

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170258-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 28. November 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Sammelstiftung ... , ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 15. November 2017(EK171682)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) vom 15. November 2017, 10.00 Uhr, wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 9/9 = act. 8 = act. 3 S. 1):

CHF	8'031.30	nebst Zins zu 5 % seit 01.01.2017
CHF	400.00	Umtriebsspesen
CHF	205.60	Betreibungskosten

1.2. Mit Beschwerde vom 21. November 2017 (überbracht am 22. November 2017) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 23. November 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 6). Am 23. November 2017 (überbracht) machte die Schuldnerin eine weitere Eingabe und reichte weitere Belege ein (act. 13; act. 14/1-7). Die Eingabe ist noch innerhalb der laufenden Rechtsmittelfrist (bis 1. Dezember 2017; act. 9/12) erfolgt, weshalb sie Berücksichtigung finden kann. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. 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 Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeispiele über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzli-

chen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). 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 Schuldnerin belegt, am 22. November 2017 Fr. 8'986.75 und damit die Konkursforderung samt Zinsen, Umtriebsspesen und Betriebskosten bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5). Mit Zahlung vom selben Datum hat die Schuldnerin zudem auch den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 6). Im Weiteren hat die Beschwerdeführerin mit Zahlung vom 21. November 2017 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 1'800.00 sichergestellt (act. 4/1). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 der 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, die Behauptungen seien zutreffend, 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 vom 10. Juli 2012 E. 2.3).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der

Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 22. November 2017 weist insgesamt drei zwischen dem 17. Juni 2016 und dem 24. Mai 2017 eingeleitete Betreibungen aus (act. 7). Bei einer handelt es sich um die nun hinterlegte Konkursforderung. Zur Betreibung-Nr. 1 der C._____ AG über Fr. 47'398.95 bringt die Schuldnerin vor, dass die Forderung nicht gegen sie, sondern gegen D._____, ihren (einzigen) Gesellschafter und Geschäftsführer, persönlich gerichtet sei. Die Betreibung gegen die Gesellschaft werde daher gelöscht (act. 13 S. 2). Aus den von der Schuldnerin hierzu eingereichten Belegen ist ersichtlich, dass die C._____ AG die Forderung über Fr. 47'398.95 nebst Zins zu 5% seit dem 2. August 2016 gegen die Schuldnerin als auch gegen D._____ beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich eingeklagt hat (act. 4/5-6). Die Behauptung der Schuldnerin, dass die Forderung D._____ persönlich betrifft und die Betreibung-Nr. 1 zu Unrecht gegen sie angehoben wurde, ist aus diesem Grunde als glaubhaft zu erachten. In der Betreibung-Nr. 2 hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben. Sinngemäss bestreitet sie die Höhe der Forderung und macht geltend, auf eine Einigung mit der Gläubigerin zu warten (act. 13 S. 2). Aufgrund des im Betreibungsregister vermerkten Betreibungsdatums vom 17. Juni 2016 ist wahrscheinlich, dass die Betreibung nach der Erhebung des Rechtsvorschlages nicht weiterverfolgt wurde resp. die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens bereits abgelaufen ist (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG). Es ist davon auszugehen, dass der Rechtsvorschlag aus begründetem Anlass erfolgte und somit gegenüber der Schuldnerin keine offenen Betreibungsforderungen mehr vorliegen.

2.3.3. Die Schuldnerin ist seit dem 6. Dezember 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Planung und Ausübung von Sanitär-, Lüftungs- und Heizungsinstallationen, sowie alle in der Baubranche üblichen Tätigkeiten (act. 10). Die Schuldnerin führt aus, nicht verschuldet zu sein. Auf ihrem Firmenkonto befänden sich Fr. 28'000.00 und es würden ihr weitere zirka Fr. 100'000.00 zufließen. Die Auftragslage sei bis Mitte nächsten Jahres gesichert, sie befinde sich mitten in einem Grossauftrag betreffend den Neubau von 123 Wohnungen zu einem Werklohn von Fr. 550'00.00. Sie verfüge über offene Debitoren von insgesamt Fr. 83'732.60 und Rechnungen im Umfang von zirka Fr. 35'000.00 seien noch nicht gestellt worden. Ihre laufenden monatlichen Kos-

ten beständen im Wesentlichen in der Büromiete über Fr. 830.00, der Lagermiete über Fr. 750.00, der Parkplatzmiete von Fr. 524.95 und der SVA-Akontozahlungen über Fr. 1'900.65. Die Lohnsumme variiere aufgrund der Anstellungen im Stundenlohn zwischen Fr. 22'000.00 bis Fr. 30'000.00. Im Oktober 2017 hätten sich die Lohnkosten auf Fr. 24'748.00 belaufen. Für das Leasing des Audi Allroad sei eine Vorauszahlung von Fr. 14'990.40 geleistet worden. Die Schuldnerin erklärt, zur Konkurseröffnung sei es aufgrund von Kommunikationsproblemen mit der Gläubigerin sowie einer Auslandsabwesenheit des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers gekommen (act. 13).

2.3.4. Die Schuldnerin reicht keinen Zwischenabschluss sowie keine Kreditorenliste, Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Zu beachten ist jedoch, dass die Schuldnerin in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen, Spesen und Kosten über fast Fr. 9'000.00 zu begleichen, beim Konkursamt Fr. 1'800.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen (vgl. act. 4/1, act. 5-6). Aus dem eingereichten Auszug des Firmenkontos ergibt sich sodann per 22. November 2017 ein Guthaben der Schuldnerin von Fr. 28'887.42. Es ist ersichtlich, dass im Zeitraum vom 2. Oktober 2017 bis 20. November 2017 die Gutschriften auf dem Firmenkonto von Fr. 135'033.30 die Belastungen in der Höhe von Fr. 115'18.66 überstiegen (act. 4/4 und act. 14/4). Aufgrund dessen sowie dem Umstand, dass die Schuldnerin seit ihrer Eintragung im Handelsregister im Jahr 2012 einzig dreimal betrieben wurde (act. 10), ist davon auszugehen, sie könne ihre laufenden Verbindlichkeiten mit den laufenden Einnahmen decken. Der eingereichte Werkvertrag vom 27. März resp. 6. April 2017 über ein Pauschalhonorar von Fr. 550'000.00 – Regiearbeiten werden zusätzlich entschädigt – lässt zudem auf das behauptete, laufende Projekt schliessen (act. 14/7). Die vorgelegten Rechnungen sowie Buchungen belegen die regelmässigen Einkünfte aus dem Projekt (act. 14/5). Dem Werkvertrag vom 8. November 2016 zufolge besteht ein weiteres Projekt, aus dem der Schuldnerin ein Pauschalhonorar über Fr. 135'000.00, zuzüglich zusätzlich zu entschädigende Regiearbeiten, zufließen

wird (act. 14/1). Ausserdem bestehen noch offene Debitoren über einen Rechnungsbetrag von Fr. 83'738.95 (act. 14/6).

Es ist aufgrund alledem zu Gunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass sie ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen künftig befriedigen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG anzusehen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, 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 der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine 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, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. November 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.00 (Fr. 1'800.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 8'986.75 an die Gläubigerin auszubahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 13, 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. K. Würsch

versandt am: