

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170143-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 24. Juli 2017

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Stiftung für B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 28. Juni 2017 (EK170245)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH, welche in erster Linie die "*Ausführung sämtlicher Bauarbeiten, insbesondere im Fassadenbau, Altbausanierung und Kundenservice*" bezweckt. Ihr Sitz befindet sich seit dem 10. Mai 2017 in C._____/AG, zuvor – und damit bei Zustellung der Konkursandrohung am 28. Februar 2017 (vgl. act. 8/3) – befand er sich in ... (act. 6).

2.1 Mit Urteil vom 28. Juni 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 2'625.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 2016 sowie Betreuungskosten von Fr. 151.60, abzüglich der geleisteten Zahlung vom 17. März 2017 von Fr. 2'593.95 (act. 7 [= act. 3 = act. 8/13]). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 4. Juli 2017 zugestellt (act. 8/15).

2.2 Mit am 10. Juli 2017 überbrachter Eingabe erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis, wobei sie die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 11. Juli 2017 wurde der Beschwerde in der Folge die aufschiebende Wirkung zuerkannt und von der Schuldnerin ein Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren verlangt (act. 9). Dieser wurde fristgerecht (vgl. act. 10/1) geleistet (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-16). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin hat am 10. Juli 2017 bei der Obergerichtskasse zu Handen der Gläubigerin Fr. 279.75 und damit den der Restforderung inkl. Zins und Kosten entsprechenden Betrag hinterlegt (act. 7 S. 2; act. 2 S. 2). Im Weiteren hat sie am 4. Juli 2017 beim Konkursamt Bassersdorf zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 600.– sichergestellt (act. 5/10). Schliesslich hat die Schuldnerin am 18. Juli 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 13). Der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkureröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt bewei-

sen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist die Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindrucks (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 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).

2.3 Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Bassersdorf-Nürenschorf vom 3. Juli 2017 ergeben sich neben der Konkursforderung (Betreibung Nr. 1) 25 weitere Betreibungen, von denen jedoch 5 bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurden. In 12 Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger wurden Verlustscheine nach Art. 115 SchKG ausgestellt, wobei der Gesamtbetrag dieser Verlustscheine Fr. 79'236.55 beträgt. Von den restlichen 8 Betreibungen wurde der Schuldnerin in einer über Fr. 11'253.40 die Konkursandrohung und in 6 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 11'141.25) der Zahlungsbefehl zugestellt. Eine weitere Betreibung über Fr. 10'000.– ist sodann erloschen (act. 5/12; act. 12).

Dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes C._____ vom 5. Juli 2017 lassen sich 7 Betreibungen entnehmen,

wobei in drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 37'806.55) das Betreibungsbegehren zurückgewiesen wurde. In einer Betreibung über Fr. 2'798.30 wurde die Konkursandrohung und in drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 13'189.–) der Zahlungsbefehl zugestellt (act. 5/13).

Unter Berücksichtigung dessen, dass die in C._____ in Betreibung gesetzten Forderungen sich teilweise mit den bereits zuvor beim Betreibungsamt Bassersdorf-Nürens Dorf in Betreibung gesetzten Forderungen decken, wobei die in Bassersdorf-Nürens Dorf erloschene Betreibung Nr. 2 in C._____ inzwischen neu eingeleitet wurde (Betreibung Nr. 3), weist die Schuldnerin insgesamt offene Verlustscheine von rund Fr. 80'000.– und offene Betreibungsforderungen von rund Fr. 32'500.– (Fr. 11'253.40 + Fr. 11'141.25 + Fr. 10'000.–) auf. Die Schuldnerin belegt jedoch, dass sie von zwei im Betreibungsregister des Betreibungsamtes Bassersdorf-Nürens Dorf noch als offen vermerkten Betreibungen (Nrn. 4 und 5) insgesamt Fr. 19'755.50 (Fr. 10'977.50 + Fr. 4'000.– + Fr. 5'000.–) inzwischen bezahlt hat (vgl. act. 5/14/1-3), womit derzeit von offenen Forderungen gegenüber der Schuldnerin von rund Fr. 92'500.– auszugehen ist.

2.4 Die Schuldnerin führt zu ihrer Zahlungsfähigkeit aus, die Geschäfte würden aktuell gut laufen (act. 2 S. 3). Dies hänge im Wesentlichen mit dem Engagement eines Baufachmannes zusammen, der sich vorderhand noch auf Mandatsebene um die Administration der Schuldnerin kümmere. Er kenne sich im Baugewerbe bestens aus und vermöge dem Geschäftsführer der Schuldnerin die notwendige Unterstützung in der Administration zu bieten. Dank seinem Beziehungsnetz sei es gelungen, in kürzester Zeit namhafte Aufträge an Land zu ziehen (act. 2 S. 4). Es könne bis Ende Jahr mit einem Gewinn vor Steuern von ca. 150'000.– gerechnet werden, was die Rückzahlung sämtlicher noch offenen Forderungen sowie die Abtragung eines Teils der Verlustscheine erlauben werde (act. 2 S. 3). Zum Beleg dazu reicht die Schuldnerin ein als *"einfache Erfolgsrechnung Juni - Oktober 2017"* bezeichnetes Dokument ins Recht, gemäss welchem erwarteten Erträgen bis Ende Jahr von Fr. 464'440.– Aufwandpositionen (Personalaufwand, Büro-/Administrationsaufwand, Sonstiger Aufwand) von Fr. 305'464.– gegenüberste-

hen, was einen erwarteten Gewinn vor Steuern von Fr. 158'976.– ergibt (act. 5/11).

Zur Einnahmenseite führt die Schuldnerin dabei weiter aus, es sei in den nächsten Monaten mit Zahlungseingängen im Umfang von Fr. 460'000.– zu rechnen. Allein die in diesen Tagen fällig werdenden Rechnungen würden sich auf rund Fr. 100'000.– belaufen und würden die kurzzeitige Liquidität der Firma sicherstellen (act. 2 S. 4). Zum Beleg dieser Ausführungen legt sie eine von ihrem Geschäftsführer unterzeichnete Auflistung der aktuellen Werkverträge (act. 5/15) sowie 9 der 10 darauf aufgelisteten Werkverträge in Kopie vor (act. 5/16/1-9); anhand dessen ist glaubhaft, dass aus den laufenden Werkverträgen per 6. Juli 2017 noch Debitoren in Höhe von Fr. 464'440.– offen waren. Zudem belegt die Schuldnerin, dass auf ihrem Firmenkonto zwischen dem 7. und dem 10. Juli 2017 Zahlungen von Fr. 39'713.20 eingegangen sind, wobei das Firmenkonto per 10. Juli 2017 einen Saldo von Fr. 39'801.51 aufwies (act. 5/17). Schliesslich hat sie 13 zwischen dem 6. Juni 2017 und dem 5. Juli 2017 gestellte Rechnungen über insgesamt Fr. 212'194.40 ins Recht gelegt (act. 11/1-13). Die gemäss der *"einfachen Erfolgsrechnung"* zu erwartenden Einnahmen von rund Fr. 464'440.– bis Ende 2017 sind damit glaubhaft.

Zu ihren Ausgaben führt die Schuldnerin sodann aus, sie habe inklusive Geschäftsführer 9 Angestellte (act. 2 S. 4), wobei sie die Arbeitsverträge sowie die Juni-Lohnabrechnungen aller Angestellten vorlegt (vgl. act. 5/18). Anhand dessen erscheint der in der *"einfachen Erfolgsrechnung"* geltend gemachte Personalaufwand von Fr. 227'490.– zzgl. Fr. 43'341.– Sozialabzüge/Quellensteuern (vgl. act. 5/11) glaubhaft. Auch die übrigen, in dieser Aufstellung geltend gemachten Kosten liegen im Rahmen des Üblichen, womit der geltend gemachte Aufwand glaubhaft ist.

2.5 Zusammenfassend hat die Schuldnerin damit glaubhaft dargetan, dass es ihr aufgrund der aktuellen Geschäftslage möglich sein wird, neben den laufenden Verpflichtungen die noch offenen Betreibungs- und Verlustscheinforderungen von rund Fr. 92'500.– innert nützlicher Frist, spätestens aber innert 2 Jahren abzutragen. Insgesamt erscheint damit die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahr-

scheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

III.

Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr – entgegen ihrem Antrag (vgl. act. 2 S. 2) – die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 28. Juni 2017 (Geschäfts-Nr. EK170245-C), 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. 200.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 600.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.-- 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.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 279.75 der Gläubigerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau und an die Betreibungsämter Bassersdorf-Nürensdorf und C._____/AG, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am: