Versicherungen AG und die B1._____ ... (Beschwerdegegnerin). Dies lässt gewisse Bedenken am Zahlungsverhalten der Beschwerdeführerin gegenüber Versicherungsforderungen aufkommen. Sie hält jedoch fest, dass sie sämtliche Versicherungslösungen seit 20 Jahren von der B._____ ... be-

ziehe und daher bemüht sei, die offenen Forderungen vollständig zu begleichen (act. 2 S. 4).

4.3 Die Beschwerdeführerin weist nach, der B._____ Versicherungen AG in der Zeitspanne vom 7. April 2017 bis 9. August 2017 mit fünf Zahlungen insgesamt Fr. 6'604.– überwiesen zu haben (act.5/7). Sie führt aus, dass damit die noch offenen Forderungen der B._____ Versicherungen AG, welche im Betreibungsregisterauszug vermerkt seien, "wohl vollständig beglichen" worden seien (act. 2 S. 4). Im Betreibungsregister sind nur vier offene Beteiligungen der B._____ Versicherungen AG aufgeführt. Die fünf Zahlungen der Beschwerdeführerin lassen sich weder anhand einer Beteiligungsnummer noch betragsmässig den einzelnen vier Beteiligungen zuordnen. Es trifft aber zu, dass der Gesamtbetrag von Fr. 6'604.– die Summe der gemäss Beteiligungsregisterauszug der B._____ Versicherungen AG geschuldeten offenen Forderungen von Fr. 5'611.– übersteigt (wobei in diesem Betrag die Zinsen und Kosten nicht einberechnet sind). Unklar ist, weshalb die Zahlungen nicht (wie offenbar in der Vergangenheit jeweils) ans Beteiligungsamt geleistet wurden, um einen entsprechenden Vermerk im Beteiligungsregister zu erwirken bzw. weshalb die B._____ Versicherungen AG nicht darum gebeten wurde, die offenen Beteiligungen löschen zu lassen.

4.4 Im Beteiligungsregisterauszug ist sodann eine Forderung von Fr. 2'989.55 der C._____ (Suisse) SA aufgeführt. Die Beschwerdeführerin reicht drei Zahlungsbelege mit Überweisungen an die C._____ (Suisse) SA in der Höhe von total Fr. 2'573.75 (einbezahlt am 19. Juli 2017) ins Recht (act. 5/8). Sie führt dazu aus, dass es sich bei der möglicherweise offen stehenden Differenz von Fr. 415.80 um Spesen und Beteiligungskosten handeln dürfte. Sie werde sich demnächst mit der C._____ (Suisse) SA in Verbindung setzen, um abzuklären, ob und falls ja welcher Betrag noch offen sei.

Abgesehen davon, dass sich auch diese drei Zahlungen nicht der genannten Position im Beteiligungsregister zuordnen lassen, ist die Beschwerdeführerin deutlich darauf hinzuweisen, dass es in der Regel (ein anderweitiges Gläubereverständnis ausgenommen) nicht damit getan ist, offene Rechnungen mittels dem dafür vorgesehenen Einzahlungsschein im Nachhinein unter dem Druck des lau-

fenden Betreibungs- bzw. Konkursverfahrens zu bezahlen. Aufgelaufene Zinsen und Kosten gehen stets auch zulasten des Schuldners und sind entsprechend beim Betreibungsamt zu erfragen und zu begleichen.

4.5 In Bezug auf die beiden Forderungen der D._____ GmbH und der D._____ Schweiz GmbH macht die Beschwerdeführerin geltend, dass diese Rechnungen fälschlicherweise gestellt worden seien. Dieses Versehen habe die D._____ ihr letztthin telefonisch bestätigt und eine Löschung der Einträge in Aussicht gestellt (act. 2 S. 4). Untermuert durch eine schriftliche Bestätigung o.ä. wird diese Behauptung nicht.

4.6 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Ausführungen und eingereichten Unterlagen der Beschwerdeführerin zum Nachweis der Tilgung der noch offenen Betreibungsforderungen einige Unklarheiten aufweisen. Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die Beschwerdeführerin keinerlei Dokumente (aktuelle Jahres- bzw. Zwischenabschlüsse, Bankkontoauszüge, Debitoren- / Kreditorenlisten etc.) einreicht, welche auf ihre Zahlungsfähigkeit schliessen lassen. Sie führt lediglich aus, dass die Betreibungen nicht die Folge einer fehlenden Zahlungsfähigkeit seien, sondern auf ihrer Überforderung in administrativen Dingen beruhten. Sie habe daher einen Treuhänder mandatiert, der inskünftig für die Buchhaltung und das Zahlswesen verantwortlich sei und verhindere, dass es wieder zu Zahlungsverzögerungen komme (act. 2 S. 3 und 4).

Die Zahlungsfähigkeit ist im Beschwerdeverfahren glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Wenn zugunsten der Beschwerdeführerin davon ausgegangen wird, dass sich die eingereichten Quittungen auf die offenen Betreibungsforderungen beziehen und diese somit (beinahe) vollständig beglichen wurden, darf dies als Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. oben E. 4.1). Auf zusätzliche Belege, welche die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin glaubhaft machen, kann damit ausnahmsweise verzichtet werden. Dies vor dem Hintergrund, dass es sich faktisch um das erste Konkursverfahren über die Beschwerdeführerin handelt (im Jahre 2012 wurde zwar über die Beschwerdeführerin bereits einmal der Konkurs eröffnet, allerdings war das Kon-

kursbegehren bereits vorgängig durch die Gläubigerin zurückgezogen worden, weshalb der Konkurs im Beschwerdeverfahren ohne Prüfung der Zahlungsfähigkeit aufgehoben wurde; OGer ZH PS120168 vom 25. September 2012). Die Beschwerde ist damit im Sinne einer letzten Chance gutzuheissen und der Konkurs über die Beschwerdeführerin aufzuheben.

5. Der von der Beschwerdeführerin bei der Obergerichtskasse zuhanden der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag von Fr. 8'678.55 ist dem Betreibungsamt Zürich 4 zur Tilgung der Konkursforderung weiterzuleiten. Ein Überschuss ist der Beschwerdeführerin auszubezahlen.

6. Durch die verspätete Zahlung hat die Beschwerdeführerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamts, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Konkursgerichts zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Beschwerdegegnerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 8. August 2017, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdeführerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Kon-

kursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 8'678.55 zur Tilgung der Konkursforderung dem Betreibungsamt Zürich 4 zu überweisen. Ein verbleibender Restbetrag ist von diesem der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts 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.
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:

Dr. M. Isler

versandt am:
7. September 2017