

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160104-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 23. Juni 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____

gegen

C._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 27. Mai 2016 (EK160153)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 28. September 2005 als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt den Handel mit Waren aller Art, insbesondere mit Uhren und Bijouterieartikeln (act. 6).

2. Mit Urteil vom 27. Mai 2016 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin C._____ AG und Beschwerdegegnerin (fortan auch schlicht Gläubigerin) von Fr. 7'833.30 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 8/5 = act. 3 = act. 7). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 30. Mai 2016 zugestellt (act. 8/6).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 6. Mai 2016 (recte 6. Juni 2016, Datum Poststempel: 6. Juni 2016, beim Obergericht eingegangen am 7. Juni 2016) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte sinngemäss gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 S. 1 f.).

4. Der Stellvertreter der Kammerpräsidentin verweigerte der Beschwerde mit Verfügung vom 7. Juni 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung. In den Erwägungen dazu wurde die Schuldnerin auf die praxisgemässen Anforderungen hingewiesen sowie auf die Möglichkeit, die Beschwerde vor Fristablauf entsprechend zu ergänzen (act. 9).

5. Am 9. Juni 2016 (Datum Poststempel) und damit noch in Wahrung der Beschwerdefrist reichte die Schuldnerin weitere Unterlagen zu den Akten (act. 12, act. 13, act. 14/1-3).

6. Mit Verfügung vom 10. Juni 2016 wurde der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung vom 27. Mai 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 15).

7. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-6). Die Schuldnerin hat für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 5/3; vgl. act. 9 S. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe *Tilgung*, *Hinterlegung* oder *Gläubigerverzicht*. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat der Schuldner zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (vgl. BGE 136 III 294).

2. Die Gläubigerin verzichtete mit Schreiben vom 9. Juni 2016 auf die Durchführung des Konkursverfahrens (act. 12). Die Schuldnerin reichte dieses Schreiben noch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu den Akten (vgl. act. 13 S. 1).

Damit hat die Schuldnerin den Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts urkundlich nachgewiesen. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin:

3. Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26).

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 bestehenden 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 illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Beteiligungsregisterauszug der Schuldnerin vom 2. Juni 2016 über die Zeit seit 28. Mai 2013 weist neben der Konkursforderung der Gläubigerin 24 offene Beteiligungen über total Fr. 47'719.10 auf (grösstenteils geht es um öffentlich-rechtliche Abgabeforderungen, Sozialversicherungsabgaben und Ansprüche von Versicherungen). Dazu kommen eine durch Rechtsvorschlag gestoppte Beteiligung über Fr. 10'245.00, sechs erloschene Beteiligungen über einen Totalbetrag von Fr. 29'200.10 sowie verschiedene durch Tilgung erledigte Beteiligungen (vgl. art. 5/12). Aus dem Beteiligungsregister ergibt sich somit ein verhältnismässig düsteres Bild, das eher für dauernde Liquiditätsprobleme als für einen vorübergehenden Zahlungseingpass spricht. Immerhin spricht aber die Erledigung etlicher Beteiligungen durch Bezahlung auch dafür, dass die Schuldnerin sich um die Behebung ihrer Liquiditätsprobleme bemüht.

3.2 Die Schuldnerin brachte zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen weiter vor, sie habe im vergangenen Jahr beim Bezirksgericht Winterthur einen Antrag auf Nachlassstundung gestellt und habe vor der angesetzten Verhandlung auf der Basis eines Sanierungskonzepts mit sämtlichen Gläubigern eine aussergerichtli-

che Stundung vereinbart. Auch die AHV und die Mehrwertsteuer hätten der Schuldnerin die Möglichkeit eingeräumt, die Abzahlungsraten direkt mit dem Pfändungsbeamten von Winterthur zu bestimmen, und auch die Gläubigerin C._____ AG habe die Stundung akzeptiert.

Allerdings habe die letztgenannte Gläubigerin dann doch das vorliegende Konkursbegehren gestellt. Auf dieses hin habe die Schuldnerin eine Abschlagszahlung von Fr. 3'900.00 an die Gläubigerin geleistet, und die Parteien hätten vereinbart, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren zurückziehe, wenn sie die Restzahlung bis am 10. Mai 2016 (recte 10. Juni 2016) erhalte (vgl. act. 2 S. 1 sowie act. 5/6, 5/8).

3.3 Aus den eingereichten Unterlagen und den Schilderungen der Schuldnerin zu ihrem Sanierungskonzept ergibt sich, dass die Schuldnerin bis 2015 neben einem kostenneutral geführten Online-Shop Ladengeschäfte an den zwei Standorten Winterthur und Basel betrieb. Der Laden in Winterthur soll einen kleinen Gewinn erwirtschaftet haben, mit welchem der Inhaber seinen Unterhalt und den seiner Familie bestreite. Der Laden in Basel hat dagegen nach der Schilderung der Schuldnerin monatlich Verluste um Fr. 9'000.00 erwirtschaftet, weshalb die Schuldnerin nach Alternativen suchte und am 2. Mai 2016 als Lizenzgeberin einen Lizenzvertrag mit der D._____ (Lizenznehmerin) abschloss. Die Lizenznehmerin vertreibt danach im von ihr gemieteten Ladenlokal in Basel nach einem sog. "shop in shop-Konzept" die Produkte der Schuldnerin, und die Schuldnerin erhält dafür eine Umsatzbeteiligung von 8%, die wöchentlich ausbezahlt wird. Offenbar plant die Schuldnerin den Abschluss weiterer solcher Lizenzverträge. Die Schuldnerin führt nach diesem Konzept selber keine Ladengeschäfte mehr, weshalb ihr keine entsprechenden Kosten mehr anfallen (das nach Angabe der Schuldnerin rentable Geschäft in Winterthur betreibt die Schuldnerin aber nach ihren Ausführungen noch). Durch die Umsatzbeteiligungen erwartet die Schuldnerin, so ihre Schilderung, inskünftig monatliche Erträge von Fr. 4'000.00 bis Fr. 8'000.00, welche für die Tilgung der offenen Schulden zur Verfügung stehen sollen (act. 13 S. 2, act. 5/4-5, 5/9-10; vgl. auch act. 11 und act. 2 S. 2).

3.4 Gemäss den eingereichten Unterlagen erzielte die Schuldnerin die folgenden Stundungsvereinbarungen mit ihren Gläubigern (vgl. act. 14/1-2):

3.4.1 Die Gläubigerin C._____ AG, welche das Konkursbegehren stellte, stimmte der Stundung nach der Schilderung der Schuldnerin bereits 2015 zu. Belege für eine entsprechende Vereinbarung wurden aber erst für die Zeit nach der Konkurseröffnung eingereicht (vgl. act. 5/6).

3.4.2 Die E._____ in Basel (Gläubigerin der erwähnten mit Rechtsvorschlag gestoppten Forderung über Fr. 10'245.00, act. 5/12), die gegen die Schuldnerin ursprünglich eine Forderung von Fr. 19'893.40 geltend machte (die Schuldnerin leistete am 3. Mai 2012 eine Teilzahlung von Fr. 9'648.40), stimmte der aussergerichtlichen Stundung am 4. November 2015 zu und zog gleichentags das beim Friedensrichteramt Winterthur gestellte Schlichtungsgesuch gegen die Schuldnerin zurück.

3.4.3 Die F._____ GmbH (keine betriebene Forderung) erklärte sich am 15. Oktober 2015 mit der Stundung ihrer Forderung über Fr. 4'540.75 bis 31. Januar 2016 einverstanden.

3.4.4 Die Firma G._____ (keine betriebene Forderung) stimmte der Stundung ihrer Forderung über Fr. 540.00 am 17. September 2015 zu.

3.4.5 Die H._____ group (keine betriebene Forderung) stimmte der Stundung ihrer Forderung über Fr. 3'134.20. am 8. September 2015 zu.

3.4.6 Die I._____ AG (keine betriebene Forderung) stimmte der Stundung ihrer Forderung über Fr. 547.05 am 11. September 2015 zu.

3.4.7 Die Sozialversicherungsanstalt Zürich erklärte sich am 22. September 2015 mit der Tilgung ihrer in Betreuung gesetzten Forderung über Fr. 6'102.40 für das Jahr 2015 in 10 Raten und mit der Stundung der Forderungen aus dem Jahr 2014 einverstanden. Insgesamt enthält der Betreibungsregisterauszug 17 Betreibungen der Sozialversicherungsanstalt gegen die Schuldnerin. Die neueste davon datiert vom 27. Mai 2016 (vgl. act. 5/12).

3.4.8 Die Schuldnerin spricht in ihren Eingaben von weiteren Stundungen. Insbesondere habe auch die Mehrwertsteuer als Gläubigerin der Absprache über Ratenzahlungen mit dem Betreibungsamt zugestimmt, und es würden durch das Sanierungskonzept sämtliche Gläubiger zu 100% befriedigt (act. 2 S. 1, act. 13 S. 2). Dafür fehlt es aber (über die vorstehend erwähnten Gläubiger hinaus) an Belegen.

3.5 Die Beurteilung der wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin ist schwierig, weil die Schuldnerin (trotz entsprechendem Hinweis, vgl. act. 9) weder Jahres- oder Zwischenabschlüsse noch Nachweise flüssiger Mittel oder Debitorenlisten einreichte. Aufgrund des erwähnten Betreibungsregisterauszugs ist an sich von einer sehr angespannten finanziellen Lage der Schuldnerin auszugehen.

Zugunsten der Schuldnerin fällt aber ins Gewicht, dass sie mit einer Vielzahl von Gläubigern Stundungsvereinbarungen abschloss, insbesondere auch mit der Sozialversicherungsanstalt Zürich, die einen grossen Teil der offenen Betreibungen eingeleitet hat. Auch hat die Schuldnerin sich vom nach ihrer Angabe defizitären eigenen Ladengeschäft in Basel getrennt und hat erhebliche Bemühungen getätigt, um ihr Geschäft mit dem erwähnten Konzept über Lizenznehmer kostengünstiger zu betreiben. Vor diesem Hintergrund besteht doch begründeter Anlass zur Annahme, die finanzielle Situation der Schuldnerin werde sich verbessern und werde ihr ermöglichen, ihren Verpflichtungen in Zukunft nachzukommen.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit (knapp) wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts urkundlich nachwies als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machte. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über die Schuldnerin am 27. Mai 2016 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

III.

1. Die Kosten des Verfahrens trägt grundsätzlich die unterliegende Partei, und der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

2. Zu beachten ist vorliegend, dass der Verzicht der Gläubigerin auf das Konkursverfahren *nach* Konkurseröffnung nicht als Klagerückzug im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO verstanden werden kann, da der Konkurs dennoch nur dann aufgehoben werden kann, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Auch kann der Erfolg der Schuldnerin im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht als Unterliegen der Gläubigerin gewertet werden. Vielmehr rechtfertigt es sich in dieser Konstellation, die Kosten beider Instanzen sowie die bereits beim Konkursamt angefallenen Kosten der Schuldnerin aufzuerlegen, hat sie doch durch ihr Zahlungsverhalten das Verfahren veranlasst. Eine Parteientschädigung ist der Gläubigerin jedoch bereits mangels Antrag nicht zuzusprechen.

3. Die Kosten können mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet werden. Die Schuldnerin leistete beim Obergericht einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00. Zudem stellte sie die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und des Konkursamts mit Bezahlung von Fr. 1'000.00 an das Konkursamt sicher (act. 5/2).

Das Konkursamt hat deshalb vom bei ihm eingegangenen Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Fr. 1'500.00 Restbetrag des von der Gläubigerin bezahlten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.00 nach Abzug der Kosten der Vorinstanz, act. 3 S. 2, und Fr. 1'000.00 von der Schuldnerin geleisteter Vorschuss) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner eigenen Kosten allenfalls verbleibenden Restbetrag auszubehalten.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Einzelgerichts Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 27. Mai 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Das Konkursamt Winterthur-Altstadt wird angewiesen, vom bei ihm eingegangenen Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Fr. 1'500.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses und Fr. 1'000.00 Barvorschuss der Schuldnerin) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur und das Konkursamt Winterthur-Altstadt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur Stadt, 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:
23. Juni 2016