

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170056-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

Urteil vom 15. März 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin X._____

gegen

B._____ & Cie. AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Februar 2017 (EK170021)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) wurde am 7. Dezember 2015 mit der Firma C._____ GmbH im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen. Am 22. März 2016 verlegte sie ihren Sitz an die ...strasse ... in D._____ und firmiert seit da unter dem Namen "A._____ GmbH" (act. 5/5). Am 16. Januar 2017 verlegte die Schuldnerin ihren Sitz an die ...strasse ... in E._____ (act. 5/6; act. 6). Die Gesellschaft bezweckt zur Hauptsache – so der Eintrag im Handelsregister – "Generalunternehmen" (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 22. Februar 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 1'714.– nebst Zins zu 5 % seit 19. Februar 2016 und Fr. 168.15 Betreibungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/13). Die Konkursandrohung datiert vom 9. November 2016 und wurde der Schuldnerin am 2. Dezember 2016 zugestellt (act. 8/3). Da die Sitzverlegung nach E._____ zu einem späteren Zeitpunkt im Januar 2017 stattfand (vgl. Ziff. 1.1), war die Vorinstanz zur Führung des Konkurseröffnungsverfahrens zuständig (Art. 53 i.V.m. Art. 52 SchKG).

1.3. Gegen das Urteil vom 22. Februar 2017 erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 2. März 2017 rechtzeitig Beschwerde (act. 8/14 i.V.m. act. 2). Sie beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihr mit Verfügung der Kammer vom 6. März 2017 gewährt wurde (act. 11).

1.4. Bereits am 3. März 2017 überwies die Schuldnerin der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die üblichen Kosten des Beschwerdeverfahrens (act. 10), weshalb von einer separaten Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses abgesehen werden konnte. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens sind beigezogen (act. 8/1-15). Eine Beschwerdeantwort ist nicht einzuholen; das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Der Verzicht des Gläubigers kann entweder nur die Konkureröffnung oder aber die Betreuung überhaupt betreffen. Er muss nicht gegenüber dem Gericht, aber schriftlich erklärt sein (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10 f.).

2.2. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden indes nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3.

3.1. Der Konkureröffnung liegt eine Forderung von Fr. 1'968.80 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 1'714.– vom 19. Februar 2016 bis 22. Februar 2017 sowie Fr. 168.15 Betreuungskosten) zu Grunde (act. 7; act. 8/2 f.). Die Schuldnerin behauptet, dass diese Forderung nicht gegenüber ihr – der A. _____ GmbH – sondern gegenüber der am 1. April 2016 gelöschten Einzelunternehmung "A. _____ Group", deren Inhaber der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin war, bestehe (act. 5/4). Die Betreuung sei daher nichtig, weshalb alle Verfügungen in dieser Betreuung, Zahlungsbefehl, Konkursandrohung sowie die Konkureröffnung wegen Nichtigkeit aufzuheben seien (act. 2 S. 2-4).

3.2. Die Schuldnerin verkennt, dass Nichtigkeit i.S.v. Art. 22 SchKG nur ausnahmsweise angenommen werden kann (statt vieler: BGE 115 III 18, E. 3b). Dazu besteht vorliegend kein Anlass: Nach dem SchKG ist es möglich, eine Betreuung einzuleiten, ohne dass der Betreibende den Bestand seiner Forderung nachweisen muss. Der Zahlungsbefehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens kann grundsätzlich gegenüber jedermann erwirkt werden, unabhängig davon, ob tatsächlich eine Schuld besteht oder nicht (BGer, 7B.182 f./2005 vom 1. Dezember 2005, E. 2.4). Wird der Zahlungsbefehl rechtskräftig, ohne dass der Betriebene den Forderungsbestand mit den im SchKG vorgesehenen Mitteln (Art. 74 ff. SchKG bzw. Art. 85a SchKG) thematisiert hätte, kann die Betreuung fortgesetzt werden. Wird die Betreuung gegen eine mutmasslich falsche materielle Forderungsschuldnerin eingeleitet und macht sie dies nicht in den dafür vorgesehenen Verfahrensabschnitten rechtzeitig geltend, hat sie dies zu verantworten. Jedenfalls kann darin aufgrund der oben beschriebenen Besonderheit des SchKG kein Nichtigkeitsgrund gesehen werden, der von Amtes wegen zu beachten wäre.

3.3. Sowohl der Zahlungsbefehl (act. 8/2) als auch die Konkursandrohung (act. 8/3) weisen die Schuldnerin als Betreuungsschuldnerin aus. Entsprechend lud die Vorinstanz auch die Schuldnerin und nicht etwa G._____ persönlich, den ehemaligen Inhaber des Einzelunternehmens "A._____ Group" (act. 5/4), zur Konkursverhandlung vom 22. Februar 2017 vor (act. 8/5). Es ist damit ausgeschlossen und wurde zu Recht auch nicht geltend gemacht, dass formell über die falsche Rechtseinheit der Konkurs eröffnet wurde. Aus den Akten geht weiter nicht hervor, dass die Schuldnerin je geltend gemacht hätte, dass nicht sie, sondern das Einzelunternehmen "A._____ Group" Schuldnerin der Konkursforderung sei. Das Säumnis ist ihr anzurechnen. Es besteht damit kein Raum, das angefochtene Urteil wegen Nichtigkeit aufzuheben. Das Argument der Schuldnerin zielt ins Leere.

4. Die Schuldnerin zahlte an die offene Konkursforderung von Fr. 1'968.80 (act. 11 und act. 8/5, jeweils S.2) am 28. Februar 2017 Fr. 1'301.40 (act. 5/10). Die Gläubigerin erklärte am gleichen Tag gegenüber der Schuldnerin, dass der offene Betrag damit bezahlt worden sei, die Parteien eine Einigung getroffen hätten

und sie – die Gläubigerin – kein weiteres Interesse an der Konkursdurchführung mehr habe (act. 5/9 i.V.m. act. 5/11). Zudem hatte die Schuldnerin bereits am 23. Februar 2017 beim Konkursamt Wallisellen Fr. 2'000.– hinterlegt. Das Konkursamt bestätigte gleichentags, dass dieser Betrag sowohl die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens als auch die konkursamtlichen Kosten zu decken vermöge (act. 5/8). Da die Schuldnerin bereits auch die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens überwies (vgl. Ziff. 1.3), ist die Voraussetzung der Tilgung der Konkursforderung einschliesslich Kosten bzw. Gläubigerverzicht im Sinne von Art. 174 Abs. 1 Ziff. 1-3 SchKG erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

5.

5.1. 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

5.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reichte einen

Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamts D._____ vom 27. Februar 2017 ein (act. 5/14). Dieser weist neben der nun getilgten bzw. sichergestellten Konkursforderung im Zeitraum vom 7. Juli 2016 bis zum 1. Dezember 2016 acht weitere Betreibungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 27'376.35 aus (act. 5/14). Zwei Betreibungen (Betreibungs-Nr. 1 sowie 2) über einen Betrag von insgesamt Fr. 9'645.40 sind erloschen. Eine Betreibungsforderung (Betreibungs-Nr. 3) über Fr. 334.– vermochte die Schuldnerin durch Zahlung an das Betreibungsamt zu tilgen. Nach dem Auszug befinden sich zwei weitere Forderungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 14'659.05 in Betreibung, gegen die die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hat (Betreibungs-Nr. 4 und 5). Drei weitere Betreibungen (Betreibungs-Nr. 6, 7 und 8, Gesamtbetrag Fr. 2'737.90) befinden sich im Einleitungsstadium (act. 5/14 S. 2).

5.3. Zur Situation im Allgemeinen führt die Rechtsvertreterin der Schuldnerin aus, dass die Schuldnerin seit Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit im April 2016 jeden Monat ausreichend Umsatz erzielt habe, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Im Januar 2017 sei es zu einem kurzfristigen Liquiditätsengpass gekommen. Im Februar 2017 habe die Schuldnerin aber ihre offenen Rechnungen bezahlen können. Sie verfüge momentan über eine sehr gute Auftragslage, da sie drei Verträge über grössere Projekte habe abschliessen können. Aus einem Bauprojekt in ... werde sie bis Ende 2017 einen zugesicherten Umsatz von Fr. 548'000.– erzielen. Weiter verfüge sie aktuell über Forderungen aus Dienstleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 77'252.50. Da es sich dabei zum Teil um langjährige Kunden handle, für welche G._____ bereits mit seiner Einzelunternehmung "A._____ Group" Arbeiten ausführte, sei mit keinen Debitorenverlusten zu rechnen (act. 2 S. 5-7).

5.4. Es bestünden neben den im Betreibungsregister verzeichneten Einträgen keine weiteren Schulden, die die Schuldnerin zu erfüllen hätte. Bei den zwei Betreibungen, gegen welche sie Rechtsvorschlag erhoben habe, handle es sich um bestrittene Forderungen. Man habe sich geeinigt, diese demnächst zu löschen. Die Forderung der SVA über Fr. 3'837.05 (Betreibungs-Nr. 5) beruhe im Besonderen auf einer falschen Berechnung. Die Schuldnerin werde diesbezüglich bei der

SVA selbst nachhaken. Die Forderungen aus den Betreibungs-Nr. 7 sowie 8 (Fr. 998.75 und Fr. 1'040.55) habe die Schuldnerin direkt beim Betreibungsamt bezahlt (act. 2 S. 5). Dies belegt sie auch mit einer Abrechnung des zuständigen Betreibungsamtes (act. 5/15).

5.5. Es ist festzuhalten, dass die Schuldnerin noch, aus dem Betreibungsregister ersichtliche, offene Schulden von Fr. 15'357.65 (Fr. 10'822 + Fr. 698.60 + Fr. 3'837.05) hat (act. 5/14). Sie begnügt sich mit der Behauptung, dass sie mit einzelnen Gläubigern eine Einigung erzielt habe und die entsprechenden Betreibungen gelöscht werden können. Einen Beleg dazu (bspw. einen E-Mailverkehr oder eine schriftliche Vereinbarung etc.), der die Behauptung untermauern und damit glaubhaft machen würde, reicht die Schuldnerin nicht ein. Ihr ist indes zu Gute zu halten, dass sich die noch offenen Betreibungen in einem noch frühen Stadium befinden bzw. sie die Forderungen mit Erhebung des Rechtsvorschlags bestritten und weitere in Betreibung gesetzte Forderungen bereits direkt an das Betreibungsamt bezahlt hat (vgl. insbes. act. 5/15). Wie hoch die Ausstände aus dem Betreibungsregister tatsächlich sind, kann letztlich jedoch offen bleiben. Selbst wenn man von noch offenen Forderungen von insgesamt Fr. 15'357.65 ausginge, erscheint die Schuldnerin zahlungsfähig i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG, wie folgende Erwägungen zeigen:

5.6. Die Schuldnerin reichte keine geprüften Bilanzen und Erfolgsrechnungen zu den Akten, die über ihren Gewinn und Verlust etwas aussagen würden. Dies mag teilweise seine Begründung darin finden, dass sie – nach eigener Darstellung – erst seit April 2016 operativ tätig ist. Die Schuldnerin vermochte jedenfalls mit der Konkursgläubigerin eine Einigung zu erzielen und brachte innert kurzer Zeit mehr als genügend Mittel auf, um die Konkursforderung zu tilgen bzw. einen Gläubigerverzicht zu erreichen. Sie belegt zudem, über ein Auftragsvolumen von mindestens Fr. 548'000.– zu verfügen (act. 5/12 S. 4 sowie S. 12). Sie belegt weiter, dass das Firmenkonto über den Zeitraum von April 2016 bis Februar 2017 einen positiven Saldo von Fr. 0.15 aufweist, sich die Zahlungsein- und -ausgänge damit die Waage halten (act. 5/16). Die Schuldnerin behauptet zudem, über offene Guthaben von Fr. 77'252.50 zu verfügen und reicht dazu eine Debitorenliste

ein, die allerdings nicht unterzeichnet ist (act. 5/13). Über ihre eigenen Verbindlichkeiten – wie etwa laufende Kosten für Geschäftsraummieten, Lohnzahlungen, Telekommunikationskosten etc. – schweigt sie sich aus.

5.7. Auch wenn damit das Bild über die finanzielle Lage der Schuldnerin nicht ganz vollständig ist, erscheint es glaubhaft, dass sie aktuell Schulden von rund Fr. 15'000.– zu begleichen hat, welche sie mit dem Gewinn aus dem Auftrag über Fr. 548'000.– innert nützlicher Frist wird decken können. Die Ausstände sind nicht horrend und befinden sich noch in einem frühen Betreibungsstadium. Es erscheint ausserdem glaubhaft, dass keine weiteren substantiellen Verbindlichkeiten offen sind. Aus den Akten geht auch hervor, dass sich die Schuldnerin aktiv und aufrichtig um die Bereinigung ihrer Schuldensituation bemüht, Abzahlungen vornimmt (vgl. etwa act. 5/15) und – soweit es das Kontokorrent angeht – positiv wirtschaftet (act. 5/16). Es bestehen damit objektive Anhaltspunkte, dass die Schuldnerin ihre Schulden in absehbarer Zeit und nach definitiver Auseinandersetzung mit den verbleibenden Betreuungsgläubigern wird abtragen können. Es ist mithin von bloss vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten auszugehen.

5.8. Vor diesem Hintergrund erscheint die Möglichkeit der Schuldnerin, auch in Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen, als gegeben. 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.), worauf auch die Schuldnerin zutreffend hinweist (act. 2 S. 6). Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich unter diesen Vorzeichen somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen, was zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin führt.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren verursacht hat, indem sie es unterliess, rechtzeitig geltend zu machen, dass sie nicht die Schuldnerin der in Betreuung gesetzten Forderung sei.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Februar 2017, 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. 3'600.– (Fr. 2'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin beim Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zug und an das Betreibungsamt D._____, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am:
15. März 2017