

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130086-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 20. Juni 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Mai 2013 (EK130093)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 8. Mai 2013 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Meilen für eine Forderung von Fr. 5'440.70 abzüglich Akontozahlungen von Fr. 4'520.70 zuzüglich Fr. 80.-- Mahn- und Bearbeitungsgebühren sowie Fr. 146.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 8). Am 21. Mai 2013 beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie zahlreiche Beilagen zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 2 und 5/2-24).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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 10 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 aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen, wie sie der Vertreter der Schuldnerin verlangt, sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Soweit sich den vorinstanzlichen Akten entnehmen lässt, wurde der angefochtene Entscheid der Schuldnerin bis anhin nicht formell zugestellt (act. 9/11-13). Da gemäss Praxis der Kammer in der mündlichen Information ebenso wie in einer allfälligen Aushändigung einer Kopie des Urteils durch den Konkursbeamten an den Schuldner keine förmliche und damit fristauslösende Zustellung des Konkursbescheides liegt (vgl. OGer ZH PS120221/Z1), wurde der angefochtene Entscheid der Schuldnerin mit Verfügung vom 24. Mai 2013 erneut zugestellt mit dem Hinweis, dass sie innerhalb der Rechtsmittelfrist (ausgelöst

durch die Zustellung dieser Verfügung) ihre Beschwerdeschrift hinsichtlich der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Ferner wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt, da die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bei der Obergerichtskasse hinterlegt sowie die Kosten des Konkursamtes sichergestellt sind (act. 5/3-4, act. 10). Innert Frist reichte die Schuldnerin weitere Unterlagen ein (act. 12 und 13/1-12).

4. Überdies hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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 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 so konkret dargelegt werden, dass wirklich 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.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der nachgereichten vollständigen Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes C._____ (act. 13/1) wurden in der Zeit vom 1. Januar 2011 bis zum 13. Mai 2013 20 Beteiligungen eingeleitet, wovon vier durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in drei Fällen der Konkurs angedroht wurde, lassen auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen bei der Gerichtskasse hinterlegt. Des Weiteren bestätigte die Gläubigerin die Bezahlung der Beteiligung Nr. ... und zog ihre Konkursbegehren in diesen

beiden Betreibungen zurück (act. 5/5-6). Entsprechend weist der aktualisierte Auszug per 31. Mai 2013 14 offene Betreibungen inklusive Zinsen und aufgelaufene Kosten von Fr. 53'791.95 aus (act. 13/2). Von diesem Betrag geht schliesslich auch die Schuldnerin aus (act. 12 S. 2). Die Betreibungen Nr. ..., ..., ..., ... und ... von insgesamt noch Fr. 31'391.55 wurden ebenfalls von der Gläubigerin eingeleitet. Dabei sind die von der Schuldnerin erbrachten (Teil-)Zahlungen von total Fr. 20'320.--, soweit sie an diese Betreibungen anzurechnen waren, bereits berücksichtigt, reduzierte sich doch die Betreibung Nr. ... von ursprünglich Fr. 22'600.30 auf Fr. 10'742.05 (act. 5/18-21, act. 2 S. 5 f.). Die weiteren Zahlungen wurden offenbar anderen Betreffnissen der Gläubigerin zugeordnet. Der Kontokorrentauszug der Gläubigerin vom 1. Januar 2012 bis 31. Mai 2013 erfasst sodann nur Buchungen bis Ende 2012, weshalb der Saldo von Fr. 29'605.20 entgegen der schuldnerischen Darstellung kaum dem aktuellen Stand entspricht (act. 12 S. 3, act. 13/5). Damit ist von betriebenen Forderungen der Gläubigerin von Fr. 31'391.55 auszugehen. Hinsichtlich der Betreibung Nr. ... (gemeint wohl ...) der Gemeinde D. _____ in Höhe von Fr. 6'986.85 beruft sich die Schuldnerin auf eine Gegenforderung von Fr. 9'564.65 für ein Catering. Sinngemäss erachtet sie mithin die Betreibung als durch Verrechnung erledigt, zumal ihre Rechnung vom März 2013 nicht getilgt sei und die Gemeinde keine weiteren Anstalten zur Durchsetzung der Steuerforderung gemacht habe (act. 2 S. 6, act. 12 S. 2, act. 13/4). Ob eine Verrechnung jedoch zum Zuge kommt, kann aufgrund der Akten nicht beurteilt werden, weshalb sowohl die Betreibung als auch die Gegenforderung als offen zu betrachten sind. Zu der durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibung Nr. ... der E. _____ GmbH von Fr. 1'743.75 erklärt die Schuldnerin unter Hinweis auf ein Schreiben vom 10. April 2012 und einen Kontoauszug, man habe sich auf den Betrag von Fr. 1'300.-- geeinigt, der am 30. März 2012 bezahlt worden sei. Diesbezüglich bestehe keine Restforderung mehr (act. 2 S. 5, act. 12 S. 3, act. 5/14-15). Dies erscheint glaubhaft, zumal die E. _____ keine weiteren Inkassoschritte unternommen hat. Überdies verweist die Schuldnerin auf an das Betreibungsamt geleistete, aber offenbar noch nicht zugeordnete Zahlungen von Fr. 12'500.--, was durch einen Kontoauszug des Betreibungsamtes per 31. Mai 2013 untermauert wird (act. 12 S. 2, act. 13/3). Damit sind Betreibungen in Höhe

von Fr. 39'322.80 offen. Unberücksichtigt ist dabei jedoch, dass die Schuldnerin bereits mit ihrer ersten Eingabe vom 21. Mai 2013 mittels eines Kontoblattes die Bezahlung der Betreuung Nr. ... – allerdings ohne Kosten – belegte (act. 2 S. 5, act. 5/17). Somit sind weitere Fr. 826.60 in Abzug zu bringen. Hingegen wurden die in den Betreibungen Nr. ..., ..., ... und ... geltend, jedoch nur zum Teil glaubhaft gemachten (Teil-)Zahlungen im neuesten Auszug des Betreibungsamtes soweit ersichtlich angerechnet (act. 2 S. 5 f.). Anzumerken ist dabei, dass Zahlungen in der Höhe von rund Fr. 5'000.-- von der F. _____ AG, welche offenbar im Eigentum des einzigen Gesellschafters der Schuldnerin, G. _____, steht, erbracht wurden (act. 2 S. 6, act. 12 S. 4, act. 5/2 und 13/11). Es ist mithin zu erwarten, dass die Schuldnerin sich dadurch gegenüber der F. _____ AG verpflichtete. Zu den Betreibungen Nr. ... und ... äusserte sich die Schuldnerin nicht. Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von Fr. 38'496.20.

b) Die Schuldnerin betreibt ein Cateringunternehmen. Sie erklärt, es bestünden keine weiteren Kreditoren, da sämtliche Lieferanten jeweils bar bezahlt würden (act. 2 S. 4, act. 12 S. 3, act. 13/6). Dies erscheint insofern nicht überzeugend, als sie mit Bezug auf den Betreibungsregisterauszug selbst vorbringt, ihre nennenswerten Hauptgläubiger seien die B. _____ (Gläubigerin) sowie die Steuerbehörden (act. 2 S. 7). So gibt namentlich der obgenannte Kontokorrentauszug der Gläubigerin keinerlei Aufschluss über das laufende Beitragsjahr. Ebenso wenig äussert sich die Schuldnerin zu den gegenwärtigen Mehrwertsteuerschulden. In der mangels Aktualität wenig aussagekräftigen Bilanz per 31. Dezember 2011 erscheinen sodann ein Darlehen der H. _____ GmbH sowie ein Vorschuss der Brauerei I. _____ (act. 5/10). Diese Ausstände sind jedoch kaum innert Kürze zurückzuzahlen, waren sie doch im Vorjahr in derselben oder ähnlicher Höhe bilanziert. Die H. _____ GmbH dürfte der Schuldnerin überdies nahe stehen. Aus diesem Grund sind auch die von der F. _____ AG für die Schuldnerin geleisteten Zahlungen nicht als kurzfristig zu betrachten. Es ist somit anzunehmen, dass neben den betriebenen noch andere Verbindlichkeiten anfallen. Die Schuldnerin hat demnach offene Verpflichtungen von mindestens ca. Fr. 40'000.--. Demgegenüber macht sie Debitoren in Höhe von Fr. 56'688.30 geltend (act. 2 S. 4 f.,

act. 5/12). In dieser Liste ist die erwähnte Forderung der Schuldnerin gegen die Gemeinde D. _____ enthalten, weshalb nicht zusätzlich ein Guthaben von Fr. 2'577.80 zu berücksichtigen ist (act. 12 S. 4, act. 13/4). Seit dem Erstellen der Debitorenliste hat die Schuldnerin neue Rechnungen von rund Fr. 8'000.-- verschickt. Zusätzlich erwartet sie Gutschriften aus dem Verkauf von Gutscheinen von ca. Fr. 1'400.-- (act. 12 S. 4, act. 13/8/1 und /4, act. 13/9/1-2). Obwohl grösstenteils weder das Rechnungs- noch das Fälligkeitsdatum bekannt sind, dürfen die Zahlungseingänge innert nützlicher Frist angenommen werden, da gemäss der Schuldnerin nicht mit Debitorenausständen zu rechnen ist und keine gegenteiligen Anzeichen vorliegen (act. 12 S. 4). Das schuldnerische Konto bei der J. _____ [Bankinstitut] wies per 4. Juni 2013 einen Saldo von Fr. 20'043.23 aus (act. 13/7). Damit liegen Debitoren und flüssige Mittel von rund Fr. 86'000.-- vor. Das in der Bilanz aufgeführte Warenlager sowie das Anlagevermögen (Maschinen und Mobiliar) sind im Rahmen der Liquiditätsprüfung unbeachtlich, da sie für den Betrieb wohl grösstenteils erforderlich sind. Demzufolge vermögen die Debitoren sowie die flüssigen Mittel die Verbindlichkeiten zu decken. Stellt man gestützt auf die Bilanz dem Fremdkapital (Fr. 95'663.50) die Aktiven (Fr. 110'330.88) gegenüber, so ergibt sich eine Deckung. Eine Überschuldung lag somit zumindest 2011 nicht vor.

Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen sowie ihre Schulden in absehbarer Zeit abzutragen, als gegeben. Zur Kostenseite führt die Schuldnerin aus, sie habe den Restaurantbetrieb mit Grossküche für monatlich Fr. 5'040.-- von der Gemeinde D. _____ gemietet und die Räumlichkeiten zu diesem Mietzins an K. _____ untervermietet. Weiter habe sie den Firmen L. _____ und M. _____ für Fr. 700.-- bzw. Fr. 4'000.-- pro Monat ein Mitbenützungsrecht für die Küche eingeräumt. Somit bestehe grundsätzlich Kostenneutralität. Diese Vorbringen werden durch die entsprechenden Verträge sowie Belastungen und Gutschriften in dieser Höhe gestützt (act. 2 S. 4, act. 5/7-9, act. 5/11 und 13/7). Der Schuldnerin entstehen demnach aus dem Mietvertrag kaum Fixkosten. In den Kontoauszügen sind sodann regelmässige Zuflüsse zu verzeichnen (act. 5/11 und 13/7). Zudem erwartet die Schuldnerin mit Blick auf die Sommersaison ein erheb-

liches Umsatzwachstum und reichte Auftragsbestätigungen vom 3. und 4. Juni 2013 für rund Fr. 4'500.-- ein (act. 12 S. 4, act. 13/8/2-3 und /5). Der im Jahr 2011 erzielte bescheidene Gewinn von Fr. 3'727.55 lässt keine Rückschlüsse auf die gegenwärtige Gewinnsituation zu, da die Schuldnerin damals noch ein anderes Geschäftsmodell ohne Untervermietung verfolgte. So entstand ihr 2011 ein erheblicher Raumaufwand von fast Fr. 70'000.-- (act. 5/10). Schliesslich verweist sie auf die mögliche Unterstützung durch die F. _____ AG im Umfang von ca. Fr. 12'000.--, sollte sie wider Erwarten in einen finanziellen Engpass geraten (act. 12 S. 4, act. 13/12). Hierzu ist festzuhalten, dass weder die Verbindlichkeiten der F. _____ AG bekannt sind noch ihrerseits eine Zusage zu einer solchen Hilfestellung vorliegt. Indes hat die F. _____ AG wie dargelegt bereits in der Vergangenheit gelegentlich Zahlungen für die Schuldnerin vorgenommen, weshalb sie bei Bedarf wohl auch zukünftig einspringen wird.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. Mai 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.

3. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, der Gläubigerin Fr. 1'146.-- (Restbetrag der Konkursforderung) auszusahlen.
4. Das **Konkursamt N._____** wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.-- 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt N._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: