

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170157-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 9. August 2017

in Sachen

A._____ gmbh,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 11. Juli 2017 (EK170149)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 22. Juni 1999 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Generalunternehmung, Bautreuhand, Bauadministration und Bauplanung. Ferner bezweckt sie die Führung eines Betriebs für Hoch- und Tiefbauarbeiten sowie Arbeiten aller Art im Bereich Bau- und Haustechnik (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 11. Juli 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 4/15 = act. 3 S. 2):

Forderung von	CHF	17'014.83
Zins 5 % seit 01.06.2016	CHF	943.95
Gläubigerkosten	CHF	-
Betreibungskosten	CHF	236.60
. / . Teilzahlungen		
Total	CHF	18'195.38

2.

2.1. Am 19. Juli 2017 (Datum Poststempel: 20. Juli 2017) reichte die Schuldnerin gegen die Konkursöffnung eine Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich ein (act. 2). Mit Verfügung vom 24. Juli 2017 wies die Kammer die Schuldnerin auf die noch laufende Beschwerdefrist hin sowie auf die Anforderungen an eine Beschwerde gegen die Konkursöffnung, welche innert laufender Frist abschliessend begründet werden müsse. Es wurde weiter festgehalten, dass der Beschwerde (noch) keine aufschiebende Wirkung gewährt werden könne. So dann wurde der Schuldnerin eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 6). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1-18).

2.2. Die Verfügung der Kammer vom 24. Juli 2017 konnte der Schuldnerin an der im Handelsregister und von ihr auch auf der Beschwerdeschrift aufgeführten Ad-

resse der Unternehmung nicht zugestellt werden; die Verfügung wurde von der Post mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter angegebener Adresse nicht ermittelt werden" zurückgesandt (act. 5 und act. 7/1). Am 28. Juli 2017 meldete sich Herr C._____, der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin, telefonisch bei der Kammer. Er erklärte, die Verfügung vom 24. Juli 2017 vom Notariat erhalten zu haben, jedoch – da das Firmenkonto gesperrt sei – keine Zahlungen vornehmen zu können, auch nicht für die Sicherstellung der Kosten des Beschwerdeverfahrens. Herr C._____ wurde darauf hingewiesen, dass der Kammer noch keinerlei Belege vorliegen würden und innert Beschwerdefrist die in der Verfügung vom 24. Juli 2017 aufgeführten Belege einzureichen seien. Gleichzeitig mit der Belegeinreichung könne dann ein Gesuch um aufschiebende Wirkung und eventuell um Wiederherstellung der Frist für die Zahlung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren gestellt werden (act. 8). Am 4. August 2017 reichte Herr C._____ (persönlich) sechs Ordner mit Belegen ein. Gleichentags machte er telefonisch Ausführungen zu den eingereichten Belegen und erklärte, wegen der Kontosperrung keinen Betreibungsregisterauszug beibringen sowie keine sonstigen Zahlungen vornehmen zu können (act. 9-11). Der verlangte Kostenvorschuss ging bis heute nicht ein.

2.3.1. 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 Rechtsmittelbegründung muss samt Belegen vollständig innert der Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ist ausgeschlossen, da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Die Tilgung oder Hinterlegung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten innert Frist kann dem Schuldner in der Praxis durch Verfügungsbeschränkungen infolge der Konkursöffnung erschwert bzw. verunmöglicht sein. Würde der Beschwerde gegen die Konkursöffnung die aufschiebende Wirkung erteilt, hätte dies die Aufhebung der Verfügungsbeschränkung zur Folge. Die aufschiebende Wirkung wird praxismässig aber erst dann erteilt, wenn innert der Beschwerde-

frist einer der Konkursaufhebungsgründe nachgewiesen wird und die Zahlungsfähigkeit nicht schon auf den ersten Blick ausgeschlossen ist (vgl. ZR 112/2013 Nr. 4 S. 33). Um dieser Pattsituation entgegen zu wirken, ist es auf ein entsprechendes Gesuch vor Ablauf der Beschwerdefrist hin denkbar, der Beschwerde eine partielle aufschiebende Wirkung in dem Sinne zu erteilen, dass die Verfügungsbeschränkung im Umfang der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten aufgehoben und eine Ermächtigung an die Bank erteilt wird, direkt an die Gerichtskasse zu leisten. Erfolgt die Hinterlegung bei der Gerichtskasse diesfalls erst nach Ablauf der Beschwerdefrist, dürfte wohl (meist) ein Fristwiederherstellungsgrund vorliegen (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 8). Damit die Erteilung einer solchen partiellen aufschiebenden Wirkung überhaupt in Frage kommt, hat der Schuldner innert laufender Rechtsmittelfrist nachzuweisen, über hinreichende liquide Mittel auf einem (gesperrten) Konto zu verfügen, welche es ihm ermöglichen, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu begleichen. Die Höhe der beim Konkursamt sicherzustellenden Kosten muss er nachweisen. Weiter muss der Schuldner Belege vorlegen, aufgrund derer seine Zahlungsfähigkeit auf den ersten summarischen Blick angenommen werden kann.

2.3.2. Die Mitteilung des vorinstanzlichen Entscheides an die Schuldnerin erfolgte mittels amtlicher Publikation am 14. Juli 2017 (act. 4/16). Die Beschwerdefrist lief damit unter Berücksichtigung der Betreibungsferien bis am 4. August 2017 (Art. 56 Ziff. 2 SchKG i.V.m. Art. 63 SchKG). Die Schuldnerin teilte bereits mit Eingabe vom 19. Juli 2017 (Datum Poststempel 20. Juli 2017) resp. Telefonat vom 28. Juli 2017 mit, keine Zahlungen leisten zu können, weil ihr Konto mit einem Guthaben von Fr. 37'000.00 gesperrt sei (act. 2 und act. 8). Am 4. August 2017 und damit am letzten Tag der Rechtsmittelfrist reichte sie erst Belege bei der Kammer ein. Zwar ergibt sich daraus per 19. Juli 2017 ein positiver Saldo auf dem Firmenkonto bei der PostFinance von Fr. 33'487.92. Dieses Guthaben übersteigt die Konkursforderung von Fr. 18'195.38. Es kann überdies davon ausgegangen werden, dass das Guthaben auch für die zusätzliche Sicherstellung der Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts sowie des Konkursamtes für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren gereicht hätte. Die Schuldnerin stellte jedoch – trotz eines

entsprechenden, ausdrücklichen Hinweises durch die Kammer (act. 8) – kein Gesuch um Erteilung der partiellen aufschiebenden Wirkung. Aus den der Kammer vorgelegten Belegen kann zudem auch nicht auf die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin geschlossen werden. Die Gewährung einer partiellen aufschiebenden Wirkung kommt daher nicht in Frage. In Anwendung von Art. 101 Abs. 3 ZPO wäre der Schuldnerin grundsätzlich eine Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses anzusetzen, mit der Androhung, dass andernfalls auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Da sich das Verfahren als spruchreif erweist und die Beschwerde abzuweisen ist, kann auf eine Nachfristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses verzichtet werden.

3.

3.1. Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG hat die Schuldnerin, will sie die Aufhebung der Konkursöffnung erreichen, innert laufender Beschwerdefrist neben dem Nachweis eines Konkursaufhebungsgrundes 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 vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der 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 vom 10. Juli 2012 E. 2.3).

3.2. Die Schuldnerin bringt vor, es gehe ihr nach einer schweren Krise wegen eines grossen Auftrages, der kurz vor Vertragsschluss weggefallen sei, nun (finanziell) wieder gut. Die Konkursforderung habe sie nicht bezahlen können, weil ein

Schuldner ihr gegenüber eine Rechnung im Umfang von Fr. 76'000.00 nicht rechtzeitig bezahlt habe. Sie könne jedoch bestätigen, dass sie nicht zahlungsunfähig und nicht überschuldet sei. Im Moment würden sogar Fr. 37'000.00 auf dem Firmenkonto liegen und es kämen laufend Zahlungen herein. Aus den eingereichten Unterlagen ergäben sich Aufträge über rund 6 Millionen Franken. Aus dem Auftrag der "Arge D._____" würden, neben den bereits geleisteten Fr. 60'000.00, nächstens Fr. 35'000.00 bezahlt. Von der E.____ AG sei mit einer Zahlung von Fr. 145'000.00 zu rechnen. Ein weiterer Auftrag betreffe die F.____ mit 1.8 Millionen Franken, einer die G.____ mit Fr. 3.2 Millionen Franken. Aus dem eingereichten Kontoauszug über rund ein Jahr sei ersichtlich, dass monatlich zirka Fr. 30'000.00 hereinkämen, was nicht wenig sei. Die Schuldnerin erklärt weiter, beim Betreibungsamt Fällanden am 14. Juli 2017 Fr. 3'000.00 geleistet zu haben. Damit habe sie schon einiges bezahlen können. Weil das Firmenkonto gesperrt sei, könne sie keinen Betreibungsregisterauszug beibringen und ebenso keine sonstigen Zahlungen vornehmen. Würde das Konto freigegeben, so könnten die Zahlungen ohne Weiteres sofort erbracht werden (act. 2; act. 8; act. 11).

3.3. Wie bereits erwähnt, belegt die Schuldnerin, dass ihr Konto bei der PostFinance per 19. Juli 2017 einen Saldo von Fr. 33'487.92 aufwies. Gemäss Kontoauszug überstiegen die Gutschriften die Belastungen im Zeitraum vom 30. Juli bis 31. Dezember 2016 um zirka Fr. 2'800.00. Vom 1. Januar bis 3. August 2017 waren die Gutschriften um rund Fr. 32'000.00 höher als die Belastungen. Ebenfalls belegt ist die Rechnungsstellung an die Arge D.____ im Zeitraum Februar bis Juli 2017 über insgesamt rund Fr. 165'000.00 (act. 9/1). Der erwartete Mittelzufluss von Fr. 35'000.00 aus dem Auftragsverhältnis mit der Arge D.____ ist damit glaubhaft. Sodann ist gemäss den eingereichten E-Mails mit dem Betreff "..., Winterthur" von einem bestehenden Auftragsverhältnis zwischen der E.____ AG und der Schuldnerin über ein Budget inklusive Honorar von Fr. 145'000.00 auszugehen (act. 9/4). Anhand der von der Schuldnerin vorgelegten Belege kann jedoch nicht auf die weiteren, behaupteten Aufträge und vor allem nicht auf ein bestehendes Auftragsvolumen von über insgesamt 6 Millionen Franken geschlossen werden. Auch ist weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern den eingereichten Bauplänen, der Baubewilligung, dem Mieterspiegel der Liegenschaften an der

...strasse in H._____/TG, dem Betriebskonzept der I._____ GmbH, dem Kostenvoranschlag sowie dem allgemeinen Baubeschrieb der J._____ GmbH (act. 9/2-6) relevante Informationen zur Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu entnehmen wären. Es ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass auf den Bauplänen mehrheitlich nicht die Schuldnerin, sondern die J._____ GmbH als Projektverfasserin aufgeführt ist (act. 9/3 und act. 9/5-6). Allein aufgrund der glaubhaft gemachten flüssigen Mittel auf den Postkonto und dem zu erwartenden Geldzufluss aus den Aufträgen mit der Arge D._____ sowie der E._____ AG ergibt sich kein aussagekräftiges Bild über die finanzielle Lage der Schuldnerin. Es fehlen ein Zwischenabschluss sowie Jahresabschlüsse, aus denen sich der Geschäftsgang (Gewinn oder Verlust) der letzten Jahre ergäbe, eine Prognose der künftigen Geschäftstätigkeit gestellt werden könnte und insbesondere eine Einschätzung der Grössenordnung von Aufwänden sowie Erträgen erlauben würde. Die Schuldnerin legt im Weiteren auch keine Kreditorenliste sowie keinen Betreibungsregisterauszug vor. Die Nichteinreichung des Betreibungsregisterauszuges begründet sie mit der bestehenden Kontosperre. Diese Begründung ist nicht stichhaltig, da der Auszug auf Rechnung eingeholt oder die geringen Kosten vom einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer hätten vorgeschossen werden können. Zu ihren Schulden und den laufenden Verbindlichkeiten (wie z.B. Miete, Löhne etc.) äussert sich die Schuldnerin gar nicht. Es ist nicht einmal bekannt, ob und wie viele Angestellte sie beschäftigt. Die Vorbringen der Schuldnerin sind vielmehr widersprüchlich, wenn sie zum einen anführt, es kämen monatlich rund Fr. 30'000.00 herein, was für eine Einzelperson nicht wenig sei, und sie zum anderen erklärt, auf einen positiven Beschwerdeentscheid zu hoffen, zumal auch "einige Arbeitsplätze" am Geschäft hängen würden (act. 11). Die Schuldnerin lässt damit die Passiv- resp. Aufwandseite ihrer Gesellschaft völlig im Dunkeln.

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass es der Schuldnerin infolge fehlender Glaubhaftmachung von Behauptungen sowie wegen der unvollständigen Darstellung ihrer Vermögenslage nicht gelungen ist, hinreichend darzutun, dass ihre Illiquidität bzw. ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Ihre Zahlungsfähigkeit kann nicht als glaubhaft gemacht gelten. Die Voraus-

setzungen zur Aufhebung des Konkurses sind damit nicht erfüllt und die Beschwerde ist abzuweisen.

3.4. Abschliessend ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-Diggelmann, a.a.O., Art. 195 N. 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

4. Ausgangsgemäss wird die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

5. Die Schuldnerin gab der Kammer an, dass der Firmenbriefkasten aufgehoben worden sei, die Post jedoch an die Privatadresse des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers (Herrn C._____, ... [Adresse]) gerichtet werden könne (act. 8). Der vorliegende Entscheid ist daher an diese Adresse zu verschicken.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Schuldnerin an die Adresse: c/o C._____, ... [Adresse]) sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Fällanden, 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:
10. August 2017