

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 3. Mai 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 5. April 2016 (EK160106)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach eröffnete mit Urteil vom 5. April 2016 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7a+b). Mit Beschwerde vom 18. April 2016 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 19. April 2016 entsprochen (act. 9). Ferner leistete die Beschwerdeführerin mit Zahlung vom 18. April 2016 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/23).
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 einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
3. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer mit der Beschwerde Zahlungsbelege eingereicht, aus welchen ersichtlich ist, dass sie der Beschwerdegegnerin am 24. März 2016 (vor Konkursöffnung) Fr. 4'023.-- und am 16. April 2016 weitere Fr. 374.30 für die Zinsen und Betreuungskosten überwiesen hat (act. 5/19-20). Zudem hat sie eine Bestätigung des Konkursamtes Bülach vom 15. April 2016 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 700.-- geleistet hat (act. 5/22). Damit hat die Beschwerdeführerin den

Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Bülach (act. 5/14) weist für die Zeit vom 26. November 2014 bis zum 7. April 2016 keine Verlustscheine, aber 16 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 52'130.35 aus, wovon sechs Betreibungen über Fr. 5'904.60 durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden sind (Betreibungen Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6). Demnach bestehen abzüglich der Konkursforderung (im Registerauszug mit

Fr. 4'083.-- vermerkt, Betreuung Nr. 7) derzeit noch neun offene Betreibungen im Betrag von Fr. 42'142.75. Dabei handelt es sich um fünf Betreibungen im Betrag von Fr. 27'154.80, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde (Betreibungen Nrn. 8, 9, 10, 11 und 12), um eine Betreuung im Betrag von Fr. 728.05, bei welcher die Fortsetzung eingeleitet wurde (Betreuung Nr. 13), und um drei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 14'259.90, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde (Betreibungen Nrn. 14, 15 und 16).

4.3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Betrieb eines Gartenbaugeschäftes sowie die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen der professionellen Hauswartung, Unterhalts- und Gebäudereinigung (act. 6). Einziger Gesellschafter ist der Geschäftsführer. Nebst diesem beschäftigt die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben keine weiteren fest angestellten Mitarbeiter. Zur Schuldensituation führt die Beschwerdeführerin aus, sie verfüge über keine Kreditorenliste. Es bestünden auch keine weiteren Ausstände als diejenigen auf dem Betreibungsregisterauszug. Sie habe noch nie Rechtsvorschlag erhoben und bezahle ihre Rechnungen, wenn auch mit Verspätung (act. 2 S. 4 f.). Drei der auf dem Betreibungsregisterauszug als offen vermerkten Forderungen (inkl. Konkursforderung) seien bereits bezahlt, in weiteren drei Betreibungen seien bereits Teilzahlungen geleistet worden und es bestünden mit vier Gläubigerinnen Abzahlungsvereinbarungen. Den Ausstand von rund Fr. 25'000.-- könne sie mittels Ratenzahlungen, dem Kontoguthaben und über laufende Aufträge decken (act. 2 S. 7 ff.). Sie verfüge aktuell über zwei Debitorenforderung in Höhe von Fr. 14'901.20 und Fr. 9'843.40 (act. 2 S. 5).

4.4. Die Beschwerdeführerin reicht hierzu eine Reihe von Belegen ein. Damit vermag sie die Tilgung von zwei, im Betreibungsregisterauszug noch als laufende Betreibungen aufgeführte Forderungen im Betrag von Fr. 3'476.-- und Fr. 4'775.-- (Betreibungen Nrn. 8 und 14) glaubhaft zu machen (act. 5/15 und act. 5/18). Ebenfalls belegt die Beschwerdeführerin eine Abzahlungsvereinbarung in der Betreuung Nr. 9, wonach sie vier Raten à Fr. 1'000.-- und eine letzte Rate à Fr. 550.50 zahlen muss, erstmals Ende Februar 2016 (act. 5/16). Zugunsten der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass sie die Raten von Februar und

März 2016 bereits bezahlt hat und heute noch Fr. 2'550.50 offen sind. Demgegenüber werden die Abzahlungsvereinbarung sowie Teilzahlungen in der Betreuung Nr. 10 über Fr. 4'993.95 lediglich behauptet, weshalb hier nicht darauf abgestellt werden kann. Auch nicht glaubhaft gemacht ist der Abzahlungsvertrag in der Betreuung Nr. 11 über Fr. 9'146.20, zumal der hierzu eingereichte Beleg lediglich ein Begleitschreiben für Einzahlungsscheine ist und vom 21. Mai 2015 datiert (act. 5/17), die Betreuung jedoch erst rund einen Monat später am 15. Juni 2015 eingeleitet wurde. Allerdings belegt die Beschwerdeführerin gleichzeitig eine Zahlung an die entsprechende Gläubigerin vom 26. Januar 2016 über Fr. 500.-- (act. 5/17), welche zu berücksichtigen ist. Im Weiteren ist zwar glaubhaft gemacht, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Gläubigerin in der Betreuung Nr. 12 eine Abzahlungsvereinbarung mit monatlichen Raten à Fr. 500.-- betreffend eine Schuld in Höhe von Fr. 8'748.30 bestanden hat (act. 5/21). Da diese Vereinbarung vom 1. Juni 2015 datiert und die Betreuung über Fr. 5'284.20 erst im Februar 2016 eingeleitet wurde, ist jedoch davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin diese Abzahlungsvereinbarung nicht eingehalten hat und diese dahin gefallen ist.

4.5. Somit bestehen derzeit gegen die Beschwerdeführerin in Betreuung gesetzte, offene Forderungen in Höhe von rund Fr. 30'000.--. Davon sind Fr. 2'550.50 (Betreuung Nr. 9 im Stadium der Konkursandrohung) auf Grund der Abzahlungsvereinbarung vom 16. Februar 2016 allerdings nicht sofort fällig (vgl. act. 5/16). Darüber hinaus sind entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin weitere Kreditoren wahrscheinlich, zumal die Beschwerdeführerin kein reines Dienstleistungsunternehmen führt und daher (zumindest für die Tätigkeit im Gartenbau) auch regelmässig Ausgaben für Material anfallen dürften. Den eingereichten Auszügen des auf die Beschwerdeführerin lautenden Firmenkontos bei der Zürcher Kantonalbank für die Monate Januar bis März 2016 kann indes entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin regelmässige Bargeldbezüge tätigt (act. 5/9). Überweisungen an einen möglichen Kreditor sind hingegen nicht vorhanden. Daraus kann zu Gunsten der Beschwerdeführerin geschlossen werden, dass sie das notwendige Material bar bezahlt. Aus diesem Grund ist vorliegend unter dem As-

pekt der Glaubhaftmachung von den bereits festgestellten Schulden in Höhe von rund Fr. 30'000.-- auszugehen.

4.6. Diesen Schulden stehen gemäss Auszug des Firmenkontos bei der Zürcher Kantonalbank per 18. April 2016 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 12'514.22 gegenüber (act. 5/10). Hinzu kommt gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin eine Debitorenforderung über Fr. 14'901.20 (act. 5/7), wobei es sich bei der Gläubigerin um eine grosse schweizerische Versicherungsgesellschaft handelt. Auf Grund dessen erscheint die Solvenz und gute Zahlungsmoral der Gläubigerin wahrscheinlich. Die Rechnung datiert ferner vom 24. März 2016, weshalb unter Berücksichtigung der üblichen Zahlungsfrist von längstens 30 Tagen davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführerin der Rechnungsbetrag jedenfalls heute zur Schuldentilgung zur Verfügung stehen dürfte. Ausgehend davon, dass der Saldo des Firmenkontos per 31. März 2016 jedoch nur Fr. 1'044.12 und per 18. April 2016 Fr. 12'514.22 betragen hat, ist fraglich, ob die genannte Zahlung nicht bereits getätigt wurde und in diesem Betrag enthalten ist. Dafür bestehen aber keine weiteren Anhaltspunkte, weshalb der Rechnungsbetrag einstweilen zum letzten belegten Saldo hinzuzurechnen ist. Demnach verfügt die Beschwerdeführerin über finanzielle Mittel in Höhe von Fr. 27'415.42, womit sie zwar nicht alle ausgewiesenen, aber immerhin die sofort fälligen Schulden gerade zu tilgen vermag. Die restlichen Schulden wird die Beschwerdeführerin sodann mit der weiteren Debitorenforderung in Höhe von Fr. 9'843.40 gemäss Offerte vom 5. Dezember 2015 ("Auftrag ohne Beton", act. 5/8) decken können.

4.7. Darüber hinaus kann dem eingereichten Jahresabschluss und der Steuererklärung 2015 sowie dem Einschätzungsentscheid des Kantonalen Steueramtes für die Steuerperiode 2014 (act. 5/11-13) entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2014 bei einem Umsatz von rund Fr. 230'000.-- einen Gewinn von Fr. 4'472.05 und im Jahr 2015 bei einem Umsatz von knapp Fr. 200'000.-- einen Gewinn von Fr. 2'436.51 erzielen konnte (act. 5/11). Gestützt auf die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in den vergangenen Jahren – wenn auch verhältnismässig geringe – Gewinne erwirtschaften konnte, erscheint

glaubhaft, dass sie mit den laufenden Einnahmen auch die kurzfristig anfallenden Verbindlichkeiten decken kann.

4.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit den vorhandenen Mitteln die offenen Forderungen bezahlen kann. Eine Reserve verbleibt zwar kaum, angesichts der Jahresrechnungen in den vergangenen Jahren, ist jedoch anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin auch die laufenden Kosten decken können. Insgesamt ist die Zahlungsfähigkeit folglich gerade noch glaubhaft. Die Beschwerdeführerin muss sich aber klar sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

5. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der über die Beschwerdeführerin am 5. April 2016 eröffnete Konkurs wird aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene Gebühr des Konkursgerichts von Fr. 200.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt Bülach wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'300.-- (Fr. 1'600.-- vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 700.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bülach, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bülach, 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. K. Houweling-Wili

versandt am:
3. Mai 2016