

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150186-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 16. November 2015

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Oktober 2015 (EK150413)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 7. Oktober 2015 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin für eine Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners von Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/6). Mit Beschwerde vom 16. Oktober 2015 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Beilage diverser Unterlagen (act. 2; act. 5/B; act. 5/2-14). Mit Verfügung vom 19. Oktober 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.– zu leisten (act. 9). Ausserdem wurde die Schuldnerin telefonisch auf die Möglichkeit zur Ergänzung ihrer Beschwerde innert der Beschwerdefrist hingewiesen (act. 11). Am 19. Oktober 2015 (Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin noch innert der Beschwerdefrist (vgl. act. 8/8) weitere Beilagen ein und machte ergänzende Ausführungen (act. 12; act. 13/15+16). Am 24. Oktober 2015 wurde der Kostenvorschuss in der verlangten Höhe einbezahlt (act. 14). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine 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. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294; BGE 139 III 491).

2.2. Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon hat die Schuldnerin die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung von Fr. 2'000.– samt Betreuungskosten von Fr. 146.60 am 12. Oktober 2015 zugunsten des Gläubigers bezahlt (act. 5/5). Ausserdem stellte sie am 12. Oktober 2015 beim Konkursamt Wallisellen die mutmasslichen Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sowie die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sicher (act. 5/4). Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

2.3. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner 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).

2.3.1. Die Schuldnerin ist seit Juni 2011 im Handelsregister eingetragen und bezweckt primär die Entwicklung und den Vertrieb von medizinischen Geräten (act. 6; act. 5/B). Zu ihrer finanziellen Lage lässt die Schuldnerin ausführen, ihre Erfolgsrechnung per Ende 2014 weise einen im Vergleich zum Vorjahr stark verminderten Personalaufwand aus, was auf eine Reduktion der Mitarbeiter zurück-

zuführen sei. In Verbindung mit dem stabilen Umsatz habe damit für das Jahr 2014 ein Reingewinn von Fr. 46'750.51 ausgewiesen werden können, wohingegen im Vorjahr noch ein Verlust von knapp Fr. 62'500.– resultiert habe. Im laufenden Jahr sei wieder Personal angestellt worden, aber der Umsatz habe sich auch markant erhöht. Bis am 7. Oktober 2015 seien auf den beiden Firmenkonten Guthabenschriften von Fr. 307'987.37 und EUR 42'941.21 erfolgt. Im ganzen Jahr 2014 habe der Betriebsertrag gemäss Erfolgsrechnung dahingegen noch Fr. 204'925.40 betragen. Ihre Schuldenlast erweise sich als übersichtlich und durch die Debitoren gut abgesichert. Einnahmen könnten laufend verbucht werden, und zwar in einem gegenüber dem Vorjahr viel höheren Umfang. Es bestehe damit eine begründete Aussicht darauf, dass sich der aktuelle Liquiditätsengpass überwinden lasse (act. 2 S. 4).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon vom 12. Oktober 2015 wurden seit dem Zuzug der Schuldnerin in den Betreibungskreis am 4. Juli 2013 insgesamt 27 Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 54'381.85 eingeleitet. Davon wurden 17 Betreibungen im Umfang von Fr. 21'506.60 durch Zahlung erledigt (act. 5/12; Code 105 und 106). Zur Forderung der C._____ Consulting GmbH Zürich im Betrag von Fr. 7'000.– liess die Schuldnerin ausführen, sie habe auf die Betreibung hin Rechtsvorschlag erhoben. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 1. September 2015 sei eine Gegenforderung der Schuldnerin gegen die Gläubigerin im Betrag von Fr. 11'230.40 zuzüglich Zins geschützt worden (act. 2 S. 3). Dies erscheint durch das eingereichte Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. September 2015 (act. 5/163) glaubhaft, weshalb diese Forderung nicht zu berücksichtigen ist. Zu den weiteren Betreibungen äussert sich die Schuldnerin nicht. Auch weist sie keine weiteren Zahlungen nach, weshalb davon auszugehen ist, dass die weiteren Forderungen nach wie vor bestehen.

Der Auszug aus dem Register des Betreibungsamtes Dübendorf weist für den Zeitraum 30. Mai 2012 bis 10. Juli 2013 zwei weitere Betreibungen im Gesamtbe-

trag von Fr. 24'202.45 auf (act. 13/16). Zur Forderung von D._____ führt die Schuldnerin aus, diese Angelegenheit sei längst erledigt. Gegen die Erhebung des Rechtsvorschlages durch die Schuldnerin sei in den seither vergangenen drei Jahren seitens der damaligen Gläubigerin nichts unternommen worden (act. 12 S. 2). Da die Betreuung bereits am 3. Mai 2012 erhoben wurde und seither offenbar keine weiteren Inkassoschritte durch die Gläubigerin unternommen wurden, rechtfertigt es sich, diese Betreuung unberücksichtigt zu lassen. Zur Forderung der E._____ Stiftung Berufliche Vorsorge bringt die Schuldnerin vor, diese sei teilweise bezahlt und im übrigen Umfang im Betreibungsregisterauszug vom 12. Oktober 2015 wiederum aufgeführt (act. 12 S. 2). Auch diese Behauptung erscheint glaubhaft. Im Auszug des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon sind zwei Forderungen der E._____ Stiftung Berufliche Vorsorge aufgeführt. Da die fragliche Betreuung im Registerauszug des Betreibungsamtes Dübendorf den Vermerk "Zahlungsbefehl nicht zustellbar" trägt und nur wenige Tage vor dem Wegzug der Schuldnerin aus dem Betreibungskreis eingeleitet wurde, ist davon auszugehen, dass die Gläubigerin den noch offenen Betrag der Forderung im neuen Betreibungskreis erneut betrieben hat und diese damit bereits im Auszug aus dem Register des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon berücksichtigt ist (vgl. act. 13/16).

Die noch offenen in Betreuung gesetzten Forderungen reduzieren sich demnach insgesamt auf Fr. 25'875.25. Von den verbleibenden 9 Betreibungen befinden sich 6 im Stadium der Konkursandrohung (Code 207) und 3 im Stadium der Einleitung der Betreuung bzw. der Zustellung des Zahlungsbefehls (Code 101/102; vgl. act. 5/12).

2.3.3. Die Schuldnerin reichte ferner eine Kreditorenliste ein. Diese weist per 3. Oktober 2015 Ausstände im Betrag von insgesamt Fr. 26'613.95 auf (act. 5/8). Die Schuldnerin macht keine Ausführungen dazu, ob die aufgeführten Kreditoren teilweise bereits im Betreibungsregisterauszug ersichtlich sind. Zugunsten der Schuldnerin ist aufgrund der identischen Gläubiger und Forderungsbeträge davon auszugehen, dass es sich bei den Positionen mit den Belegen Nr. ... (Fr. 556.– F._____ AG) und Nr. ... (Fr. 1'080.– Bank G._____) um bereits in Betreuung ge-

setzte Forderungen handelt. Es ist daher – zusätzlich zu den bereits in Betreuung gesetzten Forderungen – von Kreditoren der Schuldnerin im Betrag von Fr. 24'977.95 auszugehen. Die Kreditorenliste weist auch mehrere offene Forderungen in Beträgen von weniger als Fr. 100.– auf (vgl. act. 5/8). Dass die Schuldnerin offenbar mehrfach nicht in der Lage war, selbst solche kleinen Beträge zu bezahlen, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen.

2.3.4. Das Firmenkonto der Schuldnerin bei der Credit Suisse weist per 7. Oktober 2015 einen Negativsaldo von Fr. -9'234.36 und das Kontokorrentkonto bei der Credit Suisse per 30. September 2015 einen Negativsaldo von EUR -16.61 auf (act. 5/10; act. 5/11). An zusätzlichen flüssigen Mitteln wies die Schuldnerin in ihrer Bilanz per 31. Dezember 2014 einen Kassabestand von Fr. 9'074.80 und EUR 8'056.35 aus (act. 5/9). Mangels eines Vorbringens zum aktuellen Kassabestand muss davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin diesen Betrag seither aufbrauchte, etwa für die laufenden Geschäftskosten und die teilweise Zahlung der betriebenen Forderungen.

2.3.5. Aktuell verfügt die Schuldnerin somit über keine flüssigen Mittel, mit welchen sie in der Lage wäre, die offenen Schulden gemäss Betreibungsregister und Kreditorenliste zu bezahlen. Es bleibt die Frage, wie es sich mit dem Geschäftsgang der Schuldnerin verhält bzw. ob hinreichende konkrete Anhaltspunkte für eine bevorstehende anhaltende Verbesserung des Geschäftsergebnisses bestehen.

2.3.6. Die eingereichte Bilanz und die Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2014 (act. 5/9) vermögen kein aussagekräftiges Bild der finanziellen Lage der Schuldnerin abzugeben, zumal darin weder ein Debitorenguthaben noch Kreditorenausstände ausgewiesen werden, obschon offenkundig Schulden sowie – gemäss Angaben der Schuldnerin – auch offene Debitoren bestehen. Auf den darin ausgewiesenen Geschäftserfolg kann daher nicht abgestellt werden.

Die Schuldnerin reichte ferner zwei Debitorenlisten ein, welche offene Debitorenforderungen von rund Fr. 132'700.– sowie EUR 152'800.– zeigen (act. 5/6-7). Hiervon sind Forderungen der Schuldnerin im Betrag von rund Fr. 66'000.– und

EUR 37'500.– bis spätestens Ende November 2015 fällig. Die weiteren Debitorenguthaben werden gemäss Angaben der Schuldnerin im Zeitraum zwischen Februar 2017 bis Mai 2018 fällig (vgl. act. 5/6-7). Mit einem Teil der Schuldner bestehen offenbar Ratenzahlungsvereinbarungen. Dabei ist indes unklar, ob die erwarteten Zahlungseingänge nicht sowohl als Ratenzahlung aufgeführt als auch im noch offenen Gesamtbetrag enthalten sind. Darüber hinaus wurde die Mehrzahl der Forderungen bereits zum zweiten Mal gemahnt, obschon teilweise bereits Ratenzahlungen vereinbart wurden. Damit muss mangels gegenteiliger Angaben bezweifelt werden, dass die betreffenden Beträge tatsächlich erhältlich gemacht werden können. Für die im Jahr 2016 erwarteten Zahlungseingänge fehlen sodann jegliche Angaben. Allein auf Grund der von der Schuldnerin eingereichten Debitorenlisten erscheint es daher nicht als glaubhaft, dass in absehbarer Zeit Zahlungseingänge von mehreren Fr. 10'000.– zu erwarten sind.

Die von der Schuldnerin eingereichten Kontoauszüge belegen zwar – wie von der Schuldnerin vorgebracht – seit 1. Januar 2015 Einnahmen von rund Fr. 300'000.– bzw. EUR 43'000.–. Die Zahlungseingänge allein sagen jedoch noch nichts über den Geschäftserfolg einer Unternehmung aus. So wiesen die Konten trotz des gegenüber dem Vorjahr gesteigerten Umsatzvolumens per Ende September bzw. Anfang Oktober 2015 einen Negativsaldo aus.

Konkrete Anhaltspunkte für eine nachhaltige Verbesserung der finanziellen Situation der Schuldnerin sind damit nicht ersichtlich. Mit den eingereichten Unterlagen vermag die Schuldnerin jedenfalls nicht glaubhaft zu machen, dass sie innert nützlicher Frist über genügend flüssige Mittel verfügen wird, um die fälligen Schulden zu tilgen und gleichzeitig für die laufenden Verbindlichkeiten aufzukommen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erscheint aufgrund der vorgelegten Akten deshalb nicht hinreichend glaubhaft. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind damit nicht gegeben. Die Beschwerde ist abzuweisen. Da ihr am 19. Oktober 2015 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 9), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **16. November 2015, 10:20 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Wallisellen wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon, 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. S. Kröger

versandt am: