

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160118-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

Urteil vom 11. Juli 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 9. Juni 2016 (EK160785)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem 19. August 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Führung von Gastronomiebetrieben sowie die Erbringung sämtlicher damit zusammenhängender Dienstleistungen (act. 6).

2. Mit Urteil vom 9. Juni 2016 (act. 3 = act. 10/1) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 966.50.– nebst 5 % Zins seit 18. August 2015 zuzüglich Fr. 220.– Verzugschaden sowie Betreuungskosten (act. 3 = act. 7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 24. Juni (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Zusammen mit der Beschwerdeschrift reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 5/3-26). Die Kammer erkannte der Beschwerde mit Verfügung vom 28. Juni 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zu (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits geleistet hatte (act. 5/25). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-110). Das Verfahren ist spruchreif.

3. 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 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. 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, BGE 139 III 491).

4. Die Schuldnerin hat mit Postquittung vom 17. Juni 2016 belegt, dass sie der Gläubigerin am Fr. 1'606.70 überwiesen hat (act. 5/21). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung von Fr. 966.50 samt aufgelaufenen Zinsen und Kosten, was von der Gläubigerin, welche sämtliche Kosten (inkl. Gerichtsgebühr) vorgeschossen hatte, bestätigt wird (act. 5/21). Im Weiteren weist sie nach, beim Konkursamt C._____ Fr. 1'500.– für die zu erwartenden Konkurskosten und die erstinstanzliche Entscheidgebühr einbezahlt zu haben (act. 5/24). Damit hat sie den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen. Der Konkurs ist aufzuheben, sofern die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

5.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin 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. Anstehende 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 bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt oder systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_912/2013 E. 3).

5.2. Die Schuldnerin führt aus, dass das von ihr betriebene Lokal "D. _____" Restaurant, Café und Bar in einem sei, weshalb es von mittags bis abends Leute anziehe. Insbesondere von Donnerstag- bis Sonntagabend sei es ein gut laufender Treffpunkt von jungen ... Leuten. Die Tageseinnahmen würden vor allem an Wochenendtagen zwischen Fr. 3'000.– und Fr. 5'000.– liegen. Damit werde sie auch in Zukunft genügend Umsätze generieren können, um ihren Verpflichtungen nachzukommen (act. 2 S. 5). Sie beschäftige zurzeit 9-10 Mitarbeiter auf Stundenbasis, deren Einsätze nach Absprache und unregelmässig erfolgten. Die Löhne bezahle sie jeweils termingerecht bis spätestens am vierten Tag des Folgemonats aus. Der monatliche Mietzins für das Lokal belaufe sich auf Fr. 6'250.– (act. 2 S. 5).

Über die Schuldnerin wurde bereits am 20. Januar 2016 einmal der Konkurs eröffnet, in der Folge aber in Gutheissung ihrer dagegen erhobenen Beschwerde wieder aufgehoben (act. 2 S. 4; act. 6 S. 2). Zur erneuten Konkursöffnung nach weniger als fünf Monaten führt die Schuldnerin aus, der bevollmächtigte Geschäftsführer habe die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung nicht entgegennehmen können, da er zu diesem Zeitpunkt krankheitshalber zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei. Die Servicemitarbeiterin, welche die Vorladung entgegen genommen habe, kenne den Betrieb und die Geschäftsabläufe nicht und habe die Vorladung ungeöffnet in einer Schublade versorgt. Aus diesem Grund habe die Konkursforderung nicht schon früher beglichen werden können (act. 2 S. 6).

Zu den Gründen, weshalb sie in Zahlungsschwierigkeiten gekommen ist, macht die Schuldnerin hingegen keine Ausführungen und behauptet in diesem Zusammenhang auch keine bloss vorübergehende Illiquidität.

5.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt das Betreibungsregister. Im vorgelegten Registerauszug des Betreibungsamts Zürich 12 (act. 5/20) sind seit der Gründung der Schuldnerin im August 2013 bis 9. Juni 2016 insgesamt 21 Betreibungen gegen sie aufgeführt. Zusätzliche drei Betreibungen ergeben sich aus der Zahlungsliste des Betreibungsamts (act. 5/19); diese sind in der Zwischenzeit jedoch durch Abzahlungen der Schuldnerin getilgt und daher auf Begehren der betreffenden

Gläubiger gelöscht worden. Diese Ausgangslage lässt vorderhand auf nicht unerhebliche und immer wieder auftauchende Liquiditätsengpässe der Schuldnerin schliessen. In zwei Betreibungen wurde Rechtsvorschlag erhoben, wobei in einer davon die einjährige Fortsetzungsfrist ungenutzt abgelaufen ist (Betreibung Nr. 1 und 2). Eine Forderung (Betreibung Nr. 3) wurde direkt an die Gläubigerin bezahlt und in einer weiteren Betreibung konnte die Gläubigerin nach der Verwertung voll befriedigt werden (Code ...). In drei Betreibungen nebst derjenigen, die der Konkursöffnung zugrunde liegt, erfolgte bereits die Konkursandrohung. In drei Fällen wurde der Zahlungsbefehl zugestellt, wobei die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages abgelaufen ist. Eine Betreibung ist erloschen und in fünf Fällen wurde die Verwertung aufgeschoben (Art. 123 SchKG). In einer Betreibung eines öffentlich-rechtlichen Gläubigers resultierte – nach erfolgter Konkursöffnung – eine Pfändung mit ungenügender Deckung (Code ...). Schliesslich hat eine Gläubigerin die Fortsetzung eingeleitet (Betreibung Nr. 4) und zwei weitere Gläubigerinnen haben im Mai und Juni 2016 ihre Forderungen in Betreibung gesetzt (Betreibung Nr. 5 und 6).

5.4 Mit Ausnahme der Betreibung Nr. 1 anerkennt die Schuldnerin sämtliche auf dem Betreibungsregisterauszug aufgeführten Betreibungen (act. 2 S. 9 ff.). Die Summe der in Betreibung gesetzten Forderungen beläuft sich demnach auf Fr. 97'792.20. In diesem Betrag sind die mit Rechtsvorschlag gestoppte Betreibung Nr. 1 sowie die erloschene Betreibung Nr. 7 und die direkt an die jeweiligen Gläubigerinnen bezahlten Forderungen (Betreibung Nr. 3, 8 und 2; vgl. auch act. 5/23 und act. 5/20) nicht enthalten. Zu diesem Betrag sind gemäss Aufstellung der Schuldnerin die Kreditorenausstände, von Fr. 13'432.40 hinzuzuzählen (act. 5/13), da diese gemäss Ausführungen der Schuldnerin nicht in Betreibung gesetzt worden seien (act. 2 S. 7). Damit resultiert eine Gesamtschuld von etwas mehr als Fr. 110'000.–.

5.5. Die Debitorenausstände belaufen sich gemäss Aufstellung der Schuldnerin auf Fr. 5'735.05 (act. 2 S. 7 mit Verweis auf act. 5/13-15). Die Schuldnerin macht geltend, dass sie wie im vergangenen Jahr weiterhin jeden Monat Zahlungen in der Höhe von Fr. 4'000.– bis Fr. 6'000.– ans Betreibungsamt leisten und so

die bestehenden Schulden in einem bis maximal zwei Jahren vollständig abbezahlen könne (act. 2 S.15).

Tatsächlich ist aus den Unterlagen ersichtlich, dass die Schuldnerin im Verlauf des vergangenen Jahres in Betreuung gesetzte Schulden von total Fr. 52'976.85 via stetige Bezahlungen ans Betreibungsamt abbezahlt hat. Die Einzelzahlungen variierten von Fr. 20.– bis Fr. 7'000.–, wobei der überwiegende Teil im guten vierstelligen Bereich lag (act. 5/19). Nach Abzug dieser Teilzahlungen reduziert sich die Gesamtschuld noch auf rund Fr. 57'000.–.

5.6. Aus dem Jahresabschluss 2014 (Erfolgsrechnung für die Zeit ab der Gründung bis 31. Dezember 2014) resultierte ein geringer Gewinn von Fr. 5'381.30 (act. 5/16). Für das Jahr 2015 liegt gemäss Ausführungen der Schuldnerin noch kein Abschluss vor. Anhand der Unterlagen für die Zeit von Dezember 2015 bis Mai 2016 ergeben sich Einnahmen in der Höhe von Fr. 70'000.– bis Fr. 97'000.–, welchen Ausgaben von Fr. 59'000.– bis 81'000.– gegenüberstehen (act. 5/18). Auch wenn es die Schuldnerin unterliess, für die Monate Januar bis November 2015 Gewinnaufstellungen einzureichen, ist anzuerkennen, dass sie während dieser Zeit immerhin Abzahlungsleistungen erbringen konnte. Zugunsten der Schuldnerin ist somit davon auszugehen, dass dieser Trend von monatlichen Reingewinnen ab Fr. 10'000.– anhalten wird. Dies erlaubt es ihr, die offenen Betreibungen – allen voran diejenigen, für welche ebenfalls der Konkurs angedroht wurde – innerhalb einer Frist von längstens eineinhalb Jahren zu begleichen, was noch im Rahmen der von der Kammer praxisgemäss anerkannten Zeitspanne liegt (vgl. oben E. 5.1.).

5.7. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne der vorstehenden Erwägungen kann nach dem Gesagten gerade noch einmal bejaht werden. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

6. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts zu tragen. Die

Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. Juni 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 C._____ 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. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 12, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am: