

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160087-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 30. Mai 2016

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch "C._____ AG",

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. April 2016 (EK160552)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) vom 21. April 2016 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 21'579.85 nebst Zins zu 5% seit 17. Oktober 2015 sowie Umtriebsspesen von Fr. 600.00 zuzüglich Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/6).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 9. Mai 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/8). Mit Präsidialverfügung vom 10. Mai 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Ferner wurde das Gesuch der Schuldnerin um Gewährung einer Nachfrist zur Einreichung weiterer Unterlagen abgewiesen und es wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Die Schuldnerin leistete den Kostenvorschuss innert Frist (act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-8). 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 durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. 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 Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind *innert* der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

2.2. Das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. April 2016 wurde der Schuldnerin am 28. April 2016 zugestellt (act. 8/8). Die zehntägige Beschwerdefrist lief damit am Montag, 9. Mai 2016, ab (Art. 142 Abs. 3 ZPO). Die Schuldnerin offeriert zu diversen in ihrer Beschwerdeschrift vom 9. Mai 2016 aufgestellten Behauptungen eine Zeugenbefragung, eine Auskunft des Betreibungsamtes Zürich 10 resp. eine schriftliche Auskunft der D._____ AG (vgl. bspw. act. 2 Rz. 9-17, 22-23, 26, 46). Die Schuldnerin hat ihre Beschwerdeschrift am letzten Tag der Rechtsmittelfrist der Post übergeben; die Beschwerde ist einen Tag später bei der Kammer eingegangen (vgl. act. 2 und act. 8/8). Es hätte an der Schuldnerin gelegen und es wäre ihr zumutbar gewesen, innert Frist schriftliche Dokumente zur Glaubhaftmachung beizubringen.

2.3. Die Schuldnerin belegt, dass sie dem Betreibungsamt Zürich 10 in der Betreuung-Nr. 1 am 9. Mai 2016 einen Betrag von Fr. 23'120.90 einbezahlt hat. Gemäss der Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 10 wurden der Gläubigerin insgesamt Fr. 22'996.90 abgeliefert (act. 2 Rz. 5; act. 5/6). Dadurch hat die Schuldnerin den Nachweis erbracht, dass die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung samt Zinsen, Umtriebsspesen und Betreuungskosten innert laufender Beschwerdefrist beglichen wurde. Im Weiteren hat die Schuldnerin am 9. Mai 2016 und damit ebenfalls innert der Beschwerdefrist Fr. 1'400.00 beim Konkursamt Unterstrass-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sichergestellt. Zudem leistete sie einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren (act. 2 Rz. 6; act. 5/7; act. 11). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.4.1. Nebst einem Konkursaufhebungsgrund hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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 vorüberge-

hende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig 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, 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 von 10. Juli 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).

2.4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 10 vom 26. April 2016 umfasst den Zeitraum vom 26. April 2011 bis 26. April 2016 (act. 5/8). In der Periode vom 19. Juni 2013 bis 2. November 2015 wurde die Schuldnerin insgesamt 29 Mal betrieben. 18 Betreibungen im Betrag von Fr. 80'608.00 wurden durch Bezahlung an das Betreibungsamt (Code ...) bzw. an die Gläubigerin (Code ...) erledigt. Neben der Betreibung der nun bezahlten Konkursforderung bestehen damit noch 10 Betreibungen. Verlustscheine bestehen keine. Im Beschwerdeverfahren belegt die Schuldnerin mittels Abrechnungen des Betreibungsamtes Zürich 10 vom 9. Mai 2016, die Forderungen aus den Betreibungen Nr. 2 und Nr. 3 beglichen zu haben. Die Abrechnungen bescheinigen den Erhalt des Endbetrages von insgesamt Fr. 10'235.00 durch das Betreibungsamt sowie die Ablieferung der Forderungsbeträge an die Gläubiger (act. 5/17). Die Betreibungen Nr. 4 vom 19. Juni 2013, Nr. 5 vom 22. Juli 2014 sowie Nr. 6 vom 11. August 2014 wurden durch die Erhebung eines Rechtsvorschlages gestoppt (Code ...). Die Schuldnerin führt aus, die diesen Betreibungen zugrundeliegenden Forderung würden bestritten und die Betreibungen seien zu Unrecht erfolgt (act. 2

Rz. 30-32). Es fehlt jedoch an hinreichenden Belegen zur Glaubhaftmachung dieser Behauptungen. Allerdings wendet die Schuldnerin zur Betreuung Nr. 6 ein, dass die Frist zur Fortsetzung der Betreuung (Art. 88 Abs. 2 SchKG) wohl inzwischen verstrichen sei (act. 2 Rz. 32). Dieser Einwand ist für alle drei Betreibungen zu berücksichtigen. Die Schuldnerin erklärt, in den noch offenen Betreibungen Nr. 7, Nr. 8, Nr. 9, Nr. 10 und Nr. 11 seien bereits Teilzahlungen geleistet worden (act. 2 Rz. 46). Sie reicht aber keine Belege ein, aus welchen die Höhe resp. die Leistung von Zahlungen hervorgehen würde. Entsprechend ist davon auszugehen, dass noch 5 Betreuungsforderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 36'109.60 offen sind. Bei allen wurde die Fortsetzung der Betreuung eingeleitet (Code ...).

2.4.3. Die Schuldnerin ist seit dem 2. April 1997 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie das Erstellen von Flachdach-Isolationen, Gussplatten sowie Fugenabdichtungen (act. 6). Die Schuldnerin führt aus, sie sei im Jahr 1997 von E._____ gegründet worden. E._____ sei der Alleinaktionär und plane altershalber das Geschäft an seinen Sohn zu übertragen (act. 2 Rz. 8-9, 22). In den letzten Jahren sei E._____ zunehmend durch seine Diabetes-Krankheit sowie eine schwierige Auseinandersetzung mit seiner Ehefrau belastet gewesen. Darunter habe die Erledigung der administrativen Arbeiten gelitten. Die vermehrten Betreibungen ab dem Jahr 2013 würden in den Zeitraum fallen, in dem E._____ tägliche Auseinandersetzungen mit seiner Ehefrau gehabt habe. Er habe es auch versäumt, die Buchhaltung erstellen zu lassen und die Lohnmeldungen an die Sozialversicherungen (SVA, SUVA, F._____ sowie die Gläubigerin) vorzunehmen. Bei den in Betreuung gesetzten Forderungen handle es sich praktisch ausschliesslich um solche, für welche Lohnmeldungen notwendig seien. Die in Betreuung gesetzten Beiträge seien nicht bzw. jedenfalls nicht in der betriebenen Höhe geschuldet (act. 2 Rz. 10-14, 28 und 33). Die Schuldnerin erklärt, ein Gesamtarbeitsvertrag zur Einführung eines Vorruhestandsmodells (VRM) sei erstmals im Jahr 2010 abgeschlossen worden. Ihr sei nicht bewusst gewesen, dass der Gesamtarbeitsvertrag allgemeinverbindlich erklärt worden sei und sie möglicherweise im Zusammenhang mit der Finanzierung des Vorruhestandsmodells beitragspflichtig geworden sein könnte. Sie

beschäftige seit dem Jahr 2014 keine Angestellten mehr. Bei E._____ (Alleinakti-
onär) und seinem Sohn handle es sich nicht um Angestellte, sie würden die Auf-
träge als Unterakkordanten ausführen. Die Schuldnerin stellt sich deshalb auf den
Standpunkt, sie schulde der Gläubigerin für E._____ und seinen Sohn die in Be-
treibung gesetzten Lohnbeiträge für mehrere Jahre nicht resp. nicht in der gefor-
derten Höhe. E._____ habe deshalb und auch aufgrund seiner ungenügenden
Deutschkenntnisse nicht verstanden, wer die Gläubigerin sei und weshalb sie die
Rechnungen stelle. So sei es schliesslich zur Konkureröffnung gekommen
(act. 2 Rz. 9, 17-24, 33-34).

2.4.4. Die Schuldnerin erläutert, E._____ habe es aufgrund seiner genannten
Belastung im persönlichen Bereich (auch) versäumt, die ordentlich gesammelten
Belege dem Buchhalter zur Erstellung der Buchhaltung zu übergeben. Die Jah-
resabschlüsse 2014 und 2015 seien derzeit in Arbeit; die letzte Bilanz sei per
31. Dezember 2013 erstellt worden (act. 2 Rz. 25). Deshalb reichte die Schuldne-
rin innert der Beschwerdefrist einzig die Jahresrechnung 2013 ein. Diese weist ei-
nen Gewinn von Fr. 11'150.00 aus (act. 5/15). Die Schuldnerin behauptet, die
Zahlen hätten sich seither nicht wesentlich verändert (act. 2 Rz. 27). Dass aktuel-
lere Jahresabschlüsse, ein Zwischenabschluss, Buchhaltungsbelege, Steuerer-
klärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre fehlen, erschwert die Verifi-
zierung ihrer Behauptung bzw. die Liquiditätsprüfung.

2.4.5. Die Schuldnerin macht geltend, damit die (noch) offenen Betreibungsfor-
derungen sofort beglichen werden können, habe sich E._____ bereit erklärt, ihr
ein (weiteres) Darlehen über Fr. 36'109.60 zu gewähren (act. 2 Rz. 38). Der hier-
zu eingereichten Erklärung von E._____ ist zu entnehmen, dass er das Darlehen
unter der Voraussetzung der Aufhebung der Konkureröffnung über die Schuldne-
rin und zudem unverzinslich gewährte (act. 5/20). Der vorgelegte Auszug des
Kontos von E._____ bei der Zürcher Kantonalbank vom 9. Mai 2016 weist ein
Guthaben von Fr. 189'270.55 aus (act. 5/25). Damit ist grundsätzlich glaubhaft,
dass genügend flüssige Mittel zur Begleichung der noch offenen Betreibungsfor-
derungen vorhanden sind. Als Kreditoren neben den Betreibungsforderungen be-
stehen gemäss den Darlegungen der Schuldnerin einzig die Forderungen von

E._____ und dessen Sohn. Beide hätten Forderungen aus geleisteter, aber noch nicht fakturierter Arbeit. Bei E._____ belaufe sich die Forderung auf rund Fr. 60'000.00, bei seinem Sohn auf rund Fr. 7'000.00. Zudem habe E._____ am 9. Mai 2016 aus seinem persönlichen Vermögen Betreibungen der Schuldnerin über Fr. 31'544.65 beglichen (act. 2 Rz. 35-36). E._____ hat für das gewährte Darlehen von Fr. 36'109.60 sowie seine Forderung eine Rangrücktrittserklärung abgegeben (act. 5/19; act. 5/20). Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass es sich dabei um Verbindlichkeiten der Schuldnerin handelt und ihre Liquidität dadurch nicht verbessert wird. Es kann jedoch immerhin davon ausgegangen werden, dass E._____ seine Forderung von insgesamt rund Fr. 127'655.00 längerfristig nicht geltend machen wird, da er als Alleinaktionär zweifellos ein Interesse daran hat, dass die Schuldnerin zunächst ihren anderen laufenden und kurzfristigen Verbindlichkeiten nachkommen und ihre Geschäftstätigkeit aufrechterhalten kann.

2.4.6. Die regelmässigen finanziellen Verpflichtungen der Schuldnerin dürften sich in relativ bescheidenem Rahmen halten. Die Schuldnerin beschäftigt ihren Angaben zufolge keine Angestellten, die Kundenaufträge würden durch die beiden Unterakkordanten E._____ sowie G._____ ausgeführt und die administrativen Arbeiten von E._____ zu Hause erledigt, es stünden keine Büroräumlichkeiten zur Verfügung (act. 2 Rz. 13 und 23). In Bezug auf ihre Auftragslage macht die Schuldnerin geltend, derzeit über zwei Aufträge der langjährigen Auftraggeberin H._____ AG zu verfügen. Mit einem Auftrag sei im Oktober 2015 und mit dem anderen Anfang Mai 2016 begonnen worden. Beide Aufträge würden im November 2016 abgeschlossen. Das Gesamtvolumen der Aufträge belaufe sich auf Fr. 127'195.95 und Fr. 52'785.00 (act. 2 Rz. 39-41). Dies belegt die Schuldnerin mittels Einreichung eines Nachtrages zum Werkvertrag mit der H._____ AG und dem Pauschal-Werkvertrag vom 13. März 2016 (act. 5/21-22). Ferner gibt die Schuldnerin an, für bereits abgeschlossene Aufträge noch nicht alle Schlussrechnungen, den Kunden jedoch jeweils bereits Akontorechnungen gestellt zu haben (act. 2 Rz. 42). Die Schuldnerin hat hierzu eine unterzeichnete Übersicht über ihre aktuellen Debitoren eingereicht. Aus dieser ergeben sich Debitorenforderungen von total Fr. 339'076.40 (act. 5/23).

2.4.7. Zusammengefasst belegt die Schuldnerin, dass sie innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um neben der Konkursforderung weitere Betreuungsforderungen zu begleichen. Bis auf fünf Forderungen über gesamthaft Fr. 36'109.60 hat die Schuldnerin alle in Betreuung gesetzten Schulden beglichen. Zur Begleichung dieser Forderungen steht der Schuldnerin ein sofort verfügbares Guthaben aus dem zinslosen Darlehen von E._____ zur Verfügung. Im Weiteren verfügt die Schuldnerin über Debitorenforderungen von rund Fr. 340'000.00 sowie laufende Aufträge in der Höhe von insgesamt rund Fr. 180'000.00. Vor diesem Hintergrund erscheint glaubhaft, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden Verpflichtungen wird bedienen können bzw. innert längstens zwei Jahren auch die ihr gewährten Darlehen bzw. ihre Verbindlichkeiten, für welche eine Rangrücktrittserklärung besteht, wird abtragen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn sich nicht ausschliessen lässt, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkurseröffnung 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.). Sollte es jedoch diesen Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkurseröffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

In einer Gesamtbetrachtung erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin folglich noch als glaubhaft gemacht. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des am 21. April 2016 über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider

Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. April 2016, 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 Unterstrass-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.00 (Fr. 1'400.00 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 auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Unterstrass-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 10, 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
31. Mai 2016