Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PS160133-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 15. August 2016

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 6. Juli 2016 (EK160209)

Erwägungen:

1.

Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem 4. Oktober 2013 im Handelsregister eingetragen und bezweckt in erster Linie Service, Reparaturen und Verkauf von Motorrädern (act. 11). Am 6. Juli 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 5 = act. 6/6; nachfolgend zitiert als act. 5). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 12. Juli 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2 i.V.m. act. 6/7). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 13. Juli 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 7). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin rechtzeitig bevorschusst (act. 7, act. 8/1 sowie act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine 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 Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 4'521.– und Umtriebsspesen von Fr. 100.– sowie Fr. 223.90 Betreibungskosten (act. 5).

Die Schuldnerin hat am 11. Juli 2016 – und damit nach Konkurseröffnung – beim Konkursamt Schlieren Fr. 6'200.– sichergestellt (act. 4/2). Damit ist die Konkursforderung samt Kosten und Zinsen in Höhe von Fr. 5'013.95 gedeckt (Fr. 4'521.– + Fr. 169.05 Zinsen + Fr. 100.– Umtriebsspesen + Fr. 223.90 Betreibungskosten). Mit dem Restbetrag von Fr. 1'186.05 sind ausserdem die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sichergestellt. Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist damit erfüllt (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 9).

2.3. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft dargelegt ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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, 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 ihre Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck gewinnt, die Behauptungen seien zutreffend, ohne indessen 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). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten 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).

Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der eingereichte Auszug vom 7. Juli 2016 umfasst den Zeitraum ab Gründung der Gesellschaft (act. 4/3 und

act. 10). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin nebst der vorliegenden Konkursforderung 18 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 21'470.60, wobei die vorliegende Konkursforderung nicht mehr zu berücksichtigen ist. Neun Betreibungen wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt (Code …) erledigt. Weitere acht Betreibungen in Höhe von Fr. 10'334.35 wurden am 11. Juli 2016 ebenfalls mit Zahlung an das Betreibungsamt erledigt (Betreibung Nr.: 1 / 2 / 3 / 4 / 5 / 6 / 7 / 8). Damit ist noch eine Betreibung vom 2. Dezember 2014 in der Höhe von Fr. 1'050.– offen (Betreibung Nr. 9). In dieser Betreibung erhob der Beschwerdeführer Rechtsvorschlag (Code …).

In ihrer Beschwerdeschrift erklärt die Schuldnerin, Ursache für das finanzielle Chaos sei eine dreijährige Fehde zwischen C._____ (Geschäftsführer und Gesellschafter der Schuldnerin) und dessen Ehefrau sowie eine nicht ganz einfache Scheidung gewesen. Deswegen habe C._____ in dieser Zeit nur noch reduziert gearbeitet. Die Buchhaltung sei bislang von einer Bekannten geführt worden, die darin nicht sehr versiert sei. In Zukunft werde die Buchhaltung von einem Treuhänder, D._____, geführt. Debitoren seien keine vorhanden, da die Rechnungen jeweils sofort in bar beglichen würden. Bis auf die im Betreibungsregister aufgeführte noch offene Forderung bestünden zwar noch weitere offene Rechnungen, neue Betreibungen seien jedoch nicht angedroht worden. Derzeit seien vier Grossaufträge (drei Umbauten und ein Schadensfall) in Bearbeitung. Die Kostengutsprache der E._____ [Versicherung] für den Schadensfall betrage Fr. 23'400.–. Für die Umbauten sei im Zeitraum zwischen 11. und 22. Juli 2016 mit Zahlungseingängen von insgesamt Fr. 11'000.– zu rechnen. Die durchschnittlichen Wocheneinnahmen betrügen ausserdem Fr. 2'000.–. Löhne seien keine ausstehend, da C._____ der einzige Mitarbeiter der Schuldnerin sei (act. 2; act. 4/6; act. 4/8).

Obwohl die Schuldnerin zweimal telefonisch auf die Anforderungen an eine aussichtsreiche Beschwerde gegen die Konkurseröffnung hingewiesen wurde (vgl. act. 9 und act. 11), hat sie keine zusätzlichen Unterlagen vorgelegt, die objektive Anhaltspunkte für ihre Ausführungen liefern. Zu berücksichtigen ist vorliegend jedoch, dass die Schuldnerin einen Treuhänder (D._____) beigezogen hat, der C._____ hilft, die Finanzen besser zu verwalten und die Buchhaltung in Ordnung

zu bringen (vgl. act. 4/8; act. 4/9; act. 11). Mit finanzieller Unterstützung von D._____ konnten zudem die in Betreibung gesetzten Forderungen, soweit sie unbestritten sind, beglichen werden. Offen ist allein die bestrittene Forderung über Fr. 1'050.– (act. 4/6; act. 4/8; act. 4/9). Ferner ist sodann plausibel, dass die finanziellen Probleme im Zusammenhang mit der geschilderten persönlichen Situation von C._____ entstanden sind, wurde doch die erste Betreibung im Dezember 2014 eingeleitet. Insgesamt rechtfertigt sich daher die Annahme gerade noch, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin lediglich vorübergehender Art sind. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens kann jedenfalls heute nicht von vornherein ausgeschlossen werden (vgl. BGer 5A_335/2014 E. 3.1. m.w.H.). Die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, erscheint noch gegeben. Sollte es aber fürderhin wegen eines geringen Betrages zu einer erneuten Konkurseröffnung kommen, wäre das allerdings nicht mehr so leicht anzunehmen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses.

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 Dietikon vom 6. Juli 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 Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 7'600.– (Fr. 6'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 6'813.95 (Fr. 5'013.95 Konkursforderung + Fr. 1'800.– Vorschuss) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdorf, 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:
16. August 2016