

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130150-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin
Dr. M. Fuchs Räber

Urteil vom 2. Oktober 2013

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 14. August 2013 (EK130221)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachstehend Schuldnerin genannt) ist seit dem tt.mm.2011 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie den Handel mit Laminiermaschinen und Zubehör sowie die Erbringung von Dienstleistungen auf diesem Gebiet (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 14. August 2013 (09:40 Uhr) eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 499.20 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2013 und bisherige Betreuungskosten von Fr. 132.– (act. 6). Insgesamt beläuft sich die Forderung auf Fr. 646.60 (act. 9). Grundlage der Forderung bildet offenbar ein nichtbezahlter Saldo eines Kontokorrents nach dem Unfallversicherungsgesetz (UVG) per 13. April 2013 (act. 7/1 und 7/3).

1.3. Der Schuldnerin konnte das vorinstanzliche Urteil, welches am 14. August 2013 versandt wurde, nicht zugestellt werden. Sie holte die Einschreibesendung nicht ab (act. 8). Folglich gelangt die Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO zur Anwendung. Danach gilt eine eingeschriebene Postsendung, welche nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt, sofern die Partei mit einer Zustellung rechnen musste. Gemäss dem elektronischen Sendungsinformationssystem der Post (EasyTrack) wurde die Sendung am 15. August 2013 zur Abholung gemeldet, womit die fiktive Zustellung als am 22. August 2013 erfolgt gilt. Die 10-tägige Rechtsmittel- bzw. Beschwerdefrist im Sinne von Art. 174 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 321 ZPO endete unter Berücksichtigung der Fristverlängerung im Sinne von Art. 142 Abs. 3 ZPO somit am Montag, 2. September 2013.

1.4. Mit Eingabe vom 27. August 2013 (überbracht) und damit rechtzeitig erhob die Schuldnerin bei der Kammer Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 1):

- "1. Das Konkurseröffnungsurteil des Konkursrichters am Bezirksgericht Horgen vom 14. August 2013 über die Schuldnerin ist aufzuheben.
2. Der Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen."

Gleichzeitig reichte die Schuldnerin einen Bankbeleg ein, gemäss welchem sie der Gläubigerin am 27. August 2013 Fr. 631.20 überwiesen hatte (act. 4/8), sowie ein Bestätigungsschreiben des Konkursamts C._____ vom 26. August 2013, gemäss welchem die Schuldnerin einen Barvorschuss von Fr. 900.– für die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– sowie für die noch entstehenden Kosten des Konkursamts deponiert habe (act. 4/3).

1.5. Mit Präsidialverfügung vom 29. August 2013 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass von der Konkursforderung noch Zinskosten von Fr. 15.40 ausstünden, gemäss Betreibungsregisterauszug zwei weitere offene Forderungen vorhanden seien sowie die eingereichten Unterlagen hinsichtlich der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit unzureichend seien. Entsprechend wurde der Schuldnerin bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist Gelegenheit gegeben, ihre Beschwerde im Sinne der Erwägungen zu ergänzen (act. 10 Dispositivziffer 2). Gleichzeitig wurde ihr gestützt auf Art. 98 ZPO Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10 Dispositivziffer 3). Die aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde einstweilen nicht zuerkannt (act. 10 Dispositivziffer 1). Die Präsidialverfügung wurde sowohl per Einschreiben als auch per A-Post an die Schuldnerin versandt, wobei die Schuldnerin die Einschreibesendung nicht abholte (act. 11/1).

1.6. Mit nicht unterzeichneter Eingabe vom 30. August 2013 reichte die Schuldnerin einen Beleg über eine an die Gläubigerin am 2. September 2013 zu leistende Bankzahlung von Fr. 15.40 (act. 13/2), eine Kreditorenliste vom 30. August 2013 (act. 13/5) und einen Beleg über die geleistete Zahlung des zweitinstanzlichen Kostenvorschusses von Fr. 750.– (act. 13/3) ein.

1.7. Mit Präsidialverfügung vom 30. August 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin eine 3-tägige Frist angesetzt, um die Eingabe vom 30. August 2013 zu unterzeichnen (act. 14). Die (zusätzlich mit A-Post versandte) Einschreibesendung holte die Schuldnerin

erneut nicht ab (act. 15/1), retournierte die genannte Eingabe jedoch rechtzeitig und unterschrieben (act. 16).

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht *und* durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG); Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (Art. 174 Abs. 2 SchKG i.V.m. Art. 326 Abs. 2 ZPO). Zu beachten ist, dass die Beschwerde innert einer Frist von 10 Tagen ab Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids einzureichen und abschliessend zu begründen ist (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Nachfristen werden keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

Wie vorstehend in Ziff. 1.4 und Ziff. 1.6 ausgeführt, beglich die Schuldnerin die Konkursforderung von Fr. 646.60 (einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten) rechtzeitig mit zwei Zahlungen an die Gläubigerin von Fr. 631.20 (act. 4/8) und von Fr. 15.40 (act. 13/2). Da die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist zudem auch die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 300.– sowie die Kosten des Konkursamts mit einem Barvorschuss von Fr. 900.– sicherstellte, ist der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG bewiesen (act. 4/3). Die erste Voraussetzung zur Aufhebung der Konkursöffnung ist damit erfüllt. Zu prüfen ist nachstehend die zweite Voraussetzung, die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

2.2. Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn das Gericht von ihrer Wahrscheinlichkeit nicht völlig überzeugt ist, sie aber überwiegend für wahr hält, obwohl nicht alle Zweifel beseitigt sind. Das Gericht braucht von der Richtigkeit der aufgestellten Tatsachenbehauptungen nicht überzeugt zu sein, sondern es ge-

nügt, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht (BGE 120 II 393, S. 397 f.). Blosser Behauptungen des Schuldners – mögen sie auch plausibel und für sich alleine betrachtet glaubwürdig erscheinen – vermögen dem Erfordernis der Glaubhaftmachung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht zu genügen. Viel mehr sind die jeweiligen Behauptungen mittels konkreter Anhaltspunkte wie Zahlungsbelege, Bankguthaben, Kreditverträge, Bilanz- und Erfolgsrechnungen, Auftragsbestätigungen etc. zu ergänzen (vgl. dazu BSK/Giroud, SchKG II, Basel 2010, N 26 zu Art. 174 SchKG m.w.H.).

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderung befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und sie in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen vermag. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind oder sie auf absehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würde, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass 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. Daraus erhellt, dass an das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen.

2.2.1. Die Schuldnerin ist dem Erfordernis der Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit – wie nachstehend aufzuzeigen ist – zwar nachgekommen, jedoch nur knapp: In ihrer Beschwerdeschrift macht sie unter Verweis auf den eingereichten Beteiligungsregisterauszug vom 26. August 2013 einzig geltend, sie verfüge über genügend finanzielle Mittel, um ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen und führt an, sie habe die per Konkurseröffnung noch offenen Forderungen in der Zwischenzeit alle bezahlt (act. 2 und act. 4/1). Weitere Ausführungen zu ihrer fi-

nanziellen Situation bzw. zur aktuellen Geschäftslage macht sie keine, sondern verweist auf die eingereichten Beilagen (act. 4/1-10 und act. 13/5). Diese enthalten den genannten Betreibungsregisterauszug (act. 4/1), zwei Abrechnungen des Betreibungsamts D._____ über Fr. 610.– (Betreibung Nr. ...) und Fr. 6'000.– (Betreibung Nr. ..., act. 4/2/1-2), eine Debitorenliste per 26. August 2013 mit einem Ausstand von Fr. 2'395.55 (act. 4/5), eine Kreditorenliste per 30. August 2013 mit einem Gesamtbetrag von Fr. 1080.10 (act. 13/5), einen Kontoauszug des Kontokorrentkontos bei der Raiffeisenbank per 26. August 2013 mit einem Saldo von Fr. 1'826.26 (act. 4/6), eine Inventarliste per 26. August 2013 mit einem Lagerwert von nicht ganz Fr. 60'000.– und einem brutto Verkaufswert von Fr. 210'877.07 (act. 4/7) sowie zwei Dokumente betreffend die Aufhebung einer Geschäftsversicherung für KMU vom 29. Juli 2013 (act. 4/9-10).

2.2.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft Nr. ... aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamt C._____ (act. 4/1) wurden im Zeitraum vom 19. April bis 7. August 2013 fünf Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 8'180.30 (ohne Zinsen und Kosten) eingeleitet, wovon die Betreibungsforderungen Nr. ... (Fr. 6'000.–) und Nr. ... (Fr. 610.–) nachweislich getilgt sind (act. 4/2/1-2). Offen sind jedoch noch – wie bereits in der Präsidialverfügung vom 29. August 2013 erwähnt – die Betreibungen Nr. ... und Nr. ... im Gesamtbetrag von Fr. 981.10. Dies entgegen der Behauptung der Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift, wonach sämtliche Forderungen beglichen seien (act. 2 S. 1). Gläubigerin der beiden offenen Betreibungen ist die B._____ AG, dieselbe Gläubigerin also, welche die hier zu beurteilende Konkursöffnung in Gang gesetzt hat. Die dem vorliegenden Konkurs zugrundeliegende Betreibung Nr. ... ist wie erwähnt beglichen. Auffallend ist, dass die genannten Betreibungen alle im vergangenen Halbjahr erfolgten, was vermuten lässt, dass die Schuldnerin während dieses Zeitraums in grössere Liquiditätsengpässe geriet oder keine seriöse Kreditorenbuchhaltung führte. Insgesamt verbleiben gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von Fr. 981.10. Hinzu kommen noch Zinsen und Betreibungskosten. Berücksichtigt man überdies die Kreditorenforderungen von Fr. 1080.10 (act. 13/5), so belaufen sich die offenen Verbindlichkeiten auf to-

tal Fr. 2'061.20. Ob die Kreditorenliste vollständig ist, bleibt fraglich, denn der Liste lässt sich weder entnehmen, über welchen Zeitraum sie sich erstreckt bzw. wann die einzelnen Forderungen fällig sind, noch ist ersichtlich, wie hoch die konkreten monatlichen Fixkosten zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs ausfallen. So finden sich in den Akten keine Angaben zur Zahlung einer Geschäftsmiete oder zur Ausrichtung von Löhnen (Personalkosten) oder aktuellen Versicherungsprämien. Ebenso wenig macht die Schuldnerin in der Beschwerdeschrift Ausführungen hiezu. Entsprechend ist die Aussagekraft der eingereichten Kreditorenliste eingeschränkt.

2.2.3. Immerhin ergibt sich aus der beigelegten Debitorenliste, dass die Schuldnerin ausstehende Forderungen in der Höhe von Fr. 2'395.55 hat (act. 4/5), gegenüber den erwähnten Kreditoren also eine positive Differenz von Fr. 334.35 besteht. Zwar datieren die Debitorenrechnungen teilweise aus dem Jahr 2012 und ist insofern nicht klar, ob sie innert nützlicher Frist überhaupt noch erhältlich gemacht werden können, doch halten sich die Kreditoren und Debitoren gemäss den vorliegenden Akten die Waage. Dies lässt darauf schliessen, dass die Schuldnerin ihre Zahlungseingänge und -abgänge soweit unter Kontrolle hat. Ihre offenen Verbindlichkeiten von rund Fr. 2'000.– sind denn auch eher gering. Ebenfalls positiv zu werten ist die Tatsache, dass keine Anhaltspunkte für bedeutsame Ausstände wie grosse Darlehens- oder Leasingverträge der Schuldnerin vorliegen, für welche sie regelmässige Abzahlungen leisten müsste.

2.2.4. Entscheidend für die Aufhebung der Konkureröffnung ist aber nicht primär, wie hoch die offenen Forderungen bzw. Schulden sind, sondern wie liquid die Unternehmung ist. Dies lässt sich anhand der Kennzahlen der Bilanz ermitteln. Massgebende Bedeutung kommt dem sogenannten Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) zu, welcher die kurzfristige Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens darstellt und 100% ergeben sollte. Die Schuldnerin reichte allerdings entgegen der Aufforderung in der Präsidentialverfügung vom 29. August 2013 (act. 10) weder eine Bilanz- noch eine Erfolgsrechnung ein, womit sowohl die Höhe des Fremd- als auch des Eigenkapitals nicht bekannt ist. Offenbar unterlässt es die Schuldnerin, eine ordentliche Buchhaltung zu führen und holt, wie erwähnt, auch Einschreibesen-

dungen nicht ab. Ob dies auf eine Arbeitsüberlastung bzw. Personalengpässe zurückzuführen ist, bleibt offen. Jedenfalls – und dies ist vorliegend entscheidend – lässt sich dem eingereichten Auszug des Geschäftskontos vom 26. August 2013 ein Saldo von Fr. 1826.26 entnehmen (act. 4/6), womit die Schuldnerin grundsätzlich in der Lage ist, zusammen mit der erwähnten positiven Differenz von Fr. 334.35 (siehe Ziff. 2.2.3) die noch offenen Verbindlichkeiten von Fr. 2'061.20 abzuführen. Dass sie hiezu auch zukünftig in der Lage sein dürfte, ergibt sich auch aus den 17 nachweislich verbuchten Gutschriften von insgesamt Fr. 6'250.– im Monat August 2013. Selbst wenn es sich um geringe Beträge handelt, lässt sich aus den Zahlungseingängen schliessen, dass der Geschäftsbetrieb der Schuldnerin selbst im Hochsommer – zu Ferienzeiten also – am Laufen ist, sie soweit über eine moderate Auftragslage verfügt. Hierfür spricht denn auch die relativ umfangreiche Inventarliste (act. 4/7), welche es der Schuldnerin erlaubt, den Kundenaufträgen ohne Lieferengpässe nachzukommen, womit wiederum mit entsprechenden Zahlungseingängen zu rechnen ist. Eine weitergehende Bedeutung für die Liquidität der Schuldnerin kommt der Inventarliste nicht zu. Dasselbe gilt für die eingereichten Dokumente betreffend die Geschäftsversicherung für KMU vom 29. Juli 2013 (act. 4/9-10). Inwiefern sie zur Glaubhaftmachung der Liquidität der Schuldnerin beitragen sollen, ist nicht ersichtlich.

Dass die Schuldnerin sodann in der Lage war, im vergangenen Sommer der Schweizerischen Eidgenossenschaft die in Betreuung gesetzte, öffentlich-rechtliche Forderung von Fr. 6'000.– abzuführen, spricht ebenfalls für ihre grundsätzliche Zahlungsfähigkeit und lässt sie nicht auf absehbare Zeit illiquid erscheinen. Hinzukommt, dass – selbst wenn die Ausführungen der Schuldnerin und die eingereichten Beilagen zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit wie erwähnt knapp sind und sie sich an der Grenze zum blossen Behaupten bewegen – aufgrund der positiven Auftragslage im August 2013 damit zu rechnen ist, der Umsatz lasse sich im letzten Quartal 2013 steigern. Entsprechend dürfte sich die finanzielle Situation der Schuldnerin in Bälde verbessern. Jedenfalls scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie ihre mithin geringen Schulden von rund Fr. 2'000.– innert nützlicher Frist abzuführen, gerade noch knapp als gegeben. Die Schuldne-

rin ist darauf hinzuweisen, dass in einem allfälligen späteren weiteren Verfahren Unterlagen wie die hier vorlegten nicht mehr ausreichen würden.

2.2.5. Da somit auch die zweite Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt ist, ist die Beschwerde gutzuheissen. Der Konkurs über die Schuldnerin ist aufzuheben. Die Schuldnerin darf indes nicht davon ausgehen, dass dies in einem zukünftigen Beschwerdeverfahren wiederum der Fall sein werde, wäre doch eine erneute Konkurseröffnung ein kaum mehr zu widerlegender Hinweis auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten.

3. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, weil ihre Zahlungsverweigerung das Konkursverfahren verursacht hat. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu verrechnen (act. 17).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirks Horgen vom 14. August 2013 (09:40 Uhr), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.– wird der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 900.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten des Konkursamts allfällig verbleibenden Restbetrag aus-zuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstin-stanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer An-zeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betrei-bungsamt D._____, 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 Be-schwerde 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:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: