

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140283-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 26. Januar 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 10. Dezember 2014 (EK140315)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 5. Februar 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Führung eines Restaurationsbetriebes. Der Sitz der Schuldnerin befand sich zunächst in C._____. Per 31. Januar 2014 verlegte sie ihren Sitz nach D._____ (act. 6).

2. Mit Urteil vom 10. Dezember 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von:

Fr. 949.75 nebst 5% Zins seit 11. April 2013,

Fr. 2'650.40 nebst 5% Zins seit 25. April 2013,

Fr. 361.30 nebst 5% Zins seit 17. Mai 2013,

Fr. 3'875.45 nebst 5% Zins seit 17. Mai 2013,

Fr. 1'087.85 nebst 5% Zins seit 18. Mai 2013 sowie

aufgelaufenen Kosten und Betreuungskosten von Fr. 239.60 (act. 3).

Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 22. Dezember 2014 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2014 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt. In den Erwägungen dazu wurde darauf hingewiesen, dass die Schuldnerin für die Kosten des Beschwerdeverfahrens bereits einen Vorschuss von Fr. 750.00 bezahlt hatte (act. 11).

4. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-12). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn ein Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

Was die Wahrung der Rechtsmittelfrist betrifft, hat die Präsidentin bereits in der Verfügung vom 23. Dezember 2014 auf Art. 63 SchKG hingewiesen. Nach dieser Bestimmung verlängerte sich die Beschwerdefrist infolge Ablaufs während der Betreibungsferien bis zum dritten Arbeitstag danach, d.h. vorliegend bis zum 7. Januar 2015 (vgl. act. 11 S. 3 mit weiteren Nachweisen).

2. Konkursgründungsgrund:

2.1 Die Schuldnerin hat für die Deckung der Konkursforderung der Beschwerdegegnerin am 19. Dezember 2014 bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 9'887.25 hinterlegt (act. 5/16). Damit hat sie die Konkursforderung, darin eingeschlossen Betreibungskosten und weitere aufgelaufene Kosten sowie Zinsen bis zur Konkursöffnung (Art. 209 Abs. 1 SchKG) sichergestellt.

2.2 Zudem hat die Schuldnerin dem Konkursamt Horgen am 19. Dezember 2014 einen Betrag von Fr. 800.00 für die Sicherstellung seiner Kosten einbezahlt (vgl. act. 5/17; vgl. auch act. 2 S. 10).

Aufgrund der Unsicherheit, ob mit diesem Betrag neben den Kosten des Konkursamts auch diejenigen des erstinstanzlichen Konkursgerichts (Spruchgebühr von Fr. 500.00, act. 3) sichergestellt waren, überwies die Schuldnerin mit Posteinzahlung vom 23. Dezember 2014 (und damit noch während laufender Rechtsmittelfrist) einen weiteren Betrag von Fr. 600.00 als Sicherstellung zuhanden des Konkursamts an die Obergerichtskasse (act. 9, 10).

Damit kann ausnahmsweise (angesichts der beschränkten Erreichbarkeit der Konkursämter um die Festtage) auch ohne konkursamtlichen Beleg davon ausgegangen werden, dass die Kosten des Konkursamts und diejenigen des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt sind (vgl. ZR 112/2013 Nr. 4, wonach die sicherzustellenden Kosten des Konkursamts erfahrungsgemäss nie mehr als Fr. 1'000.00 betragen).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (Hinterlegung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin.

3. Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

3.1 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der die Überzeugung gestattete, die Sachdarstellung des Schuldners sei zutreffend, ist nicht nötig.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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 beste-

henden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Die Schuldnerin reichte einen Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamts Horgen vom 22. Dezember 2014 und einen weiteren Auszug des Beteiligungsamts Rümli-Oberglatt vom 5. Januar 2015 zu den Akten (act. 5/15, 15/1).

3.2.1 In den Beteiligungsregisterauszügen der Schuldnerin ist zum einen die Konkursforderung der Gläubigerin verzeichnet (act. 5/15, 15/1; bei der Beteiligung Nr. ... im Register des Beteiligungsamts Rümli-Oberglatt handelt es sich um dieselbe Beteiligung, welche die Gläubigerin nach dem Sitzwechsel der Schuldnerin in D. _____ fortsetzte, vgl. act. 8/2-4). Diese Forderung hat die Schuldnerin wie gesehen (vorne II./2.) bei der Obergerichtskasse hinterlegt.

Im Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamts Horgen sind keine weiteren Beteiligungen verzeichnet.

3.2.2 Der Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamts Rümli-Oberglatt (vgl. act. 15/1) weist neben der Konkursforderung drei weitere Beteiligungen auf. Bei einer davon handelt es sich um eine frühere Beteiligung der Gläubigerin über einen geringfügig geringeren Forderungsbetrag, gegen welche die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhob (Beteiligung Nr. ..., Beginn 12. Juli 2013). Die Schuldnerin erklärt, es handle sich dabei ebenfalls um die Konkursforderung (act. 14 S. 1). Das ist angesichts des Betrags glaubhaft, zumal die Gläubigerin im Zahlungsbefehl der Beteiligung Nr. ... einen Betrag von Fr. 73.00 für bereits aufgelaufene Beteiligungskosten geltend machte und in der dem Konkursbegehren beigelegten Debitoren-Auflistung dafür eine Position "BA Gebühr Rümli" vom 16. Juli 2013 (wohl für den Zahlungsbefehl) auflistete (act. 8/1).

Die weiteren im Betreibungsregister verzeichneten Forderungen der E._____ (erloschene Beteiligungen, vgl. act. 15/1) hat die Schuldnerin bereits am 29. März 2014 beim Betreibungsamt Horgen getilgt (act. 15/2-3).

3.3 Die Schuldnerin schildert ihre wirtschaftliche Situation wie folgt: Ihr erster Jahresabschluss für das Jahr 2013 sei derzeit noch in Bearbeitung und liege noch nicht vor. Sie habe im Jahr 2013 einen Umsatz von rund Fr. 200'000.00 netto erzielt. Ihre Geschäftsführerin F._____ führe seit Jahren den gut laufenden Gasthof ... in C._____. Mit ihrem Sitzwechsel von C._____ nach D._____ habe sie beabsichtigt, dort ab Anfang 2015 ein Restaurant zu betreiben. Der ... in C._____ werde als Einzelunternehmung weitergeführt. Die für das Restaurant in D._____ vorgesehenen Räumlichkeiten habe die Schuldnerin mit Mietvertrag vom 20. Dezember 2013 von der G._____ AG in ... gemietet. Aktuell seien noch Bauarbeiten im Gange. Bis zur Betriebsaufnahme des Restaurants sei die Schuldnerin inaktiv (act. 2 S. 5 f.).

Der Mietvertrag vom 20. Dezember 2013 sah an sich die Übergabe der Mietsache in vertragsgemäsem Zustand am 1. März 2014 sowie Mietzinszahlungen in gestaffelter Höhe ab dem 1. Mai 2014 vor (act. 5/9 S. 6 ff., S. 11). In einer Nebenvereinbarung vom 20. Dezember 2013 bestimmten die Schuldnerin und die Vermieterin indes, dass die Schuldnerin die zum Grundausbau (und damit zum für den vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand, vgl. act. 5/9 S. 13) gehörende Küche erstelle, wofür die Vermieterin Fr. 300'000.00 zur Verfügung stelle (act. 5/10). Darauf dürfte sich die Erklärung der Schuldnerin beziehen, wonach sich der Mietbeginn aufgrund der derzeit noch durchgeführten Bauarbeiten entsprechend verschiebe (act. 2 S. 5).

Infolge ihrer aktuellen Inaktivität, so die Schuldnerin weiter, habe sie derzeit keine namhaften Kreditoren und Debitoren. Sie bezahle die Rechnungen für die auf sie lautenden Telefonanschlüsse und Motorfahrzeugversicherungen regelmässig und habe auch eine Markenmeldung vorgenommen, die sie bereits bezahlt habe (act. 2 S. 5 f.). Die Schuldnerin reichte als Beleg dafür verschiedene Rechnungen mit Zahlungsquittungen zu den Akten (act. 5/11-12).

Gemäss einem Kontoauszug vom 30. November 2014 verfügte die Schuldnerin an diesem Datum über ein Guthaben bei der PostFinance von Fr. 14'891.61 (act. 5/13). Weiter verfügt die Schuldnerin gemäss ihrer Schilderung und gemäss den eingereichten Unterlagen über zwei Motorfahrzeuge, darunter einen Audi A6, den sie für Fr. 16'000.00 gekauft habe (act. 2 S. 6 f., act. 5/11, 5/14).

3.4 In der besonderen Situation der Schuldnerin mit der bevorstehenden Eröffnung eines neuen Restaurationsbetriebs und Weiterführung ihres bisherigen Betriebs in neuer Rechtsform sind die früheren Umsatzzahlen nicht von entscheidender Bedeutung. Dass die seit 5. Februar 2013 im Handelsregister eingetragene Schuldnerin noch keine Jahresabschlüsse vorlegen konnte, ist zwar ungewöhnlich, schadet in diesem Fall aber nicht.

Wie erfolgreich der neue Betrieb der Schuldnerin sein wird, kann und muss heute nicht beurteilt werden. Massgeblich ist das weitgehend unproblematische Zahlungsverhalten der Schuldnerin, wie es sich aus dem Betreibungsregister und den weiteren eingereichten Zahlungsquittungen ergibt. Zudem verfügt die Schuldnerin über die aufgezeigten flüssigen Mittel, auf welche sie für die Befriedigung allfälliger weiterer Gläubiger zurückgreifen kann. Vor diesem Hintergrund ist nicht von einer dauerhaften Illiquidität der Schuldnerin auszugehen. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Konkursöffnung Folge eines bloss vorübergehenden Liquiditätsengpasses war, bzw. Folge des Umstands, dass die Schuldnerin die Konkursforderung für unberechtigt hält (die Schuldnerin gibt an, die Forderung betreffe Fleischlieferungen der Gläubigerin, deren Qualität ihrer Ansicht nach nicht dem Vereinbarten entsprochen habe, act. 2 S. 4).

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit als glaubhaft zu erachten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachwies als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machte. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über die Schuldnerin am 10. Dezember 2014 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

III.

1. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Schuldnerin hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 9'887.25 (Einzahlung vom 19. Dezember 2014) an die Gläubigerin auszubezahlen und den zuhanden des Konkursamts hinterlegten Betrag von Fr. 600.00 (Einzahlung vom 23. Dezember 2014) an das Konkursamt Horgen zu überweisen.

Das Konkursamt Horgen ist anzuweisen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'700.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 800.00, Überweisung des hinterlegten Betrags von der Obergerichtskasse: Fr. 600.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'300.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

3. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 10. Dezember 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem geleisteten Barvorschuss verrechnet.

3. Die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (bereits aus dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss bezogen) und des Konkursamtes werden ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 9'887.25 (Einzahlung vom 19. Dezember 2014) an die Gläubigerin auszubezahlen und den zuhanden des Konkursamts hinterlegten Betrag von Fr. 600.00 (Einzahlung vom 23. Dezember 2014) an das Konkursamt Horgen zu überweisen.
5. Das Konkursamt Horgen wird angewiesen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'700.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 800.00, Überweisung des hinterlegten Betrags von der Obergerichtskasse: Fr. 600.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'300.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen und das Konkursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
7. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
26. Januar 2015