

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180223-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 6. Dezember 2018

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. November 2018 (EK180257)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine AG mit Sitz in C.____, welche das Verlegen von Platten und Bodenbelägen, das Ausführen von Maler- und Gipserarbeiten sowie übriger Handwerksarbeiten bezweckt. D.____ ist Eigentümer und einziger Verwaltungsrat der Schuldnerin (vgl. act. 6). Gemäss Angaben der Schuldnerin ist er zusammen mit drei Angestellten im Betrieb tätig (vgl. act. 2 Rz. 5).

1.2 Mit Urteil vom 7. November 2018, 9:15 Uhr (act. 8/13 = act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar]) eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkursachen) des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend: Vorinstanz) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (nachfolgend: Betreibungsamt) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) in der Höhe von Fr. 12'000.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Februar 2017 und Fr. 242.95 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin und sprach der Gläubigerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.– zu.

1.3 Gegen dieses Urteil erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 19. November 2018 (überbracht) rechtzeitig (vgl. act. 8/13 i.V.m. act. 8/14/1 i.V.m. act. 2 S. 1) Beschwerde. Sie beantragt, es sei die Konkurseröffnung aufzuheben sowie das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anzuweisen, die Publikation der Konkurseröffnung zu löschen, und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Mit Beschluss vom 20. November 2018 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt und auf den Antrag auf Löschung der Publikation der Konkurseröffnung nicht eingetreten (vgl. act. 9).

1.4 Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (vgl. act. 8/1-14). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Zur Beschwerde im Einzelnen

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden nachweist, dass inzwischen (d.h. noch vor Ablauf der Beschwerdefrist) die Schuld (Forderung), einschliesslich Zinsen und Kosten, bezahlt (Tilgung) oder beim Obergericht hinterlegt worden ist (Hinterlegung) oder dass die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (Gläubigerverzicht). 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 ff. und ZR 110 [2011] Nr. 5 S. 8).

Da der Schuldnerin das angefochtene Urteil am 8. November 2018 zugestellt wurde (vgl. act. 8/14/1), lief die 10-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG am 19. November 2018 ab.

2.2 Die Schuldnerin belegt, dass sie am 15. November 2018, also innerhalb der Beschwerdefrist, bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 14'400.– hinterlegte (vgl. act. 5/12). Damit sind die Konkursforderung von Fr. 12'000.– einschliesslich Zinsen, bisherige Betreibungskosten und die der Gläubigerin von der Vorinstanz zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 1'000.– gedeckt. Am selben Tag hinterlegte die Schuldnerin den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren bei der Kasse (vgl. act. 5/14) und stellte beim Konkursamt Küsnacht (nachfolgend: Konkursamt) Fr. 500.– zur Deckung der hälftigen Entscheidgebühr der Vorinstanz und der Kosten des Konkursamtes sicher (vgl. act. 5/13). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist somit ausgewiesen. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit nur abgesehen, wenn der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben wird, also insbesondere wenn die Schuldnerin neu vorträgt, die Schuld sei bereits vor der Konkurseröffnung getilgt worden (vgl. statt vieler OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 m.w.H. = ZR 110 [2011] Nr. 79 S. 245 ff.). Dies ist hier, wie gesehen, nicht der Fall.

2.3.1 Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin daher ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. etwa OGer ZH PS110111 vom 12. Juli 2011, E. II./2 und PS160134 vom 18. August 2016, E. 4). 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, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil zwingend ausschliessen zu können (vgl. BGE 132 III 715 ff., E. 3.1; 132 III 140 ff., E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). 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 alten Schulden wird abtragen können (vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2 S. 6).

2.3.2 Im Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin vom 16. November 2018 (act. 5/21) sind neben der Betreibung der Konkursgläubigerin (Betreibung-Nr. 1) 13 weitere Betreibungen aufgeführt, wovon drei Betreibungsforderungen in der Höhe von Fr. 12'415.85 bereits bezahlt und zwei betreibende Gläubiger in der Höhe von insgesamt Fr. 11'025.60 nach Verwertung befriedigt worden sind. Von

den übrigen acht Betreibungen von insgesamt Fr. 201'673.85 befinden sich drei im Stadium der Betreibungseinleitung, vier in jenem des Rechtsvorschlages und eine in jenem der Konkursandrohung. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 5/21 S. 3).

Zu einer sich im Stadium des Rechtsvorschlages befindlichen Forderung der E._____ Switzerland AG in der Höhe von Fr. 106'998.10 bringt die Schuldnerin vor, diese Forderung sei mit Zessionserklärung vom 19. Juli 2016 an die E._____ Austria AG zediert worden, welche darauf hin eine neue Betreibung (Nr. 2) in der Höhe von Fr. 24'329.05 beim Betreibungsamt erhoben habe, weshalb die Betreibung über Fr. 106'998.10 gegenstandslos sei (vgl. act. 2 Rz. 33 ff. i.V.m. act. 5/22). In der zum Beweis offerierten E-Mail bestätigt Rechtsanwalt F._____ dies und weist darauf hin, dass seine Mandantin, die E._____ Austria AG, um Überweisung der noch in der Höhe von Fr. 28'387.75 ausstehenden Forderung bitte (vgl. act. 5/22). Somit ist zumindest glaubhaft, dass die Betreibung über Fr. 106'998.10 gegenstandslos ist. Die erwähnte neue Betreibung in der Höhe von Fr. 24'329.05 befindet sich im Stadium der Konkursandrohung (vgl. act. 5/21). Dazu führt die Schuldnerin aus, die in der Höhe von Fr. 28'387.75 ausstehende Forderung inklusive Zinsen und Kosten werde bis spätestens zum 5. Dezember 2018 bezahlt werden (vgl. act. 2 Rz. 35 i.V.m. act. 5/22). Zu den hierfür verfügbaren Mitteln vgl. nachfolgende E. 2.3.3.

Zu der von der Gläubigerin in der Betreibung Nr. 3 in Betreibung gesetzten Forderung in der Höhe von Fr. 16'000.– führt die Schuldnerin aus, sie habe gegen diese Rechtsvorschlag erhoben, weil dies die gleiche Forderung sei wie in der Betreibung Nr. 1, für welche der Konkurs eröffnet worden sei (vgl. act. 2 Rz. 39 i.V.m. act. 5/11). In der als Beweismittel offerierten E-Mail von Rechtsanwalt Y._____ bestätigt dieser, dass seine Mandantin, die Gläubigerin, beide Betreibungen Nr. 1 und Nr. 3 löschen lassen werde, sobald die Schuldnerin den geschuldeten Betrag von Fr. 13'353.10 bezahlt und die Gerichtskosten sowie die Kosten des Konkursamtes übernehme (vgl. act. 5/11). Da die Schuldnerin wie bereits dargelegt hierfür Fr. 14'400.– (inkl. Parteientschädigung) hinterlegt und die entsprechenden Kosten sichergestellt hat, ist glaubhaft, dass damit auch die in

Betreibung gesetzte Forderung der Gläubigerin in der Höhe von Fr. 16'000.– gegenstandslos ist und die Löschung der entsprechenden Betreibung von der Gläubigerin veranlasst werden wird.

Die beiden Betreibungen über Fr. 2'134.25 und Fr. 1'836.– datieren vom 16.09.2015 sowie vom 12.09.2016, liegen mithin drei sowie zwei Jahre zurück, und befinden sich im Stadium des Rechtsvorschlages. Da es gemäss Ausführungen der Schuldnerin keine Weiterungen diesbezüglich gegeben hat, erscheint glaubhaft, dass diese Betreibungsforderungen nicht mehr weiterverfolgt wurden und mit einer Fortsetzung der Betreibungen nicht mehr gerechnet werden muss (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG).

Damit ist von offenen Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 62'705.50 (Fr. 11'657.55 + Fr. 18'612.45 + Fr. 8'106.45 + Fr. 24'329.05) auszugehen. Davon befinden sich – wie bereits dargelegt – die Betreibungen betreffend die ersten drei Forderungen im Umfang von Fr. 38'376.45 im Stadium der Einleitung (Steuerforderungen) und die Betreibung über Fr. 24'329.05 im Stadium der Konkursandrohung, wobei vereinbart wurde, dass die Schuldnerin Fr. 28'387.75 bis spätestens 5. Dezember 2018 bezahlt. Unter Berücksichtigung dieser Vereinbarung (vgl. act. 2 Rz. 25) belaufen sich die offenen Forderungen im Zusammenhang mit den Betreibungen auf insgesamt Fr. 66'764.20 (Fr. 62'705.50 + Fr. 4'058.70).

2.3.3 Die Schuldnerin macht geltend, der Liquiditätsengpass sei nur vorübergehend (vgl. act. 2 Rz. 9). Die Auftragslage sei sehr gut, sie arbeite derzeit an zwei Grossprojekten mit Auftragssummen von Fr. 732'013.05 und Fr. 716'665.45 (vgl. act. 2 Rz. 7). Dies erscheint glaubhaft aufgrund der entsprechenden Werkverträge, die die Schuldnerin eingereicht hat (vgl. act. 5/5-6).

Unter Verweis auf die nicht unterzeichnete Zwischenbilanz per 30. September 2018 führt die Schuldnerin zu ihren Debitoren aus, es seien noch zwei Rechnungen von insgesamt Fr. 33'659.48 offen (vgl. act. 2 Rz. 23 ff. i.V.m. act. 5/15-17). Das wesentlichste Aktivum aber sei eine Kontokorrentforderung gegen D._____ in der Höhe von Fr. 969'367.08. Um das Überleben der Schuldnerin sicherzustellen hätten D._____ und seine Ehefrau vor Kurzem eine Liegenschaft in

G._____ verkauft. Der Kaufvertrag sei am 9. November 2018 beurkundet worden, die Kaufpreiszahlung von Fr. 2'100'000.– per 30. November 2018 zu bezahlen, ein Finanzierungsnachweis erbracht worden und nach Ablösung der Grundpfandschulden in der Höhe von Fr. 1'200'000.– verbleibe den Ehegatten ein Verkaufserlös von Fr. 900'000.–. D._____ werde seine Kontokorrentschuld bei der Schuldnerin durch eine Zahlung von mindestens Fr. 600'000.– reduzieren, sodass diese ihre Verbindlichkeiten vollständig werde erfüllen können (vgl. act. 2 Rz. 26 ff.). Aufgrund des auch seitens des Notars unterzeichneten Kaufvertrages vom 9. November 2018, der die Zahlung des Kaufpreises bis 30. November 2018 vorsieht und einen Finanzierungsnachweis (attestation de financement) erwähnt (vgl. act. 5/18), sowie der entsprechenden unterschriftlichen Erklärung von D._____ (vgl. act. 5/19) erscheint dieser Sachverhalt glaubhaft. Des Weiteren stellte ein Kreditoren und Kunde der Schuldnerin, H._____, ebenfalls unterschriftlich die Zurverfügung-Stellung eines weiteren Kredites von max. Fr. 70'000.– in Aussicht, falls dies nötig sein sollte (vgl. act. 5/20 i.V.m. act. 5/15).

In Bezug auf die Kreditoren (inklusive Umsatzsteuer) verweist die Schuldnerin auf ihre Ausführungen zum Betreibungsregistrauszug (vgl. act. 2 Rz. 30). Gemäss Entwurf der Zwischenbilanz per 30. September 2018 geht die Schuldnerin von Kreditoren in der Höhe von Fr. 71'645.55 und Umsatzsteuern von Fr. 15'889.55 aus; insgesamt beläuft sich danach das kurzfristige Fremdkapital auf Fr. 307'465.10 (vgl. act. 5/15). Zu ihren aktuellen Verpflichtungen und den laufenden Verbindlichkeiten führt die Schuldnerin ansonsten nichts weiter aus.

2.3.4 Nach dem Gesagten erscheint die Schuldnerin mittlerweile genügend liquide zu sein, um die aktuell dringendsten Verpflichtungen zu bedienen und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die offenen Forderungen abtragen zu können. Es scheint auch deshalb bloss eine vorübergehende Illiquidität vorzuliegen, weil die Schuldnerin für die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten insgesamt über Fr. 15'000.– zu hinterlegen vermochte.

2.4 Insgesamt ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin somit als glaubhaft dargetan anzusehen, wenn man bedenkt, dass eine Tatsache bereits dann glaubhaft gemacht ist, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente spre-

chen, selbst wenn das Gericht nicht ausschliessen kann, dass sie sich nicht wirklich haben könnte.

2.5 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. November 2018 (Geschäfts-Nr. EK180257-G) über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben. Sollte es erneut zur Konkurseröffnung kommen, so wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen. Die Tatsache einer erneuten Konkurseröffnung wäre sodann als Indiz für eine nicht mehr nur vorübergehende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zu werten.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wurde nur im Umfang von Fr. 250.– von dem vom Gläubiger geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.– (vgl. act. 8/8) bezogen (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziffer 4), weil die Schuldnerin vor der Verhandlung bereits im Umfang von Fr. 250.– eine Vorauszahlung an die Vorinstanz geleistete hatte (vgl. act. 8/12). Den Rest des Vorschusses, mithin Fr. 1'550.– (Fr. 1'800.– + Fr. 250.– - Fr. 500.–), überwies die Vorinstanz mit dem angefochtenen Urteil an das Konkursamt (vgl. act. 3 Dispositiv-Ziffer 4). Diese Spruchgebühr ist in dieser Höhe zu bestätigen und der Schuldnerin aufzuerlegen, weil ihre Zahlungssäumnis das Konkursverfahren verursacht hat.

Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten und überwiesenen Betrag von insgesamt Fr. 2'050.– (Fr. 500.– [von Schuldnerin sichergestellt] + Fr. 1'550.– [Rest des von der Gläubigerin der Vorinstanz geleisteten Barvorschusses, der von dieser mit dem angefochtenen Urteil an das Konkursamt überwiesen wurde]) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag von Fr. 14'400.– einen Betrag von Fr. 14'301.60 an die Gläubigerin (Fr. 12'000.– nebst Zins zu 5 % von 1. Februar 2017 bis zur Konkurseröff-

nung und Fr. 242.95 Betreibungskosten sowie Fr. 1'000.– Parteientschädigung) auszubezahlen und den Rest der Schuldnerin – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – zurückzuerstatten.

3.2 Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind auch die zweitinstanzlichen Gerichtsgebühren der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 7. November 2018 (Geschäfts-Nr. EK180257-G) aufgehoben und das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die im Umfang von Fr. 250.– vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr in der Höhe von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag von Fr. 14'400.– einen Betrag von Fr. 14'301.60 an die Gläubigerin auszubezahlen und den Rest der Schuldnerin – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – zurückzuerstatten.
4. Das Konkursamt Küsnacht wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten und überwiesenen Betrag von insgesamt Fr. 2'050.– (Fr. 500.– [Zahlung der Schuldnerin] + Fr. 1'550.– [Rest des von der Gläubigerin dem Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen geleisteten Barvorschusses, der von diesem mit dem angefochtenen Urteil an das Konkursamt überwiesen wurde]) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der

Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Küsnacht, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse und ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon.
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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:

7. Dezember 2018