

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170196-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 14. September 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 22. August 2017 (EK170284)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Wangen-Brüttisellen, welche in erster Linie allgemeine Mauerarbeiten, insbesondere Mauerwerk, Malerarbeiten und Aussenisolation bezweckt (act. 5).
2. Mit Urteil vom 22. August 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 7'108.60 (inkl. Zins und Betreuungskosten) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6 [= act. 3 = act. 7/7]). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 30. August 2017 zugestellt (act. 7/9). Mit Eingabe vom 31. August 2017 erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Konkurserkennnis und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 4. September 2017 wurde die Schuldnerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie zur Aufhebung des Konkurses bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ihre Zahlungsfähigkeit darzulegen habe und es wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8). Innert Beschwerdefrist machte die Schuldnerin am 9. September 2017 (Datum Poststempel) eine weitere Eingabe (act. 11) und leistete zudem fristgerecht den von ihr einverlangten Kostenvorschuss (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-9). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. 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. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin hat am 1. September 2017 bei der Obergerichtskasse Fr. 9'310.80 hinterlegt (act. 13), wobei dieser Betrag einerseits die Konkursforderung nebst Zins und Kosten von Fr. 7'108.60 und andererseits die von der Konkursgläubigerin in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dübendorf in Betreuung gesetzt Forderung von Fr. 2'202.20 (inkl. Zins und Kosten; vgl. act. 4/2) umfasst. Im Weiteren hat die Schuldnerin am 31. August 2017 beim Konkursamt Dübendorf zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 500.– sichergestellt (act. 4/3). Schliesslich hat die Schuldnerin am 1. September 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 13). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. 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 zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen,

auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist die Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, 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 vom 18. Februar 2014, E. 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 Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Dübendorf vom 8. September 2017 (act. 12/6) ergeben sich neben den beiden bei der Obergerichtskasse sichergestellten Betreibungsforderungen der Konkursgläubigerin (Betreibungen-Nrn. ... und ...; vgl. act. 4/1-2) acht weitere Betreibungen, von denen jedoch in zweien die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. In fünf Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger wurden Verlustscheine nach Art. 115 SchKG ausgestellt, welche einen Gesamtbetrag von Fr. 16'199.45 aufweisen. Eine weitere Betreibung über Fr. 1'113.65 befindet sich im Einleitungsstadium. Insgesamt bestehen gegen die Schuldnerin damit offene Verlustscheine von Fr. 16'199.45 und offene Betreibungsforderungen von Fr. 1'113.65.

2.4 Die Schuldnerin begründet ihre Zahlungsschwierigkeiten mit privaten Problemen des Vorsitzenden der Geschäftsführung, wobei es ihm persönlich und dadurch auch der Schuldnerin inzwischen wieder besser gehe (act. 11 S. 1). Zu ihrer finanziellen Situation führt sie im Wesentlichen aus, sie könne ihre finanziel-

len Verpflichtungen wieder ganz erledigen und es würden keine neuen Schulden mehr anfallen; zudem erwarte der Vorsitzende das Erbe seiner verstorbenen Mutter, mit welchem er die noch ausstehenden Schulden tilgen könne. Zudem habe sie mit der Suva eine Ratenzahlungsvereinbarung abgeschlossen und werde die bereits ausgestellten Verlustscheine ebenfalls mittels Ratenzahlung zurückkaufen (act. 11 S. 2).

2.4.1 Vorab festzuhalten ist, dass die Schuldnerin insoweit die Sphäre des Vorsitzenden ihrer Geschäftsführung mit ihrer eigenen vermischt, als sie geltend macht, dieser könne die noch ausstehenden Schulden mit dem zu erwartenden Erbe seiner Mutter tilgen, würde es sich bei einer solchen Tilgung doch um eine Schuldentilgung durch einen Dritten und damit letztlich nur um eine Umschichtung der entsprechenden Schulden handeln.

Im Weiteren ergibt sich aus den von der Schuldnerin eingereichten Unterlagen, dass diese im Wesentlichen für einen einzigen Auftraggeber, nämlich die C._____ AG, tätig ist und von dieser regelmässige monatliche Zahlungen zwischen Fr. 8'000.– und Fr. 10'500.– erhält (vgl. act. 12/4 und 12/7/1-6). Im laufenden Geschäftsjahr konnte die Schuldnerin durch die Zahlungen der C._____ AG einen Ertrag von Fr. 56'705.45 erzielen (vgl. act. 12/4). Aus der von der Schuldnerin eingereichten Bilanz und Erfolgsrechnung 2016 ist sodann ersichtlich, dass im vergangenen Geschäftsjahr einem gesamthaften Ertrag aus Arbeiten von Fr. 105'954.85 insgesamt Betriebsaufwendungen von Fr. 79'213.70 gegenüberstanden, was einen Ertragsüberschuss von Fr. 26'213.70 ergibt. Zwar wird dieser nach Steuern – wohl versehentlich – als Jahresverlust ausgegeben (vgl. act. 12/2 S. 3), doch ist anhand der eingereichten Bilanz davon auszugehen, dass die Schuldnerin im vergangenen Geschäftsjahr einen Gewinn von Fr. 26'502.90 erzielt hat. Aufgrund dessen, dass der im laufenden Geschäftsjahr pro Monat erzielte Ertrag in etwa gleich hoch war wie im letzten Jahr, ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin im laufenden Geschäftsjahr ein ähnliches Ergebnis erzielen wird. Da es ihr damit möglich ist, die offene Verlustscheinforderungen von Fr. 16'199.45 sowie die offenen Betreuungsforderungen von Fr. 1'113.65 innert nützlicher Frist, längstens aber innerhalb von zwei Jahren abzutragen, ist die Zah-

lungsfähigkeit der Schuldnerin als hinreichend glaubhaft gemacht anzusehen, zumal eine Tatsache bereits dann glaubhaft ist, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung des Konkurses bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht. Sollte es jedoch den Erwartungen zum Trotz in- nert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre diese Tat- sache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gerade noch als glaubhaft gemacht anzusehen ist, weshalb die Be- schwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

III.

Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzli- che Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. Die Spruchge- bühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrech- nen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Ver- fahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 22. August 2017 (Geschäfts-Nr. EK170284-I), 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. 450.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 9'310.80 der Gläubigerin auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten);
 - das Konkursamt Dübendorf;
 - das Betreibungsamt Dübendorf;je gegen Empfangsschein, sowie mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an die Obergerichtskasse.
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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
15. September 2017