

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 29. Januar 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Januar 2016 (EK152038)

Erwägungen:

1.

Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist im Handelsregister eingetragen und bezweckt hauptsächlich den Betrieb von Coiffeursalons und Gastrobetrieben sowie Handel mit Waren aller Art (act. 8). Mit Urteil vom 14. Januar 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 19'496.90 nebst Zins zu 5 % seit 3. Juni 2015 (abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 55.82 vom 3. Juni 2015) und Betreuungskosten von Fr. 100.– sowie Mahnkosten von Fr. 50.– (act. 3 = act. 6/7 = act. 7). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 20. Januar 2016 rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2 und nicht akturierte Empfangsbestätigung zuhinterst in act. 6). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 21. Januar 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hatte (act. 5/3). Am 21. und 25. Januar 2016 reichte die Schuldnerin rechtzeitig weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 11; act. 12/1+2; act. 13; act. 14/1-3). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

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 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 Frist-
erstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Konkureröffnung erfolgte für eine Forderung von Fr. 19'496.90 nebst
Zins zu 5 % seit 3. Juni 2015 (abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 55.82 vom
3. Juni 2015) und Betreuungskosten von Fr. 100.– sowie Mahnkosten von
Fr. 50.–. Nach Art. 68 Abs. 2 SchKG ist die Gläubigerin berechtigt, von der Teil-
zahlung der Schuldnerin vom 3. Juni 2015 vorab die Betreuungskosten zu bezie-
hen. Dies ergibt eine noch offene Forderung von insgesamt Fr. 20'192.03
(Fr. 19'496.90 + Fr. 600.95 Zinsen + [Fr. 100.– ./ Fr. 55.82] + Fr. 50.–). Die
Schuldnerin belegt mit Bestätigung der Obergerichtskasse, dass sie für die Kon-
kursforderung samt Zinsen und Betreibungs- sowie Mahnkosten bei der Rechts-
mittelinstanz am 19. Januar 2016 Fr. 21'250.– zuhanden der Gläubigerin hinter-
legt hat (act. 5/3). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Wiedikon-
Zürich zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Kon-
kursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'200.– sichergestellt
(act. 5/4). Damit ist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

2.3. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft die Glaubhaftigkeit der Zah-
lungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass aus-
reichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ih-
rer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzei-
gen, dass sie in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten
nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorüberge-
hende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungs-
unfähig 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 die Angaben
durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck
hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne 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).

2.3.1. Zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin im Wesentlichen aus, sie sei wegen den Bauarbeiten am C._____ in Zahlungsschwierigkeiten geraten. Da sie von der Laufkundschaft lebe, die wegen dieser Baustelle ausgeblieben sei, habe sie ihren üblichen Tagesumsatz von Fr. 1'000.– bis Fr. 1'400.– nicht mehr erreichen können. Sie habe nur noch einen solchen von Fr. 500.– bis Fr. 800.– generieren können. Sie habe deswegen auch Mitarbeiter entlassen müssen (act. 2 Ziff. 4.3.). Dass sie in der Lage gewesen sei, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung mit rund Fr. 22'000.– sowie die Kosten des Konkursamtes zu hinterlegen, zeige, dass sie ihre finanzielle Situation wieder im Griff habe. Zudem sei auch ihr Tagesumsatz wieder auf Fr. 1'000.– bis Fr. 1'400.– gestiegen (act. 2 Ziff. 4.4.; act. 11; act. 12/1+2; act. 13 S. 2). Nebst der bereits beim Obergericht sichergestellten Forderung der Gläubigerin bestünden derzeit noch offene Schulden von rund Fr. 62'000.–. Diesen Schulden stünde eine Darlehensforderung von Fr. 50'000.– gegenüber, die Ende Februar und Ende März an die Schuldnerin zurückbezahlt werde. Damit könne der grösste Teil der in Betreuung gesetzten Forderungen getilgt werden (act. 2 Ziff. 4.1. und Ziff. 4.4.). Sodann habe die Schuldnerin eine Promotionsvergütung in Höhe von Fr. 21'500.– zugute, die sie Ende Juni 2016 erhalten werde (act. 13 S. 3; act. 14/2).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der eingereichte Auszug vom 19. Januar 2016 umfasst den Zeitraum vom 7. März 2013 bis 19. Januar 2016. In der Periode vom 2. Juni 2015 bis 14. Januar 2016 wurde die Schuldnerin nebst der vorliegenden Konkursforderung 16 Mal betrieben. In drei Fällen wurde erst die Betreuung eingeleitet (Code ...) und in weiteren drei Fällen wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Code ...). In den übrigen zehn Betreibungen wurde die Fortsetzung eingeleitet (Code ...). Der Gesamtbetrag der in Betreuung gesetzten

Forderungen beläuft sich auf Fr. 82'341.65, wobei die bei der Rechtsmittelinstanz hinterlegte Konkursforderung nicht mehr zu berücksichtigen ist. Gegenwärtig verbleiben somit noch Forderungen in der Höhe von Fr. 62'694.75 offen. Ende Februar 2016 bzw. Ende März 2016 kann die Schuldnerin mit der Rückzahlung des von ihr an die D._____ GmbH gewährten Darlehens in Höhe von Fr. 50'000.– rechnen (vgl. act. 5/6). Sodann wird die Schuldnerin Ende Juni 2016 eine Promotionsvergütung in Höhe von Fr. 21'500.– erhalten (act. 14/2). Es erscheint daher durchaus glaubhaft, dass sie in näherer Zukunft bzw. bis Ende 2016 sämtliche im Betreibungsregister aufgeführten Schulden wird abtragen können.

Weiter legt die Schuldnerin mit unterzeichneten Umsatzbelegen für die Zeitspanne von Januar 2015 bis und mit Januar 2016 dar, dass ihre Tageseinnahmen von Fr. 500.– bis Fr. 800.– wieder auf Fr. 1'000.– bis Fr. 1'400.– angestiegen sind (act. 12/1+2; act. 14/1a-n). Da gemäss Betreibungsregisterauszug die ersten Betreibungen anfangs Juni 2015 erfolgten (act. 5/5) und die Bauarbeiten beim C._____ von Mitte Mai bis Mitte September 2015 dauerten (vgl. act. 5/12-15), lässt sich ein Zusammenhang ihrer finanziellen Einbussen mit der Sanierung des C._____ nicht ausschliessen. Dies geht auch aus den genannten Umsatzbelegen hervor (vgl. act. 14/1a-n). Dass die Schuldnerin auch in Zukunft einen Tagesumsatz von Fr. 1'000.– bis Fr. 1'400.– wird erreichen können, mit welchem sie ihren laufenden Verbindlichkeiten wird nachkommen können, erscheint durchaus glaubhaft. Für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin spricht weiter, dass aktuell keine ausstehenden Lohnforderungen bestehen (vgl. act. 5/7), sie trotz acht Entlassungen im Jahr 2015 kürzlich wieder einen neuen Mitarbeiter anstellen konnte (vgl. act. 2 Ziff. 4.3. und act. 5/18) und sie gemäss eingereicherter Erfolgsrechnung im Jahr 2014 einen Umsatz von Fr. 564'098.– erwirtschaftet bzw. einen Gewinn in Höhe von Fr. 66'663.– erzielt hat (act. 5/11).

Nach dem Gesagten rechtfertigt sich die Annahme, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin lediglich vorübergehender Art sind. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Da die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahr-

scheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit erscheint, ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

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 Zürich vom 14. Januar 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 21'250.–, Fr. 20'192.05 an die Gläubigerin und den Rest (Fr. 1'057.95) an die Schuldnerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, je gegen Empfangsschein.
6. 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:
29. Januar 2016