

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 17. Februar 2016

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ Treuhand AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Januar 2016 (EK152195)

Erwägungen:

1. Am 14. Januar 2016 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 1'689.10 nebst Zins zu 5% seit 26. September 2014 zuzüglich Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 2, act. 5/2-19).

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 sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Noch vor der Konkursöffnung am 6. Januar 2016 bezahlte die Schuldnerin Fr. 1'689.10 an die Gläubigerin (act. 5/15). Da sie aber weder die Zinsen von Fr. 109.90 und die Betreuungskosten von Fr. 176.60 (total Fr. 286.50) noch die in der Vorladung zur Konkursverhandlung verlangten Gerichtskosten von Fr. 200.-- geleistet hatte, eröffnete die Vorinstanz den Konkurs zu Recht (handschriftlicher Vermerk auf act. 7, act. 7/5). Die Schuldnerin macht nunmehr geltend, die Zinsen und noch offenen Kosten zuzüglich Fr. 20.-- Gebühren am 25. Januar 2016 und damit noch innert der Beschwerdefrist beglichen zu haben (act. 2 S. 8). Dem dazu eingereichten Kontoauszug lässt sich zwar eine am 25. Januar 2016 erfolgte Vergütung von Fr. 330.90 entnehmen, indes ist nicht erkennbar, an wen

sie ausgerichtet wurde (act. 5/7). Allein mit dieser Zahlung ist somit die Tilgung der Zinsen und sonstigen Kosten nicht hinreichend belegt. Allerdings überwies die Schuldnerin ebenfalls innert der Rechtsmittelfrist Fr. 7'120.45 zur Schuldentilgung an das Betreibungsamt. Zuzugabe der Konkursöffnung konnte dieser Betrag nicht mehr zugunsten laufender Betreibungen berücksichtigt werden und wurde dem Konkursamt weitergeleitet (act. 2 S. 6, act. 5/7 und 5/9). Da die Zahlung ans Betreibungsamt die Forderung unmittelbar tilgt (Art. 12 SchKG) und der nunmehr beim Konkursamt liegende Betrag die noch offenen Zinsen und Betreibungskosten bei weitem übersteigt, ist von der Tilgung der Konkursforderung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG auszugehen. Zudem stellte die Schuldnerin innert Frist die Kosten des Konkursamtes sicher und leistete den Barvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren, weshalb der Beschwerde mit Verfügung vom 26. Januar 2016 die aufschiebende Wirkung erteilt wurde (act. 5/18-19, act. 9).

4. Nebst einem Konkursverhinderungsgrund 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 Betreibungen 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 Betreibungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Zürich 8 wurden seit dem

23. Januar 2015 bis zum 18. Januar 2016 17 Betreibungen eingeleitet, wovon fünf durch Zahlung erledigt sind (act. 5/10). Der Umstand, dass in fünf Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betreibung Nr. 1 inzwischen beglichen. Gemäss Register sowie dem zusätzlichen Auszug über die offenen Betreibungen, welcher auch die Zinsen und Kosten berücksichtigt (act. 5/16), sind somit per 4. Februar 2016 noch 11 Betreibungen von total Fr. 53'528.75 offen. Im Beschwerdeverfahren belegt die Schuldnerin die Bezahlung – exkl. Zinsen und Kosten – der Betreibungen Nr. 2, 3, 4 und 5 (act. 5/11, 5/14, 5/13, 5/12, act. 5/16). Die restlichen sieben Betreibungen Nr. 6, 7, 8, 9, 10, 11 sowie Nr. 12 werden von der Schuldnerin anerkannt. Sie erklärt, diese Forderungen könnten mit den monatlichen Einnahmen, den liquiden Mitteln sowie den beim Konkursamt hinterlegten Fr. 7'120.45 in absehbarer Zeit beglichen werden (act. 2 S. 8ff.). (Teil-)Zahlungen wurden hier anerkanntermassen noch keine geleistet. In der Betreibung Nr. 12 für Fr. 29'598.60 (ohne Zinsen und Kosten) der Sammelstiftung C. _____ verweist die Schuldnerin überdies auf eine Abzahlungsvereinbarung mit 12 Raten, welche nach Aufhebung des Konkurses abgeschlossen werden soll (act. 5/17). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von mindestens rund Fr. 47'400.--.

b) Die Schuldnerin betreibt ein Lebensmittelgeschäft für italienische Spezialitäten mit angrenzendem Bistro (act. 5/2, act. 2 S. 4). Dass sie keinen Jahres- oder Zwischenabschluss einreichte, da sich dieser beim derzeit ferienabwesenden Buchhalter befinde, erschwert die Liquiditätsprüfung (act. 2 S. 5). Gemäss der Kreditorenliste vom 25. Januar 2016 hat die Schuldnerin Verpflichtungen von Fr. 1'813.15 (act. 5/4). Offen bleibt, ob noch Mehrwertsteuerschulden oder dergleichen ausstehen. Konkrete Anhaltspunkte für weitere nennenswerte Ausstände ergeben sich indes nicht aus den Akten, insbesondere wurden in den letzten Jahren keine entsprechenden Betreibungen angehoben. Somit hat die Schuldnerin offene Verbindlichkeiten von mindestens ca. Fr. 49'200.--. Demgegenüber sind nach ihren Angaben keine Debitoren vorhanden (act. 2 S. 5). Sie nennt Barmittel in Höhe von rund Fr. 8'000.-- (act. 5/8). Es gibt keinen Grund, dies anzuzweifeln. Des Weiteren verweist sie auf die beim Konkursamt liegenden Fr. 7'120.45, wel-

che zur Schuldentilgung herangezogen werden könnten (act. 2 S. 6). Wie erwogen sind hiervon allerdings die Zinsen und Kosten der Konkursforderung zuzüglich Fr. 20.-- Gebühr, total Fr. 306.50 in Abzug zu bringen. Das Geschäftskonto wies per 25. Januar 2016 einen Saldo von Fr. 363.44 aus (act. 5/7). Demnach liegen flüssige Mittel von rund Fr. 15'000.-- vor. Weitere namhafte Vermögenswerte scheinen nicht vorhanden. Die Barwerte decken die Verbindlichkeiten somit keineswegs. Festzuhalten ist, dass der Schuldnerin für Fr. 30'000.-- der ungedeckten Fr. 35'000.-- ein Abzahlungsvertrag in Aussicht gestellt wurde.

Die Schuldnerin erklärt, nebst den liquiden Mitteln könnten die laufenden Einnahmen zur Begleichung der Schulden eingesetzt werden (act. 2 S.10f.). Im Jahr 2015 erzielte sie einen Umsatz von Fr. 382'421.90, wobei Fr. 207'012.75 auf das Lebensmittelgeschäft und Fr. 175'355.35 auf das Bistro entfielen (act. 5/5). Dies deckt sich mit der Mehrwertsteuerabrechnung 2014, wonach der Umsatz von Juli bis September 2014 bei Fr. 92'735.80 (inkl. MwSt.) lag (act. 5/6). Somit resultierte ein durchschnittlicher monatlicher Umsatz von rund Fr. 31'000.--. Der Mietzins beträgt (reduziert) Fr. 2'000.--/Monat (act. 2 S. 4f., act. 5/3). Externe Angestellte hat die Schuldnerin nicht. Es handelt sich um einen Familienbetrieb, in welchem nebst dem Geschäftsführer D._____ seine Ehefrau teilzeitlich mitarbeitet. Löhne würden in dem Masse ausbezahlt, wie es der Gewinn erlaube (act. 2 S. 5). Im Übrigen macht die Schuldnerin keinerlei Angaben zur Kostenseite bzw. zum Gewinn. Aufschluss darüber gibt indes die in der Mehrwertsteuerabrechnung enthaltene "Verprobungsliste". Danach fielen 2014 monatliche Kosten von rund Fr. 23'000.-- an für Wareneinkauf, Miete, Reinigung, Geschäftseinrichtung, Leasing, Unterhalt, Strom, Wasser etc. (act. 5/6 S. 83). Bei ungefähr gleichbleibenden Verhältnissen und ungeachtet möglicher saisonaler Schwankungen steht somit für den Abbau der Schulden sowie die Auszahlung eines Lohnes an den Geschäftsführer und seine Ehefrau ein monatlicher Gewinn von immerhin Fr. 8'000.-- zur Verfügung. Geht man davon aus, dass die Schuldnerin nicht nur die Forderung der Sammelstiftung C._____, sondern sämtliche offenen, ungedeckten Verbindlichkeiten von total Fr. 35'000.-- innerhalb eines Jahres abzutragen hat, sind hierfür monatlich etwas über Fr. 2'900.-- aufzuwenden. Dem Geschäftsführerehepaar verbleiben demzufolge rund Fr. 5'000.--, was zur Bestreitung des Lebensunter-

halts genügen sollte. Unter diesen Umständen ist auch ohne aktuelle Angaben zum Gewinn davon auszugehen, die Schuldnerin könne in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachkommen und ihre Altlasten innert 12 Monaten bereinigen, zumal die Sammelstiftung C._____ als Hauptgläubigerin mit der Abzahlungsvereinbarung grosszügiges Entgegenkommen zeigt. Das Bistro scheint ferner auch für Anlässe gefragt zu sein, erhielt es doch für Januar und Februar 2016 mindestens drei grössere Aufträge (act. 2 S. 5f.). Zugunsten der Schuldnerin ist schliesslich zu berücksichtigen, dass sie mit Blick auf das Konkursverfahrens mit der Konkursforderung sowie den hinterlegten Fr. 7'120.45 immerhin knapp Fr. 9'000.-- aufbrachte.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich derzeit 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. Diese darf aber nicht davon ausgehen, dies werde in einem künftigen Beschwerdeverfahren wiederum der Fall sein. Eine erneute Konkursöffnung wäre ein kaum mehr zu widerlegender Hinweis auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten.

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 Zürich vom 14. Januar 2016, 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. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und auch der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- 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.

Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird ferner angewiesen, von dem ihm vom Betreibungsamt Zürich 8 überwiesenen Betrag von Fr. 7'120.45 der Gläubigerin Fr. 306.50 (Zinsen und Kosten der Konkursforderung zuzüglich Gebühr von Fr. 20.--) und der Schuldnerin den Restbetrag auszusahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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. S. Bohli Roth

versandt am:
18. Februar 2016