

ZH_OBERGERICHT PS180136 vom 7. August 2018

ZH Obergericht, 2018-08-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS180136

FR: ZH_OBERGERICHT PS180136 du 7 août 2018

IT: ZH_OBERGERICHT PS180136 del 7 agosto 2018

Erwägungen

E. 5

% seit 8. Dezember 2016 sowie aufgelaufenen Verzugszinsen bis zum

E. 7

Dezember 2016 von Fr. 1'122.60 und Betreuungskosten von Fr. 206.60 der Konkurs eröffnete (act. 3 = act. 6 = act. 7/9; nachfolgend zitiert als act. 6). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 23. Juli 2018 (Datum Poststempel) fristgerecht (vgl. act. 7/11) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). 1.2. Mit Verfügung vom 24. Juli 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-11). Die Sache erweist sich als spruchreif. 2. 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3). 3. Die Schuldnerin weist durch Urkunden nach, dass sie der Gläubigerin am

E. 11

Mai 2018 Fr. 36'122.60 (act. 5/3 und act. 5/16) und am 17. Juli 2018 Fr. 2'500.– und Fr. 206.60 (act. 5/7), gesamthaft somit Fr. 38'829.20, überwies. Diese Beträge decken zusammen die Konkursforderung einschliesslich der Zin-

- 3 - sen bis zur Konkursöffnung und der bisherigen Betreuungskosten von insgesamt Fr. 38'828.75. Ausserdem leistete die Schuldnerin am 13. Juli 2018 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich einen Vorschuss von Fr. 1'800.–, der nach der Bestätigung des Konkursamts Wiedikon-Zürich vom selben Datum ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 5/19). Im Übrigen leistete die Schuldnerin am 16. Juli 2018 auch den Kostenvorschuss für die mutmasslichen Kosten des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– (act. 5/6). Die Schuldnerin weist folglich den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nach. 4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist,

seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3). Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind,

- 4 - seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3). 4.2. Die Schuldnerin ist seit den 70er Jahren im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt in erster Linie das Projektieren und Ausführen aller Art elektrischer Installationen sowie Handel mit elektrischen Apparaten und Erzeugnissen. Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelzeichnungsberechtigung ist C._____, ferner ist der Projektleiter D._____ mit Kollektivprokura zu zweien zeichnungsberechtig (act. 2 Rz 5 und 7, act. 5/2 und act. 8). Gemäss ihren eigenen Ausführungen beschäftige die Schuldnerin insgesamt sieben Mitarbeiter und habe sich seit Jahren auf die Installation von Lichtkonzepten spezialisiert und sich dadurch einen Namen gemacht. Der Projektleiter sei stets daran, erfolgreich neue Aufträge zu aquirieren und auszuführen, zudem verfüge das Unternehmen über einen festen Kundenstamm. Aufgrund seiner langjährigen Geschäftstätigkeit verfüge C._____ zudem über weitgehende Kontakte in der Branche. Ausserdem profitiere die Schuldnerin aufgrund der ebenfalls C._____ gehörenden Gesellschaft E._____ AG über positive Synergieeffekte (act. 2 Rz 7). Gründe für ihre Zahlungsschwierigkeiten nennt die Schuldnerin nicht. 4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreibung Nr. 1 noch sieben weitere Betreibungen im Umfang von Fr. 134'082.52 offen sind. Davon befindet sich eine Betreibungen über Fr. 50'000.- im Stadium der Konkursandrohung. Gegen die restlichen sechs Betreibungen über gesamthaft Fr. 84'082.52 wurde Rechtsvorschlag erhoben. Die übrigen zwischen 2014 und 2017 eingeleiteten neun Betreibungen sind alle durch Zahlungen an das Betreibungsamt erloschen. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 5/12). Die Schuldnerin macht zu Einzelnen der noch offenen Betreibungen Ausführungen, worauf sogleich einzugehen ist:

- 5 - a) Betreibung Nr. 2 Es handelt sich dabei um eine am 24. Februar 2014 eingeleitete Betreibung der F._____ AG für eine Forderung von Fr. 4'652.95, gegen welche die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhob (act. 5/12). Die Schuldnerin macht geltend, die Gläubigerin habe zu Recht auf das Weiterverfolgen dieser Betreibung verzichtet und

verfüge mittlerweile auch über keinen gültigen Zahlungsbefehl mehr (act. 2 Rz 13). Angesichts des Datums des Zahlungsbefehls ist der Gläubigerin zuzustimmen, dass dieser wohl nicht mehr gültig ist (vgl. Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG), zumal selbst ein allfälliges Verfahren betreffend Beseitigung des Rechtsvorschlages inzwischen erledigt sein dürfte. Dass die Forderung bislang nicht weiterverfolgt wurde, lässt vermuten, sie sei vom Gläubiger fallen gelassen worden. b) **Betreibung Nr. 3** Zu dieser Forderung über Fr. 5'915.75 der G. _____ Ausgleichskasse, die am 6. Mai 2014 betrieben wurde (act. 5/12), führt die Schuldnerin aus, sie habe diese wegen nicht verbuchten Anpassungen der Lohnsumme mit Rechtsvorschlag bestritten. Die Gläubigerin habe zu Recht auf das Weiterverfolgen dieser **Betreibung** verzichtet und verfüge mittlerweile auch über keinen gültigen Zahlungsbefehl mehr (act. 2 Rz 14). Diesbezüglich kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden, die auch hier gelten (vgl. E. 4.3.a), wobei anzufügen ist, dass hier auch vom Nichtbestand der fraglichen Forderung ausgegangen werden kann. Zum einen ist anzunehmen, die G. _____ Ausgleichskasse hätte die Forderung andernfalls weiter verfolgt, und zum anderen zeigen weitere **Betreibungen** dieser Gläubigerin, welche allesamt durch Zahlungen an das **Betreibungsamt** erloschen (vgl. act. 5/12), dass die Schuldnerin berechnigte Forderung durchaus bezahlte. c) **Betreibung Nr. 4** Diese der sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen **Betreibung** zugrunde liegende Forderung von Fr. 50'000.– der H. _____ AG (act. 5/12) wurde von der Schuldnerin beglichen, wie sie mit einer entsprechenden Bestätigung der Gläubigerin vom 19. Juli 2018 belegt (act. 2 Rz 15 und act. 5/13).

- 6 - d) **Betreibungen Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 7** Dabei handelt es sich um **Betreibungen** der I. _____ AG betreffend Forderungen von Fr. 3'473.10, Fr. 3'528.20 und Fr. 4'361.40, gegen welche die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hatte (act. 5/12). Die Schuldnerin bringt vor, diese alle bereits vor Konkursöffnung bezahlt zu haben (act. 2 Rz 16), was sie mit einem E-Mail der Gläubigerin vom 12. Juli 2018, welche die entsprechenden Zahlungseingänge noch im Jahr 2014 bestätigt, glaubhaft macht (act. 5/14). e) **Betreibung Nr. 8** Die Schuldnerin macht geltend, diese Forderung von Fr. 62'151.12 der J. _____ AG (act. 5/12) habe sie zufolge Mängelrüge mit Rechtsvorschlag bestritten. Nach erfolgter Mängelbeseitigung habe sich der Rechnungsbetrag auf Fr. 58'615.30 gemindert. Diesen Betrag habe die Schuldnerin der J. _____ AG am 7. Oktober 2016 überwiesen (act. 2 Rz 17). Ein entsprechender Zahlungsnachweis liegt vor (act. 5/15), doch reichte die Schuldnerin keine Unterlagen zur behaupteten Einigung über die Reduktion des ursprünglichen Forderungsbetrages ein. Damit ist nicht klar, ob mit den Fr. 58'615.30 wirklich die fragliche Forderung getilgt wurde oder ob es sich um eine Zahlung aus einem anderen Grund handelte. Allerdings erscheinen die Erklärungen der Schuldnerin in Anbetracht des Einleitungsdatums der entsprechenden **Betreibung** am 1. Juni 2016 (act. 5/12) und des Zahlungsdatums des mutmasslich reduzierten Betrages als plausibel. In diesem Sinne kann die entsprechende Behauptung knapp als glaubhaft gemacht gelten und es ist von der Tilgung der entsprechenden Forderung auszugehen. 4.4. Zusammenfassend ist anzunehmen, keine der betriebenen Forderungen sei mehr offen bzw. werde von den entsprechenden Gläubigern noch weiter verfolgt. Es bleibt die finanzielle Situation der Schuldnerin und insbesondere der Geschäftsgang ihres Unternehmens zu prüfen. 4.5. Die Schuldnerin reichte die Jahresrechnung 2016 ein, welche auch die Zahlen des Vorjahres enthält und wovon zumindest die Bilanz unterzeichnet ist (act. 5/9); ferner liegt auch die ebenfalls unterschriebene Steuererklärung des

- 7 - Jahres 2016 vor (act. 5/10). Die Schuldnerin erklärt, sie sei derzeit daran, zusammen mit der Buchhaltung die Jahresrechnung 2017 zu erstellen. Zur Erstellung einer Zwischenbilanz im Jahr 2018 habe kein Anlass bestanden (act. 2 Rz 11). Sowohl der Jahresrechnung als auch der Steuererklärung ist zu entnehmen, dass die Schuldnerin im Jahr 2016 einen Verlust von Fr. 273'167.13 erlitt (act. 5/9-10). Im Jahr 2015 hatte es einen Verlust von Fr. 154'234.24 gegeben, sodann ist ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr von Fr. 250'054.51 aufgeführt (act. 5/9). Wenn die Schuldnerin diese Verluste darauf zurückführen will, dass sie in Bezug auf ihre Liegenschaft sehr hohe Wertberichtigungen von Fr. 1'030'000.– vorgenommen habe (act. 2 Rz 11), so ist dem nicht zuzustimmen. Der Erfolgsrechnung ist vielmehr zu entnehmen, dass dem Ertrag höhere Ausgaben (namentlich sehr hohe Personalkosten) gegenüberstanden, was zu den erwähnten Verlusten führte (act. 5/9 S. 3). 4.6. Anfangs 2018 verfügte die Schuldnerin auf ihrem Kontokorrentkonto bei der UBS AG über ein Guthaben von Fr. 77'605.11. Bis zum 13. Juli 2018 erzielte sie Gutschriften von insgesamt Fr. 300'247.30, denen Ausgaben von Fr. 355'579.65 gegenüberstehen (act. 2 Rz 10 und act. 5/3). Die Schuldnerin weist zutreffend darauf hin, dass auf ihrem Konto laufend Zahlungsein- und -ausgänge erfolgen (act. 2 Rz 10 und act. 5/3) und auch regelmässig Lohnzahlungen ausgeführt werden (act. 2 Rz 7 und act. 5/3). Auf der unterzeichneten Kreditorenliste vom 23. Juli 2018, welche ein Total an Kreditoren von Fr. 4'365.45 aufführt, sind denn auch keine Lohnforderungen enthalten (act. 2 Rz 7 und act. 5/3a). Debitoren sind gemäss der glaubhaften Aussage der Schuldnerin ebenfalls vorhanden, doch habe sie diese nicht mehr rechtzeitig zusammenstellen können (act. 2 Rz 7), sodass über deren Höhe Ungewissheit besteht. Am 13. Juli 2018 verfügte die Schuldnerin sodann über ein Guthaben von Fr. 22'272.76 auf ihrem Konto bei der UBS AG (act. 2 Rz 9 und act. 5/3). Nach Bezahlung des noch offenen Teils der Konkursforderung (vgl. E. 3), des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren (vgl. E. 3) sowie des Kostenvorschusses an den Rechtsvertreter über Fr. 3'000.– be- laufen sich die liquiden Mitteln noch auf Fr. 15'816.16, wie die Schuldnerin richtig darlegt (act. 2 Rz 9, act. 5/5 und act. 5/8). Ferner verfügt die Schuldnerin ange-

- 8 - lich noch über rund Fr. 11'000.– auf einem Postkonto, doch ist dies, wie sie selbst ausführt, nicht belegt (act. 2 Rz 9) und hat unberücksichtigt zu bleiben. 4.7. Betrachtet man nur die Jahresrechnung, kann der Schuldnerin keine günstige Prognose gestellt werden, zumal mindestens in den Jahren 2014 bis 2016 erhebliche Verluste eintraten. Dies deutet auf grössere finanzielle Schwierigkeiten der Schuldnerin hin. Mit diesem Eindruck stimmt überein, dass es ab dem Jahr 2014 zu Betreibungen kam. 4.8. Allerdings liegen auch Hinweise auf eine Besserung der Lage vor. So vermochte die Schuldnerin alle Betreibungen – teilweise lange vor Konkurseröffnung, worauf sie zutreffend hinweist (vgl. act. 2 Rz 20) – zu tilgen bzw. bei den zwei nicht getilgten Forderungen ist davon auszugehen, dass sie unbegründet waren. Dabei kam es weder zu Konkurseröffnungen noch zur Ausstellung von Verlustscheinen, was nicht nur für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin spricht, sondern auch für ihre Bereitschaft, ihre Gläubiger zu befriedigen. Die letzte Betreibung wurde überdies im Dezember 2017 eingeleitet (act. 5/12), seit dann erfolgten keine weiteren Zwangsvollstreckungen mehr. Die Schuldnerin verfügt heute zudem über gewisse liquiden Mittel, welche ihre nicht sehr hohen Kreditoren übersteigen. Hinzu kommen mutmasslich auch gewisse Debitoren. Ausserdem ist es aufgrund der laufenden Zahlungsein- und -ausgänge sowie der Ausführungen der Schuldnerin zu ihrem Geschäft glaubhaft, dass der Betrieb der Schuldnerin aktiv geführt wird und sie stetig Aufträge erhält, aus denen sie Einnahmen generiert. Auch wenn keine aktuelle Bilanz und

Erfolgsrechnung vorliegen, bestehen somit doch verschiedene Anzeichen dafür, dass sich die finanzielle Situation der Schuldnerin im Vergleich zu den Jahren 2014 bis 2016 verbessert hat. Dass gemäss dem Kontoauszug des Kontos bei der UBS AG zwischen Januar 2018 und Juli 2018 mehr Belastungen als Gutschriften erfolgten, stösst diesen Eindruck im Übrigen nicht um. Die Ausgabe-/Einnahmesituation nach einem halben Jahr ist noch nicht aussagekräftig und lässt nicht zwingend darauf schliessen, dass es im Jahr 2018 wieder zu einem Verlust kommen wird. Es darf mithin heute trotz der nur recht knappen Angaben zur finanziellen Lage der Schuldnerin davon ausgegangen werden, dass sie grundsätzlich in der Lage ist, ihren laufenden Verbindlichkeiten

- 9 - nachzukommen. Sie erscheint damit zumindest im heutigen Zeitpunkt nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid und ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit kann nicht ausgeschlossen werden; die Zahlungsfähigkeit erscheint damit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Es ist jedoch nicht zu verhehlen, dass es sich um einen Grenzfall handelt, vor allem weil die Schuldnerin nur sehr dürftige Angaben zur Zahlungsfähigkeit macht, weil es in der Vergangenheit zu namhaften Verlusten kam und weil doch einige Forderungen sozialversicherungsrechtlicher Art in Betreuung gesetzt werden mussten, was ein Zeichen tiefgreifender Zahlungsschwierigkeiten sein kann. Zudem fällt auf, dass die Schuldnerin einige Male grundlos – wie die nachfolgende vollständige Zahlung zeigt (vgl. E. 4.3.d) – Rechtsvorschlag erhob, was ebenfalls ein Zeichen für grössere Zahlungsschwierigkeiten sein kann. Die Schuldnerin ist darauf hinzuweisen, dass im Fall einer neuerlichen Konkursöffnung an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären. 5. Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragt die Schuldnerin die Auferlegung der Gerichtskosten an die Gläubigerin und die Zusprechung einer Parteientschädigung (act. 2 S. 2). Dem kann jedoch nicht entsprochen werden, vielmehr sind die Prozesskosten der Schuldnerin aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Dies, weil die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht wurden. Daran ändert auch nichts, dass die Schuldnerin anscheinend nach ihrer Zahlung über Fr. 36'122.60 davon ausging, die Sache sei erledigt, was angeblich telefonisch von der Gläubigerin bestätigt worden sei (vgl. act. 2 Rz 18 sowie OGer ZH PS180091 vom 21. Juni 2018 E. 4.1-3). Parteientschädigungen sind im Übrigen mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

- 10 - Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.