

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 23. April 2018

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Sàrl,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 21. Februar 2018 (EK171822)

Erwägungen:

1. Am 21. Februar 2018 wurde gestützt auf zwei Forderungen der B. _____ Sàrl (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 9'811.90 nebst Zins zu 5 % seit 18.08.2014 und von Fr. 11'896.35 nebst Zins zu 5 % seit 08.08.2014 zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 221.60 über die A. _____ AG (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Schuldnerin) der Konkurs eröffnet (act. 3). Das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich konnte der Schuldnerin nicht zugestellt werden (act. 6/25). Die Post retournierte die Sendung nach Ablauf der 7tägigen Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz (act. 6/25). Da die Schuldnerin aufgrund der vorgängig zugestellten Verhandlungsanzeige (act. 6/21) mit einer Zustellung rechnen musste, gilt der Endentscheid am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, somit am 1. März 2018 (act. 16 i.V.m. act. 6/25), als zugestellt (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach unter Berücksichtigung des Fristenlaufs am Wochenende am 12. März 2018 ab (Art. 142 ZPO). Mit Beschwerde vom 5. März 2018 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 7. März 2018 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

2. a) 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungs-

gründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat.

b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin einen Betrag von Fr. 26'675.55 bei der Obergerichtskasse hinterlegt, nämlich Fr. 750.– Kostenvorschuss für das obergerichtliche Verfahren und gestützt auf die Abrechnung des Betreibungsamtes Fr. 25'925.55 zur Tilgung der Konkursforderung (act. 4/6-7 und act. 8 i.V.m. act. 2 S. 2). Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz den Konkurs über die Schuldnerin gestützt auf zwei Forderungen der Gläubigerin im Gesamtbetrag von Fr. 21'708.25 (zuzüglich Betreibungskosten und Zinsen) eröffnet (act. 3). Die Vorinstanz übersah, dass die Gläubigerin in ihrem Konkursbegehren eine Teilzahlung von Fr. 2'000.– vom 4. Mai 2017, welche nach Ausstellung der Konkursandrohung geleistet worden war (act. 6/4/2), aufführte und diese Teilzahlung von ihrer ursprünglichen Konkursforderung in Abzug brachte (act. 6/4/1). Effektiv schuldete A._____ AG B._____ Sàrl im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Fr. 23'746.55 (act. 18). Die Schuldnerin hinterlegte demnach Fr. 2'179.– zu viel, was im Zusammenhang mit der Beurteilung ihrer wirtschaftlichen Situation zu berücksichtigen sein wird (Ziffer 4 nachstehend). Innert laufender Rechtsmittelfrist stellte die Schuldnerin ausserdem beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 4/8). Damit ist ein Konkurshinderungsgrund (Hinterlegung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG dargetan.

3. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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 zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesent-

lichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

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 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

b) Die Schuldnerin bezweckt den Bau von Holzhäusern sowie den Vertrieb von Komponenten für den Bau von Holzhäusern und ist seit dem 25. Juni 1971 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 5). In der Beschwerde führte C._____, einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied aus, aufgrund von Verzögerungen mit Löschungen von Einträgen im Grundbuch habe die Schuld vor dem Konkursöffnungstermin nicht rechtzeitig beglichen werden können. Die Zahlung hätte aus einem Guthaben aus einem früheren Rechtsstreit erfolgen sollen. In der Zwischenzeit seien die Mittel aus dem erwähnten Guthaben deblockiert und in Abstimmung mit dem Konkursamt sei die offene Schuld beim Obergericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt worden (act. 2 S. 1-2).

4. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Zeitraum 5. März 2013 bis 5. März 2018 wurden 14 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 118'583.95 eingeleitet (act. 4/9). Davon sind gemäss Auszug aus dem Register des Beteiligungsamtes Zürich 7 vom 5. März 2018 nebst der hinterlegten Konkursforderung noch 9 Beteiligungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 92'448.60 offen. Für eine Forderung wurde die Beteiligung eingeleitet (Fr. 90.-), für vier Forderungen erfolgte die Pfändung (insgesamt Fr. 52'563.15) und eine Beteiligungsforderung zugunsten D._____ befindet sich im Stadium der Konkursandrohung (Fr. 9980.-). Drei Forderungen sind mit einem Rechtsvorschlag behaftet (insgesamt Fr. 29'815.45). Gemäss Aufstellung des Beteiligungsamtes "Auszug über offene Beteiligun-

gen" belaufen sich die offenen Betreibungen, sogenannter "Abrechnungsbetrag" mit Valuta 5. März 2018, auf Fr. 123'596.60. Wird davon die vorliegende Konkursforderung im Abrechnungsbetrag von Fr. 25'925.55 abgezogen, resultiert ein Gesamtbetrag von Fr. 97'671.05. Die Differenz zum oben berechneten Betrag von Fr. 92'448.60 ist darauf zurückzuführen, dass das Betreibungsamt zu den im Betreibungsregister aufgeführten Forderungsbeträgen Zinsen bis zum 5. März 2018 sowie Betreibungskosten und weitere Kosten hinzugerechnet hat (act. 4/6). Die Schuldnerin nimmt in ihrer eingereichten Tabelle "Zusammenstellung Debitoren/Kreditoren/Forderungen/Aufträge bis Ende 2018 - Status 5. März 2018" Bezug auf diese Abrechnungsbeträge (act. 4/11 und act. 4/6). Was die drei, mit einem Rechtsvorschlag behafteten Forderungen betrifft, wird die Forderung in der Betreibung Nr. 1 zugunsten der E._____ gemäss dieser Tabelle anerkannt. Vollumfänglich bestritten wird aber die Forderung von Fr. 16'195.00 (Abrechnungsbetrag Fr. 16'413.55) zugunsten F._____ mit dem Hinweis, der Auftrag sei korrekt erfüllt worden (act. 4/11 und act. 4/9). Es rechtfertigt sich daher, diese bestrittene Forderung nicht zu berücksichtigen. Bezüglich der Forderung in der Betreibung Nr. 2 zugunsten G._____ SA G'._____ im Betrag von Fr. 2'115.40 (Abrechnungsbetrag Fr. 2'491.35) nimmt die Schuldnerin einen Abzug von Fr. 1'294.– vor (act. 4/11 und act. 4/6). Da dies nicht begründet wird, ist diese Betreibungsforderung ohne jeglichen Abzug als Schuld zu berücksichtigen. Somit resultieren offene Betreibungsforderungen im Betrag von Fr. 76'253.60 (Fr. 92'448.60 – Fr. 16'195.–), bzw. im "Abrechnungsbetrag" von total Fr. 81'257.50 (Fr. 97'671.05 – Fr. 16'413.55) (act. 4/6, act. 4/9 und act. 4/11). Aus der von der Schuldnerin eingereichten Tabelle ergibt sich zusätzlich eine Schuld von Fr. 580.– zugunsten von Rechtsanwalt H._____ (act. 4/11). Zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin rechtfertigt es sich für Berechnung der Höhe der Schulden auf die im Betreibungsregister aufgeführten Zahlen abzustellen. Somit ist von Schulden in der Höhe von Fr. 76'253.60 zuzüglich Fr. 580.–, insgesamt Fr. 76'833.60 auszugehen.

b) Zur Beurteilung des Geschäftsganges wurde keine Bilanz bzw. Zwischenbilanz eingereicht. Inwieweit und ob die Firma überhaupt noch eine Geschäftstätigkeit ausübt, ist unklar. Die Schuldnerin reicht drei Auftragsbestätigungen ein (act. 4/12-14), eine betreffend Ausbesserungsarbeiten in I._____ für J._____ mit einer Auftragspauschale von Fr. 2'250.– und Auftragsausführung im April 2018 (budgetierter Nettoertrag Fr. 1'250.– im April 2018, act. 4/12 i.V.m. act. 4/11), eine betreffend Instandstellungsarbeiten nach Wasserschaden in ... [Ort] für C._____ privat im Zusammenhang mit einer Kostengutsprache der Zürich Versicherung (budgetierter Nettoerlös Fr. 5'000.– im Mai 2018, act. 4/13 i.V.m. act. 4/11) und eine betreffend Planung einer Sanierung und dringender Instandstellungsarbeiten einer Scheune in K._____ für die L._____ GmbH (vertreten durch M._____) mit einer Auftragspauschale von Fr. 20'000.– (budgetierter Nettoerlös Fr. 5'000.– im Dezember 2018, act. 4/14 i.V.m. act. 4/11). Das Auftragsvolumen bzw. der daraus resultierende Gewinn bezogen auf das Jahr 2018 lassen nicht auf eine rege Geschäftstätigkeit schliessen, zumal ja ein Auftrag von C._____ privat erteilt wurde und einer von der L._____ GmbH (Gesellschafter und Geschäftsführer M._____, Vater von C._____, vgl. act. 6/4/1 Rückseite), an welcher C._____ auch einmal beteiligt war (act. 17). Im Kontokorrent-Auszug der CREDIT SUISSE werden für den Zeitraum 1. Februar 2016 bis 31. Dezember 2017 lediglich drei Gutschriften im Gesamtbetrag von Fr. 2'303.05 aufgeführt, wobei eine Zahlung von der Ausgleichskasse (Fr. 40.60) erstattet wurde. Somit wären höchstens Fr. 2'262.45 als Einnahmen für die Geschäftstätigkeit in diesem Zeitraum zu berücksichtigen. Auch die in diesem Konto-Auszug erwähnten Ausgaben – nebst Bankspesen werden lediglich zwei Zahlungen an die N._____ AG von einmal Fr. 653.40 und einmal Fr. 564.85 aufgeführt – lassen nicht auf eine rege Geschäftstätigkeit schliessen (act. 4/15). Zudem werden im Betreibungsregister-Auszug Ende 2017 bzw. anfangs 2018 keine weiteren Betreibungen der Ausgleichskassen und der SUVA aufgeführt (act. 4/9) und der Saldo auf dem Kontokorrent der CREDIT SUISSE per 5. März 2018 entspricht jenem vom 31. Dezember 2017 (act. 4/15). All dies deutet auf eine Betriebseinstellung hin, zumal auch

in der Tabelle der Schuldnerin nur ein Debitor (O._____) und ein Kreditor (Rechtsanwalt H._____) aufgeführt sind (act. 4/11).

Auf der Aktivseite weist die Schuldnerin auf dem Kontokorrent bei der CREDIT SUISSE per 5. März 2018 ein Guthaben von Fr. 944.45 aus. Auf das Klientenkonto von Rechtsanwältin P._____ wurden von O._____ zugunsten der A._____ AG unter Bezugnahme auf den Vergleich vom 12. Dezember 2017 am 23. Januar 2018 Fr. 100'000.– überwiesen (act. 4/16). Nach Abzug der Einzahlungen an das Betreibungs- und Konkursamt des Bezirkes Sitten, Fr. 220.85 (act. 4/16), und an das Obergericht, Fr. 26'675.55 (act. 4/7), verbleibt demnach noch ein Guthaben auf dem Klientenkonto der Walliser Kantonalbank, lautend auf obige Rechtsanwältin, von Fr. 73'103.60 zugunsten der A._____ AG. Dieser Betrag zusammen mit dem Guthaben auf der CREDIT SUISSE von Fr. 944.45 reicht nicht aus, um die Schulden im Umfang von Fr. 76'833.60 zu tilgen. Es besteht ein Manko von Fr. 2'785.55 [Fr. 76'833.60 – (Fr. 73'103.60 + Fr. 944.45)]. Der von der Schuldnerin aufgeführte Negativsaldo des Kontokorrentes Q._____ im Betrag von Fr. 50'403.– scheint kurzfristig nicht realisierbar zu sein, führt doch die Schuldnerin aus, hierfür sei ein Rechtsstreit nötig (act. 4/11). Die Schuldnerin erwähnt in ihrer Tabelle unter Hinweis auf den eingereichten Vergleich (act. 4/1) eine offene Rechnung O._____ von Fr. 2'250.– mit budgetiertem Zahlungseingang März 2018 (act. 4/11). Aus dem eingereichten Vergleich ergibt sich, dass Herr und Frau O._____ der Schuldnerin noch weitere Kosten schulden, nämlich $\frac{1}{2}$ der Anwaltskosten sowie Betreibungs- und Hinterlegungskosten. Diese offene Rechnung O._____ kann deshalb für die Zahlung der Restschuld von Fr. 2'785.55 berücksichtigt werden. Demnach verbleiben noch Fr. 535.55 (Fr. 2'785.55 – Fr. 2'250.–), die es zu tilgen gilt. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 2'179.– zu viel hinterlegt hat und ihr dieser Betrag zur Schuldentilgung zur Verfügung steht (vgl. Ziffer 2.b). Somit könnten alle Schulden mit den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln bezahlt werden. Weitere flüssige Mittel stehen der Schuldnerin auch aus den bis Ende Jahr insgesamt zu erwartenden Zahlungseingängen (April 2018 Fr. 1'250.– für Renovation

I._____, act. 4/12; Mai 2018 Fr. 5'000.– für den Wasserschaden gemäss Kostengutsprache Zürich Versicherung, act. 4/14; Dezember 2018 Fr. 5'000.– für die Planung K._____, act. 4/13) zur Verfügung, wobei offen gelassen werden kann, ob der Auftrag von der L._____ GmbH – es fehlt die Unterzeichnung der Auftragsbestätigung durch M._____ – überhaupt erteilt wurde. Zudem hat sich C._____ als Privatperson unterschriftlich verpflichtet, der Schuldnerin aus deren Inventar bestimmtes Material und diverses Kleinwerkzeug zu einem Übernahmepreis von Fr. 3'500.– abzukaufen (act. 4/8).

5. a) Gestützt auf obige Erwägungen hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zum heutigen Zeitpunkt hinreichend glaubhaft gemacht. Insgesamt sind aber die von ihr eingereichten Unterlagen zur Untermauerung ihrer Zahlungsfähigkeit, insbesondere ihrer Geschäftstätigkeit äusserst dürftig ausgefallen.

b) Die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses sind erfüllt, was zur Gutheissung der Beschwerde führt. Die Schuldnerin wird aber zur Abwendung einer neuen Konkursöffnung die Forderung in der Betreuung Nr. 3 zugunsten D._____ (Stadium Konkursandrohung, act. 4/9) sofort zu begleichen haben.
6. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, von dem bei ihr zur Tilgung der Konkursforderung hinterlegten Betrag von Fr. 25'925.55 der Gläubigerin Fr. 23'746.55 und der Schuldnerin den Restbetrag, Fr. 2'179.–, auszuzahlen (act. 8 und act. 18).
7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. Februar 2018, 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 Kasse des Obergerichtes wird angewiesen, von dem bei ihr zur Tilgung der Konkursforderung (Betreibung Nr. 4 des Betreibungsamtes Zürich 7) hinterlegten Betrag von Fr. 25'925.55 der Gläubigerin Fr. 23'746.55 und der Schuldnerin den Restbetrag, Fr. 2'179.–, auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der 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 unter Beilage der Doppel von act. 11 - 15, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Zürich 7 und an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
23. April 2018