

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 17. Februar 2016

in Sachen

A._____ Baumanagement GmbH, Geschäftsführer: B._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

C._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 25. Januar 2016 (EK160656)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 5. April 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Planung und Ausführung von Bauarbeiten aller Art, die Generalunternehmertätigkeit, den Kauf und Verkauf sowie die Erbringung von Dienstleistungen für die Bau- und Liegenschaftenbranche (act. 5).

2. Mit Urteil vom 25. Januar 2016 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (Konkursgericht) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 150.20 nebst 12 % Zins seit 6. Mai 2015 zuzüglich Inkassokosten von Fr. 80.00 und Betreuungskosten von Fr. 53.60, abzüglich der am 26. August 2015 geleisteten Zahlung von Fr. 165.20 (act. 3).

3. Am 1. Februar 2016 überbrachte der Geschäftsführer der Schuldnerin dem Obergericht eine Beschwerde vom 28. Januar 2016. Die Schuldnerin beantragte darin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

4. Mit Verfügung vom 2. Februar 2016 gewährte die Präsidentin der Kammer der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (act. 13).

5. Bereits am 1. Februar 2016 bezahlte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 873.70, darin eingeschlossen den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens (act. 8, 12). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-9). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG kann die Konkursöffnung mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, uneingeschränkt geltend gemacht werden. Zudem können im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) auch Noven geltend gemacht werden, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkursöffnung auf solche erst nach der Konkursöffnung eingetretene Tatsachen, so hat die Schuldnerin zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Nachfristen sind nicht zu gewähren (vgl. BGE 136 III 294; OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./1.).

2. Konkurshinderungsgrund:

Die Schuldnerin hat den Restbetrag der Konkursforderung am 1. Februar 2016 bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 8, 12). Zudem hat die Schuldnerin am 27. Januar 2016 die Kosten des Konkursamtes Wallisellen unter Einschluss der erstinstanzlichen Spruchgebühr mit Bezahlung von Fr. 1'000.00 sichergestellt (act. 4/1).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG (Hinterlegung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin.

3. Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

3.1 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der das Gericht davon überzeugen würde, dass die Sachdarstellung des Schuldners zutrefte, ist nicht nötig.

3.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reichte einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts Wallisellen-Dietlikon vom 27. Januar 2016 zu den Akten (act. 11). Dieser weist neben der (sichergestellten) Konkursforderung im (verhältnismässig grossen) Zeitraum seit Juni 2013 8 weitere Betreibungen über einen (relativ geringen) Totalbetrag von Fr. 7'217.25 aus. Nach handschriftlichen Hinweisen auf dem Betreibungsregisterauszug wurde ein Grossteil dieser Ausstände bezahlt (act. 11). Auch wenn diese Vermerke an sich keine Beweiskraft haben, ist immerhin festzuhalten, dass die Schuldnerin gemäss dem eingereichten Kontoauszug (act. 4/2) in der Zeit vom 11. bis 27. Januar 2016 viele Zahlungen leistete, unter anderem auch an Gläubiger gemäss dem Betreibungsregisterauszug.

3.3 Zu ihrem Geschäftsgang verweist die Schuldnerin auf den bereits erwähnten Kontoauszug ihres Geschäftskontos. Gemäss diesem erscheinen die von der Schuldnerin geltend gemachten laufenden Zahlungseingänge von Kunden glaubhaft: Die Schuldnerin erhielt am 15. Januar 2016 eine Zahlung von rund Fr. 83'000.00 und in der Zeit ab dann bis zur erstinstanzlichen Konkurseröffnung weitere Zahlungen über total rund Fr. 15'000.00 (vgl. act. 4/2 und act. 9).

Die Schuldnerin verweist zudem auf offene Guthaben aus Kundenrechnungen, und sie macht mit der Vorlage einer Rechnung über rund Fr. 9'200.00 an die D._____ AG vom 26. Dezember 2015 ein entsprechendes Guthaben glaubhaft (act. 10).

3.4 Weitere Unterlagen über ihre Geschäftstätigkeit hat die Schuldnerin nicht eingereicht, obwohl sie auf die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit hingewiesen wurde (act. 8). Eine umfassende Einschätzung der finanziellen Lage der Schuldnerin ist daher nicht möglich. An sich spricht dies gegen die Annahme, die Schuldnerin sei zahlungsfähig.

Angesichts des soeben zum Betreibungsregisterauszug und zu den laufenden Einnahmen Gesagten und mit Blick auf den sehr geringen Betrag der Konkursforderung kann zu Gunsten der Schuldnerin dennoch angenommen werden, dass die Konkursöffnung nicht Folge einer dauernden Illiquidität war, sondern dass eher ein Versehen zur Bezahlung lediglich eines Teilbetrags – und als Konsequenz davon zur Konkursöffnung – führte. Die Schuldnerin erscheint vor diesem Hintergrund trotz der aufgezeigten Unklarheiten nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid. Ihre Zahlungsfähigkeit ist insgesamt (gerade noch) wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit.

4. Die Schuldnerin hat nach dem Gesagten innert der Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über die Schuldnerin am 25. Januar 2016 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

III.

1. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Schuldnerin hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 123.70 (Einzahlung vom 1. Februar 2016) an die Gläubigerin auszubezahlen.

Das Konkursamt Wallisellen ist anzuweisen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'000.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'600.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.

3. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach (Konkursgericht) vom 25. Januar 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (bereits aus dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss bezogen) und des Konkursamtes werden ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 123.70 (Einzahlung vom 1. Februar 2016) an die Gläubigerin auszubezahlen.

6. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'000.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'600.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
18. Februar 2016