

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 15. Februar 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. Januar 2018 (EK170380)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11.11.2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie insbesondere die Planung und Realisierung von Bauprojekten für sich oder im Auftrag Dritter in der Schweiz und alle damit in Zusammenhang stehenden Geschäfte und Dienstleistungen (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 15. Januar 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 5'899.85 nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2017, Fr. 400.00 Nebenforderungen, und Fr. 163.60 Betreibungskosten, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 662.95 (act. 3 = act. 6 = act. 7/7). Der Schuldnerin wurde dieser Entscheid am 16. Januar 2018 zugestellt (act. 7/8).

1.3. Mit Eingabe vom 25. Januar 2018 erhob die Schuldnerin mit – durch ihren Geschäftsführer – persönlich überbrachter Eingabe rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihr mit Verfügung vom 25. Januar 2018 einstweilen gewährt wurde (act. 8). Am 26. Januar 2018 und damit am letzten Tag der Frist reichte die Schuldnerin dem Gericht weitere Unterlagen (insbesondere Geschäftszahlen sowie Rechnungen zu Debitorenlisten, act. 11/1-5) ein.

1.4. Da die Schuldnerin bereits am 17. Januar 2018 Fr. 750.– an die Obergerichtskasse überwiesen hatte (vgl. act. 4/4), konnte von einer Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses abgesehen werden.

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

2.2. 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 Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3.

3.1. Der Konkureröffnung liegt eine Forderung von Fr. 6'101.90 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 5'899.85 vom 1. Januar 2017 bis 15. Januar 2018, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 662.95 vom 23. Oktober 2017, sowie Fr. 400.00 Nebenforderungen und Fr. 163.60 Betreibungskosten) zu Grunde (vgl. act. 3 und act. 7/1). Die Schuldnerin belegt, die Forderung der Gläubigerin inkl. Zinsen und Kosten am 17. Januar 2018 zugunsten der Gläubigerin an das Betreibungsamt Wetzikon bezahlt zu haben (vgl. act. 4/6 und act. 4/7). Damit hat die Schuldnerin die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Wetzikon) einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt. Sodann liegt eine Bestätigung des Konkursamtes Wetzikon vom 17. Januar 2018 vor, wonach die Schuldnerin beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'000.00 sichergestellt hat resp. dieses Depot ausreichend sei, um der Gläubigerin den von ihr bezahlten Kostenvorschuss vollumfänglich zurückzuerstatten (act. 4/3). Eben-

so hat die Schuldnerin, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 4/4, oben E. 1.4). Der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) wurde damit innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.2. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, welcher beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner hingegen noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

3.3. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er 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). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringenden 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).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem von der Schuldnerin eingereichten Auszug vom 25. Januar 2018 (act. 4/2) folgt, dass zwar – inklusive der Forderung, welcher zur Konkursöffnung führte – sieben Einträge mit einer Gesamtsumme von Fr. 26'217.20 verzeichnet sind. Sämtliche dieser offenen Forderungen wurden jedoch bezahlt, was durch den eingereichten Betreibungsregisterauszug belegt wird. Per 25. Januar 2018 bestanden somit keine offenen Betreibungen mehr, was die Behauptung einer bloss temporären Illiquidität oder Unachtsamkeit der Schuldnerin stützt.

Die Schuldnerin führt aus, über eine gute Auftragslage zu verfügen, daneben habe sie jedoch die Administration etwas vernachlässigt. Sie habe im letzten Jahr verschiedene Projekte geleitet, unter anderem ein Projekt in Winterthur mit einer Bausumme von Fr. 13.7 Millionen, drei weitere Projekte mit einer Bausumme von Fr. 150'000.00, Fr. 250'000.00 und Fr. 500'000.00 sowie weitere, kleinere Projekte. Sie beteuert, aus den Fehlern gelernt zu haben, seit Oktober 2017 einen Projekt- und Bauleiter und seit November 2017 jemanden für die Buchhaltung engagiert zu haben. Aktuell stünde die Unternehmung in den Endverhandlungen für zwei grössere Bauprojekte in Millionenhöhe. Aus der aktuellen Debitorenliste (act. 4/5) sei ersichtlich, dass Zahlungen in der Höhe von Fr. 389'000.00 erwartet würden.

Die Schuldnerin reicht die Erfolgsrechnung 2014 bis 2016 sowie die provisorische Erfolgsrechnung 2017 ein (act. 11/1). Daraus ist ersichtlich, dass sich der Ertrag der Unternehmung, welcher sich aus verschiedenen Honoraren zusammensetzt, von knapp Fr. 220'000.00 im Jahr 2014 über Fr. 245'000.00 im Jahr 2016 auf provisorische Fr. 516'000.00 im Jahr 2017 erhöht hat. Demgegenüber steht ein (kontinuierlich erhöhter) Personalaufwand von letztmals gut Fr. 150'000.00 und weiterer Aufwand von rund Fr. 100'000.00. Somit hat sich der Erfolg vor Steuern von Fr. 10'000.00 im ersten Jahr auf (gerundet) Fr. 50'000.00 im Jahr 2015, über

Fr. 36'000.00 im Jahr 2016 auf provisorisch Fr. 260'000.00 im Jahr 2017 gesteigert. Es erscheint daher glaubhaft, dass die Schuldnerin über eine gute Auftragslage verfügt und Gewinne erzielt. Aus der eingereichten Debitorenliste (act. 4/5 und 11/2) geht weiter hervor, dass im Januar 2018 Fr. 10'000.00 fakturiert wurden und für ein Projekt Akonto-Rechnungen von Fr. 140'000.00 geplant sind. Wie es sich mit den Debitoren für Aufwände im Jahr 2017 von insgesamt Fr. 249'000.00 respektive deren Zahlungsstand verhält, ist unklar. Die Debitoren für die Arbeiten im Jahr 2017 scheinen (korrekterweise) in der provisorischen Erfolgsrechnung 2017 reflektiert worden zu sein (vgl. act. 11/1 und act. 11/2) und dürften sich daher einzig noch durch den Zahlungseingang, sofern dieser nicht bereits erfolgt ist, auf die Liquidität der Unternehmung auswirken. Unter Berücksichtigung der Erfolgsrechnung und der Tatsache, dass die im Betreibungsregister vermerkten Forderungen allesamt bezahlt wurden, ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der am 15. Januar 2018 über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben ist.

4.

Die Schuldnerin hat trotz der Guttheissung ihrer Beschwerde die Kosten beider Instanzen zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Guttheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. Januar 2018, 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. 300.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Wetzikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.00 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. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wetzikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wetzikon, 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:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:
15. Februar 2018