

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180056-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 9. Mai 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 17. April 2018 (EK180089)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 17. April 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Uster den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 6 = act. 7/11). Dagegen reichte die Schuldnerin mit Eingaben vom 27. April 2018 und 7. Mai 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde ein (act. 2, act. 11, vgl. act. 7/12). Der Vorsitzende erteilte der Beschwerde mit Verfügung vom 8. Mai 2018 einstweilen die aufschiebende Wirkung (act. 14). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren ging am 7. Mai 2018 bei der Obergerichtskasse ein (act. 13). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-12). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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, 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 werden hingegen keine gewährt (BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die Schuldnerin bezahlte am 4. Mai 2018 beim Betreibungsamt Dübendorf zuhanden der Gläubigerin (Betreibung Nr. 1) Fr. 914.60 ein, um die Konkursforderung von Fr. 714.80 zuzüglich 5 % Zins seit dem 29. März 2017 bis zum Datum der Konkurseröffnung (Fr. 37.60), Fr. 7.– Gläubigerkosten sowie Fr. 139.60 Betreibungskosten (total Fr. 899.–) zu tilgen (act. 12/1). Anzumerken ist, dass das Betreibungsamt zumindest insofern einen Fehler in der Abrechnung vorgenommen hat, als es den Zins nicht nur auf den Betrag von Fr. 714.80, sondern auf den Totalforderungsbetrag von Fr. 721.80 berechnet hat und diesen offensichtlich

über das Datum der Konkureröffnung hinaus laufen liess. Die Schuldnerin hat ausserdem am 27. April 2018 die Kosten des Konkursamts und des konkursgerichtlichen Verfahrens sichergestellt (act. 4/2). Damit hat sie den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert Rechtsmittelfrist rechtsgenügend nachgewiesen.

4. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Deshalb hat die Schuldnerin aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren 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 die Schuldnerin 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). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch konkret dargelegt werden, damit glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.1 Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die die Erbringung von Dienstleistungen und Consulting im EDV-, Netzwerk- und Internetbereich sowie den Handel mit Computerperipherie bezweckt. Sie ist seit dem tt.mm.2000 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer fungiert C.\_\_\_\_\_ (act. 5). Herr C.\_\_\_\_\_ führt aus, dass der aktuelle Geschäftsgang der Schuldnerin

als positiv gewertet werden könne. Die GmbH betreibe Cloud Services für KMU Kunden. Da die Verträge eine Mindestlaufzeit von drei Jahren hätten, blieben die Umsätze stabil. Dieses Jahr hätten einige Neukunden dazugewonnen werden können. Die Unternehmung habe keine Personalkosten; bei Bedarf würden externe Freelancer hinzugezogen (act. 11 S. 1 f.).

5.2 Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage und das Zahlungsverhalten eines Schuldners liefert das Betreibungsregister. Der Auszug über die Schuldnerin vom 4. Mai 2018 über die letzten fünf Jahre zeigt insgesamt sechs Betreibungen in der Gesamthöhe von rund Fr. 3'850.– (act. 12/8). Davon sind vier zufolge Bezahlung ans Betreibungsamt erloschen. Die anderen beiden wurden im Stadium des Rechtsvorschlags gestoppt. Der Geschäftsführer C.\_\_\_\_\_ führt aus, dass die Schuld von Fr. 80.– gegenüber dem Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich (Betreibung Nr. 2) in einer Gesamtrechnung zusammengefasst worden sei, die er aus privater Kasse beglichen habe. Eine Überweisung ans Strassenverkehrsamt vom 5. Mai 2018 in der Höhe von Fr. 1'363.70 ist aktenkundig (act. 12/9). Gegen die am 31. Mai 2017 in Betreuung gesetzte Forderung der D.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr. 1'364.50 (Betreibung Nr. 3) habe er Rechtsvorschlag erhoben, weil die Lieferung nie angekommen sei (act. 11 S. 1).

5.3 Aus den von der Schuldnerin eingereichten Beilagen ist ersichtlich, dass sie über diverse Kunden verfügt, denen sie in regelmässigen Abständen für Cloud Services Rechnung stellen kann (act. 12/12). Gemäss dem Kontenblatt "offene Kundenkonten" beläuft sich das Debitorenguthaben derzeit auf Fr. 27'480.–, wobei sich die Fälligkeit der einzelnen bestehenden Guthaben daraus nicht ergibt. Festzuhalten ist immerhin, dass die Schuldnerin laufende Auftragseingänge verzeichnet (act. 12/14). Der Geschäftsführer führt aus, dass ein kurz vor dem Abschluss stehendes Projekt einen um 16 % höheren Umsatz als im vergangenen Jahr verspreche (act. 1 S. 2). Er reicht eine Offerte für seine Dienstleistungserbringung über Fr. 40'683.70 ins Recht, die von der Kundin allerdings nicht unterzeichnet ist (act. 12/15). Auch wenn dieser letzte Auftrag ungewiss ist, erscheint doch glaubhaft, dass die Schuldnerin einerseits über regelmässige Einnahmen verfügt und andererseits die anfallenden Kosten (Fixkosten und variable Kosten)

relativ gering ausfallen (vgl. auch act. 12/13). Laut Angaben des Geschäftsführers hat die Schuldnerin keine Personalaufwände, sondern wird im Gegenteil von ihm als einzigem Gesellschafter bei einem Liquiditätsengpass finanziell unterstützt (act. 11 S. 1 f., act. 12/7). Auf dem Firmenkonto der Schuldnerin befanden sich per 27. April 2018 Fr. 5'588.– (act. 4/1).

5.4 Was für laufende Verbindlichkeiten die Schuldnerin belasten (Miete, Sachaufwand usf.), ist nicht ersichtlich. Als GmbH ist sie buchführungspflichtig, weshalb zu erwarten wäre, dass sie Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten Jahre sowie per Konkursöffnung zum Beleg ihrer Zahlungsfähigkeit einlegt. Das hat sie indes nicht geben, was Bedenken bzw. Zweifel zu erwecken vermag. Angesichts des Umstandes, dass sämtliche fortgesetzten Betreibungen gegen die Schuldnerin erloschen sind, ihre laufende Geschäftsaktivität dargetan wurde und die kurzfristige Liquidität zur Bedienung der aktuell anfallenden Verpflichtungen offenbar gewährleistet ist, ist die Zahlungsfähigkeit heute jedoch noch knapp zu bejahen. Der Antrag der Schuldnerin ist folglich gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben. Die Schuldnerin ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dies bei einer erneuten Konkursöffnung in absehbarer Zeit dann nicht mehr der Fall sein kann, wenn sie ihre Buchhaltungsunterlagen nicht einreicht.

6.1 Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamts, die Kosten des Konkursgerichts und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Das Konkursgericht hat seine Kosten aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogen. Ihr ist der gesamte Vorschuss von Fr. 2'000.– durch das Konkursamt zu ersetzen. Der Schuldnerin wird das Konkursamt das überweisen, was von den bei ihm einbezahlten Beträgen (Fr. 1'550.– vom Konkursgericht unter Abzug seiner Kosten überwiesen, Fr. 500.– von der Schuldnerin bezahlt) nach Abzug seiner Kosten übrig bleibt – so gehen auch die Kosten des Konkursgerichts zu Lasten der Schuldnerin. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6.2 Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 17. April 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
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. 750.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Dübendorf und das Betreibungsamt Dübendorf (mit Hinweis auf Erwägung 3 hiervor), ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, 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:

Dr. M. Isler

versandt am:  
11. Mai 2018