

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160099-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 13. Juni 2016

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 Zürich vom 18. Mai 2016 (EK160689)

Erwägungen:

1.

Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem 7. Januar 2010 im Handelsregister eingetragen und bezweckt in erster Linie die Herstellung, Reparatur und den Handel von Prothesen, Orthesen und Schuheinlagen sowie orthopädisch verwandten Produkten. Sie erbringt dazu Beratungen und Dienstleistungen im Orthopädiektor (act. 5/2 und act. 8). Mit Urteil vom 18. Mai 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 6 = act. 7/11; nachfolgend zitiert als act. 6). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 30. Mai 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2 i.V.m. act. 7/14). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 31. Mai 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 10). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hatte (act. 5/12 und act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'021.70 sowie Betreuungskosten von Fr. 172.60 (act. 6; act. 7/3/2). Die Schuldnerin belegt mittels einer Einzahlungsbestätigung der Post vom 27. Mai 2016, dass sie nach der Konkursöffnung der Gläubigerin einen Betrag von Fr. 1'171.70 überwiesen hat (act. 5/12). Zu den Betreuungskosten führt die Schuldnerin aus, diese seien im vorinstanzlichen Urteil ziffernmässig nicht aufgeführt; sie schätze diese daher auf rund Fr. 150.– (act. 2 Rz. 23). Die Konkursforderung beträgt samt Betreuungskosten insgesamt aber Fr. 1'194.30 und ist durch die Zahlung der Schuldnerin somit im Betrag von Fr. 22.60 noch nicht getilgt. Für die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung hat die Schuldnerin beim Konkursamt Oerlikon-Zürich einen Betrag von Fr. 1'500.– einbezahlt (act. 5/15). Da erfahrungsgemäss die sicherzustellenden Kosten des Konkursamts nicht mehr als Fr. 1'000.– betragen (vgl. ZR 112/2013 Nr. 4) und die Vorinstanz ihre Entscheidgebühr auf Fr. 400.– festgesetzt hat, ist der Differenzbetrag von Fr. 22.60 ausnahmsweise als sichergestellt zu betrachten. Damit ist der Konkurs hinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung erfüllt.

2.3. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 E. 2.3).

Die Schuldnerin reicht keine aktuelle Bilanz, sondern nur diejenige per 31. Dezember 2014 ein (act. 5/10). Dazu bringt sie vor, der Jahresabschluss 2015 sei noch nicht fertiggestellt, weil sie immer noch Buchungen vornehmen müsse und sie die Bilanz 2015 ohnehin erst mit der Steuererklärung Ende September 2016 einzureichen habe (act. 2 Rz 17). Eine aktuelle Zwischenbilanz oder der Geschäftsabschluss 2015 fehlen somit. Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann daher im Wesentlichen nur auf den Betreibungsregisterauszug, die Kreditoren- und Debitorenlisten sowie die Bankkontoauszüge abgestellt werden.

Der eingereichte Betreibungsregisterauszug vom 20. Mai 2016 umfasst den Zeitraum vom 23. September 2011 bis 7. Dezember 2015 (act. 5/11). Dieser weist insgesamt vier Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 6'138.30 aus. Eine Betreibung über Fr. 3'550.40 ist durch Zahlung an das Betreibungsamt (Betreibung Nr. 1; Code 105) und eine Betreibung über Fr. 207.35 ist durch volle Befriedigung erledigt (Betreibung Nr. 2; Code 302). Abzüglich der vorliegenden Konkursforderung von Fr. 1'021.70 ist noch eine Betreibung von Fr. 1'358.85 offen. In dieser Betreibung (Betreibung Nr. 3) wurde Rechtsvorschlag erhoben. Der Kreditorenliste mit Stichtag 30. Mai 2016 lassen sich weitere Ausstände von rund Fr. 3'829.25 entnehmen (act. 2 Rz 13 und act. 5/8), wobei diesbezüglich etwas merkwürdig anmutet, dass im Jahr 2014 die Kreditoren noch Fr. 66'862.85 betragen haben (vgl. Bilanz act. 5/10 S. 2). Sodann weist die Bilanz 2014 auf der Passivseite die Position "KK C._____" auf. Es handelt sich dabei um kurzfristiges Fremdkapital in Höhe von Fr. 127'361.55 (act. 5/10 S. 2). Da C._____ der Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin ist, dürfte diese Verbindlichkeit – sofern sie noch besteht – nicht kurzfristig zurückzuzahlen sein, weshalb sie vorliegend ausser Acht gelassen werden kann. Gemäss Debitorenliste vom 23. Mai 2016 bestehen sodann offene Forderungen gegenüber Dritten in Höhe von Fr. 327'146.30. Die Schuldnerin führt dazu aus, dass die Debitorenausstände den Zeitraum 2011 bis 2016 betreffen und teilweise verjährt oder schwer einbringlich sein dürften (act. 2 Rz 12 und act. 5/7). Diese Summe ist deshalb nicht besonders aussagekräftig. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass die im Jahr 2016 fällig gewordenen Forderungen rund 95'000.– betragen. Den eingereichten Auszügen des Geschäftskon-

tos bei der ZKB für den Zeitraum Januar 2016 bis Mai 2016 ist sodann zu entnehmen, dass der Saldo – wie die Schuldnerin ausführt – nie unter Fr. 50'000.– gefallen ist (act. 2 Rz. 14 und act. 5/6), was insofern auch durch die Bilanz 2014 bestätigt wird (act. 5/10 S. 1). Ob die Schuldnerin nach wie vor über das in der Bilanz 2014 aufgeführte Konto bei der Postfinance verfügt, das einen Saldo von rund Fr. 40'000.– aufwies, ist mangels Angaben unklar.

Den erwähnten Schulden stehen damit Aktiven in der Höhe von rund Fr. 145'000.– gegenüber (Debitoren 2016 rund Fr. 95'000.– plus Geschäftskonto von mindestens Fr. 50'000.–). Dies ergibt selbst unter Berücksichtigung eines Kreditorenbetrages in der Höhe von rund Fr. 60'000.– noch einen Aktivenüberschuss. Jedenfalls vermag die Schuldnerin die von ihr vorgebrachten Schulden zu tilgen und ist sie in der Lage für den monatlichen Mietzins von Fr. 3'509.– (act. 2 Rz 9) sowie den monatlichen Lohnaufwand von derzeit Fr. 2'534.25 aufzukommen. Zwar ist für die Aufhebung der Konkursöffnung nicht primär entscheidend, wie hoch die offenen Forderungen bzw. Schulden sind, sondern wie liquid eine Unternehmung als solche ist. Dies lässt sich anhand der Kennzahlen der Bilanz ermitteln. Die Schuldnerin reichte allerdings – wie bereits erwähnt – keine aktuelle Bilanz ein, weshalb die Kennzahlen basierend auf der Bilanz per 31. Dezember 2014 für die gegenwärtige finanzielle Lage der Schuldnerin nicht aussagekräftig sind. Aktuell sind keine grossen Beträge in Betreuung gesetzt und fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin mit grossen Beträgen überhaupt im Rückstand sein könnte. Gemäss Betreibungsregisterauszug war das bislang nicht der Fall. Die geringe Anzahl Betreibungen rechtfertigt daher die Annahme, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin vorübergehender Art sind bzw. waren. Vor dem Hintergrund, dass die Schuldnerin die gegenwärtig offenen Forderungen zu tilgen vermag und Debitoren- sowie Kontoguthaben vorhanden sind, erscheint die Möglichkeit, die aktuell dringendsten Verpflichtungen jeweils begleichen zu können, als gegeben. Alles in allem ist die Zahlungsfähigkeit folglich noch glaubhaft. Sollte es fernerhin wegen eines geringen Betrages zu einer erneuten Konkursöffnung kommen, wäre das allerdings nicht mehr so leicht anzunehmen.

3.

Trotz Gutheissung der Beschwerde sind die Kosten der Vorinstanz sowie des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren verursacht hat (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. Mai 2016, 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'822.60 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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. O. Canal

versandt am:
13. Juni 2016