

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240213-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 18. November 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Affoltern vom 17. Oktober 2024 (EK240130)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern eröffnete mit Urteil vom 17. Oktober 2024 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 26'990.95.-- nebst Zins zu 5 % seit 24. April 2024 zuzüglich Fr. 238.20 Betreuungskosten (act. 8 und act. 10). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. November 2024 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 und act. 9/19). Zudem leistete die Beschwerdeführerin bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht üblicherweise erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 7). Mit Verfügung vom 5. November 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12).

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen, sofern entsprechende Rügen vorgebracht werden (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7).

- 3.1. Die Beschwerdeführerin macht mit ihrer Beschwerde zunächst geltend, sie sei von der Vorinstanz nicht gehörig zur Konkursverhandlung vorgeladen worden,

weil die Vorladung nur im kantonalen Amtsblatt und nicht gemäss Art. 35 SchKG zusätzlich im SHAB publiziert worden sei (act. 2 S. 3 ff.).

3.2. Bei der Anzeige der Konkursverhandlung gemäss Art. 168 SchKG handelt es sich nicht um eine Betreuungsurkunde, weshalb die Zustellungsregeln der ZPO zur Anwendung gelangen (BGer 5A_44/2021 vom 23. August 2021, E. 2.1.1.; SK SchKG-TALBOT, 4. Aufl. 2017, Art. 168 N 3; BSK SchKG-NORDMANN, 3. Aufl. 2021, Art. 168 N 8; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 168 N 1). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin richtet sich die Publikation daher nach Art. 141 ZPO. Die Zustellung erfolgt unter den gegebenen Voraussetzungen durch Publikation im kantonalen Amtsblatt *oder* im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB; Art. 141 Abs. 1 ZPO). Dass die Voraussetzungen für eine Veröffentlichung nicht gegeben gewesen wären oder die Vorladung zu spät erfolgt wäre, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend. Die Vorinstanz veröffentlichte die Konkursanzeige am tt.mm.2024 im kantonalen Amtsblatt (act. 9/8). Damit wurde die Beschwerdeführerin rechtmässig zur Konkursverhandlung vorgeladen.

4.1. Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin einen Konkursaufhebungsgrund geltend. Sie weist nach, am 31. Oktober 2024 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich zu Gunsten der Beschwerdegegnerin einen Betrag in Höhe von Fr. 27'905.15 hinterlegt zu haben (act. 5/28). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten (vgl. act. 10). Zudem bezahlte die Beschwerdeführerin am 1. November 2024 dem Konkursamt Affoltern Fr. 1'500.--. Dieser Betrag deckt gemäss Bestätigung des Konkursamtes die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/33). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat die Beschwerdeführerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

4.2. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1;

BGE 140 III 610 E. 4.1). Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer 5A_41/2024 vom 2. Mai 2024, E. 2.2; BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021, E. 3; BGer 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018, E. 3.1).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Affoltern am Albis (act. 5/27) zeigt per 22. Oktober 2024 abzüglich der Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 26'990.95.-- vermerkt) drei weitere Betreibungen über insgesamt Fr. 19'482.90, welche sich im Stadium der Konkursandrohung befinden, eine neu eingeleitete Betreibung über Fr. 16'287.40 sowie eine Betreibung über Fr. 1'603.15, bei welcher Rechtsvorschlag erhoben wurde. Die Beschwerdeführerin weist allerdings nach, den Betrag für die drei Betreibungen im Stadium des Konkurses in Höhe von Fr. 19'482.90 (Betreibungen Nrn. 1, 2 und 3) am 4. November 2024 beim Obergericht des Kantons Zürich zuhanden des Betreibungsamtes hinterlegt zu haben (act. 5/29 und act. 5/31-32 bzw. act. 11). Zudem weist die Beschwerdeführerin nach, den Betrag von Fr. 16'287.40 kurz nach Einleitung der Betreibung (Betreibung Nr. 4) der Gläubigerin am 28. Juni 2024 bezahlt zu haben (act. 5/30). Die Betreibung über Fr. 1'603.15 (Betreibung Nr. 5) wird sodann bestritten (vgl. act. 2 S. 13), was angesichts der wenigen Betreibungen, des im Verhältnis zu den anderen Betreibungen geringen Betrages, des erhobenen Rechtsvorschlages und der bis heute nicht erfolgten Rechtsöffnung

glaubhaft erscheint. Damit ist vorliegend von keinen offenen, in Betreuung gesetzten Schulden mehr auszugehen. Es bestehen gemäss der eingereichten Liste per 22. Oktober 2024 einzig aktuelle Kreditorenforderungen in Höhe von Fr. 4'225.-- (act. 5/26).

4.4. Die Beschwerdeführerin ist als AG seit dem tt.mm.2022 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Verwaltung, Vermietung, den Erwerb, die Veräusserung, die Erstellung und die Vermittlung von Immobilien (act. 6). Die Beschwerdeführerin erwirtschaftete gemäss der eingereichten Jahresrechnung im Jahr 2023 zwar einen Verlust von Fr. 7'481.65 (act. 5/23). Sie ist aber seit Januar 2024 Eigentümerin der Liegenschaft C.____-strasse ... in D.____, welche sich seit der Übernahme Ende 2023 im Um- bzw. Ausbau befindet. Die Finanzierung dafür scheint nach Angaben der Beschwerdeführerin offenbar gesichert (vgl. act. 5/9-13). Die Beschwerdeführerin verfügt gemäss Kontoauszügen der Aargauischen Kantonalbank aktuell über flüssige Mittel in Höhe von Fr. 6'150.70 zuzüglich Fr. 25'000.-- auf dem Firmenkonto sowie ein Minus von Fr. 14'395.94 auf dem Baukonto, wobei eine Erhöhung des Baukredits um rund Fr. 500'000.-- geplant ist (act. 5/14-18). Aus der genannten Liegenschaft erwirtschaftet die Beschwerdeführerin regelmässige Mieteinnahmen, sodass abzüglich der finanziellen Aufwendungen für die aufgenommenen Kredite Überschüsse resultieren und auch zukünftig mit solchen in Höhe von Fr. 9'360.-- bis Fr. 11'860.-- monatlich zu rechnen ist (vgl. act. 5/6-8, act. 5/11-12 und act. 5/24). Daneben bestehen weitere einmalige Debitorenforderungen in Höhe von Fr. 87'000.-- (act. 5/25-26). Damit vermag die Beschwerdeführerin glaubhaft zu machen, die laufenden Kosten inklusive der offenen Kreditorenforderungen decken zu können. Die Konkursforderung wurde gemäss Schreiben der Aargauischen Kantonalbank vom 31. Oktober 2024 denn auch aus administrativen Gründen und nicht mangels verfügbarer Mittel und ohne Wissen der Beschwerdeführerin nicht rechtzeitig bezahlt (act. 5/19-21, vgl. auch act. 5/22 S. 8-9).

4.5. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung, dass alle hier zu berücksichtigenden, in Betreuung gesetzten Forderungen hinterlegt wurden, erscheint hinreichend glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung nicht auf

eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin erscheint wahrscheinlicher als das Gegenteil. Daher gilt die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

5. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Aus dem gleichen Grund ist der Beschwerdeführerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen und auch der Beschwerdegegnerin ist bei diesem Ausgang sowie mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 27'905.15 ist der Beschwerdegegnerin auszuzahlen und der ebenfalls bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 19'482.90 ist an das Betreibungsamt Affoltern a.A. ZH zur Anrechnung an die offenen Betreibungen Nrn. 1, 2 und 3 zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 17. Oktober 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Affoltern ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.-- (Fr. 1'500.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'600.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszus zahlen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 27'905.15 der Beschwerdegegnerin auszus zahlen.
6. Die Obergerichtskasse wird ferner angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 19'482.90 dem Betreibungsamt Affoltern a.A. ZH auszus zahlen, zur Anrechnung an die offenen Betreibungen Nrn. 1, 2 und 3.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksamtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern ZH, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Affoltern a.A. ZH, je gegen Empfangsschein.
8. 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Schmidt

versandt am:
18. November 2024