

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170204-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 21. September 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ Genossenschaft,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. September 2017 (EK171287)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in C._____ [Ortschaft], welche in erster Linie die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Steuern, Sozialversicherungen sowie Vorsorge, Vermögensverwaltung, Planung zur Errichtung von Stiftungen und Trusts, Immobilien, Unternehmensberatung, Marketing sowie Rechtsberatung bezweckt, wobei die Dienstleistungen vor allem Beratung, Autorentätigkeit sowie Referententätigkeit in diesen Bereichen umfassen (act. 6).

2.1 Mit Urteil vom 7. September 2017, 10:00 Uhr, eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Zürich für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7 [= act. 3 = act. 8/8]):

CHF	65'383.60	
CHF	246.60	Betriebskosten

2.2 Mit am 12. September 2017 überbrachter Eingabe erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 8/11) Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis, wobei sie die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2 S. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 12. September 2017 einstweilen erteilt (act. 10). Am 18. September 2017 und damit innert Rechtsmittelfrist machte die Schuldnerin eine weitere Eingabe (act. 12; act. 13/1-5). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11). 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 11. September 2017 bei der Obergerichtskasse Fr. 65'630.20 (act. 5/7 = act. 9/1) und damit den der Konkureröffnung zugrunde liegenden Forderungsbetrag inkl. Kosten sichergestellt. Ferner hat die Schuldnerin beim Konkursamt Zürich Altstadt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'500.– sichergestellt (act. 5/8). Schliesslich hat die Schuldnerin am 3. August 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 5/8 = act. 9/2). 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 ihre 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 Gesamteindruck (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 Im Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 1 vom 12. September 2017 befinden sich neben der Betreuung der Konkursgläubigerin (Betreibung Nr. 1) 24 weitere Betreibungen, von denen jedoch in 17 Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. In den übrigen 7 Betreibungen wurde der Zahlungsbefehl zugestellt, wobei diese noch offenen Betreibungen einen Gesamtbetrag von Fr. 48'682.90 aufweisen.

Die Schuldnerin belegt mittels entsprechenden Abrechnungen des Betreibungsamtes Zürich 1, dass sie die den Betreibungen-Nr. 2 und 3 zugrunde liegenden Forderungen inzwischen durch Zahlung an das Betreibungsamt getilgt hat (act. 13/3-4). Die offenen Betreibungsforderungen reduzieren sich damit auf Fr. 46'857.55 (Fr. 48'682.90 – Fr. 1'508.40 – Fr. 316.95).

Zu den übrigen noch offenen Betreibungsforderungen führt die Schuldnerin sodann Folgendes aus:

a) Die der Betreibung-Nr. 4 zugrunde liegende Forderung habe sie direkt an das Steueramt der Stadt C. _____ bezahlt (act. 2 S. 7). Eine entsprechende Bestätigung sei ihr vom Steueramt in Aussicht gestellt worden, sei jedoch nicht mehr rechtzeitig bei ihr eingegangen (act. 12 S. 2). Stattdessen reicht die Beschwerdeführerin eine von D. _____, Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Schuldnerin, unterzeichnete Bestätigung ein, wonach die Schuldnerin die Forderung bezahlt habe (vgl. act. 13/2). Bei diesem Vorgehen übersieht die Schuldnerin, dass eine von ihr selbst ausgestellte Bestätigung, wonach eine bestimmte Schuld bezahlt worden sei, nicht geeignet ist, tatsächlich eine Zahlung glaubhaft zu machen, sondern vielmehr eine – wenn auch qualifizierte da, unterschriftlich bestätigte – Parteibehauptung darstellt. Die Tilgung der vorgenannten Betreibung ist damit nicht rechtsgenügend dargetan.

b) Bezüglich zweier Betreibungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (Betreibungen-Nrn. 5 und 6) führt die Schuldnerin sodann aus, dass mit dem Betreibungsamt Zürich 1 diesbezüglich eine Vereinbarung bestehe, wonach diese Forderungen erst per Ende Oktober 2017 zu bezahlen seien (act. 2 S. 7). Indes reicht die Beschwerdeführerin weder eine Bestätigung für diese angebliche Vereinbarung ein, noch führt sie aus, gestützt auf welche Rechtsgrundlage ihr das Betreibungsamt eine entsprechende Zahlungsfrist eingeräumt haben könnte; eine solche ist im Übrigen auch nicht ersichtlich. Selbst wenn die Schuldnerin zur Bezahlung dieser beiden Betreibungen aber bis Ende Oktober 2017 Zeit haben sollte, würde dies nichts daran ändern, dass diese Forderungen in den nächsten 1.5 Monaten und damit kurzfristig zu bedienen wären.

Bezüglich zweier weiterer Betreibungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (Betreibungen-Nrn. 7 und 8) bringt die Schuldnerin ferner vor, es bestünden Gegenforderungen, welche verrechnet werden könnten (vgl. act. 2 S. 7). In ihrer zweiten Eingabe vom 18. September 2017 stellt sich die Schuldnerin schliesslich bezüglich aller vier Betreibungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (Betreibungen-Nrn. 5, 6, 7 und 8) auf den Standpunkt, es be-

stunden entsprechende Gegenforderungen. Zur Begründung bringt sie vor, zwei ihrer Mitarbeiterinnen befänden sich derzeit im Mutterschaftsurlaub, wobei sie den Lohn weiterbezahle. Daraus ergebe sich bis zum 13. Oktober 2017 eine Gegenforderung auf Mutterschaftsentschädigung gegenüber der SVA Zürich von Fr. 37'828.–. Sie habe ihre Ansprüche bei der SVA Zürich angemeldet. Da die Abrechnung bei der SVA per Ende Monat ausgestellt werde, habe die Verrechnung mit den offenen Forderungen von der SVA Zürich jedoch noch nicht schriftlich bestätigt werden können (act. 12 S. 2). Die Schuldnerin reicht hierzu eine von D._____, Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Schuldnerin, unterzeichnete Bestätigung ein, wonach ihr für die Mitarbeiterinnen E._____ und F._____ gegenüber der SVA eine Forderung von Fr. 37'828.– zustehe (act. 13/5). Auch hier ist festzuhalten, dass diese Bestätigung der Schuldnerin nicht zur Glaubhaftmachung sondern nur zur Behauptung einer entsprechenden Gegenforderung geeignet ist, weshalb eine allfällige Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderungen der SVA durch Verrechnung nicht rechtsgenügend dargetan ist.

Insgesamt ist damit von offenen Betreuungsforderungen im Umfang von Fr. 46'857.55 auszugehen.

2.4 Zu ihrer Zahlungsfähigkeit macht die Schuldnerin zwar ausführliche theoretische Ausführungen (vgl. act. 2 S. 4 f.), bei der Glaubhaftmachung ihrer eigenen Zahlungsfähigkeit beschränkt sie sich jedoch im Wesentlichen auf die Einreichung von Urkunden (vgl. act. 2 S. 6 ff.), ohne konkret darzulegen, weshalb gestützt darauf ihre Zahlungsfähigkeit als glaubhaft anzusehen sei. In diesem Zusammenhang bringt sie einzig vor, sie sei seit mehr als 15 Jahren im Handelsregister eingetragen, womit ihre Firmenstruktur als äusserst stabil zu bezeichnen sei (act. 2 S. 3). Zudem verweist sie darauf, dass sie bis Ende August 2017 einen Umsatz von Fr. 2'118'097.57 erzielt habe (act. 2 S. 7) und per 10. September 2017 offene und noch nicht in Rechnung gestellte Forderungen im Betrag von Fr. 583'663.65 aufweise (act. 2 S. 8); letztere seien in der von ihr eingereichten Zwischenbilanz noch nicht berücksichtigt (act. 12 S. 1). Hierzu reicht sie eine mit "Umsatz pro Kunde" betitelte Liste ein, welche für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 10. September 2017 insgesamt einen Betrag von Fr. 583'663.65 aufweist

(act. 5/18). Mangels weiterer Ausführungen der Schuldnerin zu dieser Liste, welche einerseits als "*Liste offener Rechnungen*" bezeichnet wird (vgl. act. 2 S. 8), zu der jedoch andererseits angemerkt wird, es handle sich um offene, aber noch nicht in Rechnung gestellte Forderungen (vgl. act. 2 S. 8), kann daraus bzw. aus dem darin genannten Betrag (vgl. act. 5/18) nichts zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin abgeleitet werden, zumal auch keinerlei weitere Unterlagen wie etwa abgeschlossene Verträge dazu eingereicht wurden. Insbesondere bleibt unklar, ob im Umfang der sich aus dieser Aufstellung ergebenden Beträge erst Offerten gestellt wurden, oder ob mit den entsprechenden Kunden tatsächlich bereits entsprechende Verträge abgeschlossen bzw. allenfalls bereits entsprechende Arbeiten ausgeführt wurden. Gegen Letzteres spricht, dass sich der eingereichten Zwischenbilanz per 31. August 2017 keine angefangenen Arbeiten entnehmen lassen (vgl. act. 13/1). Nichts zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ableiten lässt sich sodann aus der pauschalen und von D._____, Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Schuldnerin, unterzeichneten Erklärung, wonach die Schuldnerin bestätige, dass sie trotz erfolgter Konkursöffnung über genügend finanzielle Mittel verfüge, um ihren sämtlichen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (act. 5/14).

Für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin sprechen jedoch die von ihr eingereichte Bilanz- und Erfolgsrechnung 2016 (act. 5/10) und die per 31. August 2017 erstellte Zwischenbilanz (act. 13/1), da die Schuldnerin in beiden Bilanzen einen deutlichen Gewinn ausweist. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Schuldnerin den im Jahr 2016 erzielten Gewinn von Fr. 107'475.22 (act. 5/10) in den ersten acht Monaten des Jahres 2017 auf Fr. 264'420.53 (act. 13/1) steigern konnte. Zwar stehen den kurzfristigen Verbindlichkeiten der Schuldnerin von Fr. 116'431.– per Datum der Zwischenbilanz lediglich flüssige Mittel von Fr. 80'954.– (ohne Mietkaution von Fr. 39'427.06) gegenüber, doch weist die Schuldnerin per Ende August 2017 auch offene Forderungen aus Dienstleistungen im Umfang von Fr. 342'779.06 aus. Selbst wenn zu Ungunsten der Schuldnerin von offenen Betreuungsforderungen von Fr. 46'857.55 ausgegangen wird, ist damit hinreichend glaubhaft, dass die Schuldnerin in der Lage sein wird, neben den laufenden Kosten auch die noch offenen Betreibungen innert nützlicher Frist,

spätestens aber innert 2 Jahren, abzutragen; denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung des Konkurses bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre 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.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht. Sollte es jedoch den Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin noch glaubhaft dargetan anzusehen ist, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

III.

Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr 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 Zürich vom 7. September 2017 (Geschäfts-Nr. EK171287-L), 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 Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 65'630.20 der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Zürich (Altstadt), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, 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: