

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140204-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur.
P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. K. Graf

Urteil vom 24. September 2014

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 19. August 2014 (EK140292)

Erwägungen:

1. Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach eröffnete mit Urteil vom 19. August 2014 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 21. August 2014 sowie mit Ergänzung der Beschwerde vom 1. September 2014 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (vgl. act. 8/11) die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 und act. 11). Sodann reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 5/3-4 und act. 13/1-46). Mit Präsidialverfügung vom 21. August 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

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 Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. 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 bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Die Beschwerdeführerin belegt, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Kloten) mit Zahlung an die Beschwerdegegnerin getilgt zu haben (vgl. act. 2 S. 3, act. 5/3 und act. 13/1); die Mahn- und Bearbeitungsgebühren sowie die Betreibungskosten waren nicht in diesem Betrag erhalten - ein Zins war nicht in Betreibung gesetzt worden. Im Weiteren hat die Beschwerdeführerin mit Zahlung vom 21. August 2014 beim Konkursamt Bassersdorf insgesamt Fr. 35'000.- hinterlegt. Dies als Kautio für die Gesamtforderung der Beschwerdegegnerin sowie zur Deckung der

Kosten des Konkursverfahrens, inklusive der Kosten des Konkursgerichts, und der weiteren mit diesem Verfahren entstehenden Kosten (act. 5/4). Dadurch sind auch die Kosten für das Beschwerdeverfahren, welche praxisgemäss Fr. 750.– betragen, gedeckt.

Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen.

4. Überdies hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamts Kloten (act. 13/17) wurden vom 24. Mai 2012 bis 25. August 2014 insgesamt 89 Beteiligungen eingeleitet. Die Anzahl Beteiligungen lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Insgesamt 31 Beteiligungen wurden durch Zahlung an das Beteiligungsamt oder die Gläubiger getilgt. 10 Beteiligungen sind erloschen; einmal erfolgte eine volle Befriedigung nach Verwertung. Die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Beteiligung Nr. ...) wurde – wie vorstehend erwähnt –

ganze Jahr 2013. Auch der Umsatz habe gegenüber der Vergleichsperiode um einen Drittel gesteigert werden können. Bedenke man, dass Betriebe wie die von ihr geführten in den Sommermonaten generell die schwächsten Umsätze erzielen und dafür vor Weihnachten besonders hohe Umsätze generieren, könne prognostiziert werden, dass ihr Umsatz Ende 2014 den hochgerechneten Betrag von Fr. 6.2 Mio. erreiche oder sogar übertreffen werde. Der Personalaufwand habe im ersten Quartal 2014 Fr. 681'220 betragen, was hochgerechnet eine vergleichsweise unbedeutende Steigerung von knapp Fr. 2.4 Mio. auf hochgerechnet ca. Fr. 2.72 Mio. bedeute. Der Raumaufwand beliefe sich auf Fr. 243'550.–, was hochgerechnet eine Steigerung von Fr. 781'241.– auf Fr. 974'200.– sei. Diese Steigerung sei durch die zusätzlichen Kosten für E. _____ am ... zu erklären. Ansonsten fänden sich bei den Aufwandpositionen keine ins Gewicht fallenden Unterschiede zwischen 2013 und dem aufs ganze Jahr hochgerechneten Abschluss des ersten Quartals 2014 (act. 11 S. 4 f.).

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Personalkosten seien in der Zwischenzeit abgebaut worden. Im Jahre 2013 habe sie 58 Mitarbeiter beschäftigt, aktuell nur noch deren 44. Dies habe zu bedeutenden Einsparungen auf der Aufwandseite geführt. Ihre Liquiditätskrise sei durch hohe kurzfristige Verbindlichkeiten verursacht worden, denen zu wenig flüssige Mittel gegenübergestanden seien. Per 28. August 2014 hätten kurzfristige Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen von Fr. 1'428'530.20 bestanden. Es habe sich dabei um die Verbindlichkeiten aus dem Betrieb der Gastro-Betriebe C. _____, D. _____ und E. _____ gehandelt. Ihr Alleinaktionär und seine Familie hätten sich entschlossen, ihr frische Liquidität in der Höhe von je Fr. 250'000.– zur Verfügung zu stellen, um ihre finanzielle Sanierung zu ermöglichen. Diese Beträge seien bereits überwiesen und zur Ablösung sämtlicher Beteiligungen und zur Tilgung weiterer kurzfristiger Verbindlichkeiten verwendet worden. Für die entsprechenden Darlehen hätten die Darlehensgeber Rangrücktritte erklärt. Die Familie habe ihr auch zugesichert, sie bei Bedarf noch weiter zu unterstützen. Mit den Sanierungsdarlehen der Familie hätten die Verbindlichkeiten in den vergangenen Tagen markant reduziert werden können (act. 11 S. 6).

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, die verbleibende Hauptgläubigerin mit einer Gesamtforderung von Fr. 477'906.– sei die G. _____ AG in Die G. _____ AG glaube an ihr Potential und beliebere sie weiterhin trotz erheblicher Ausstände. Die G. _____ AG habe sich auch bereit erklärt, ihre Forderung von Fr. 477'906.45 zu stunden. Sie und die G. _____ AG hätten eine Stundungs- und Tilgungsvereinbarung unterzeichnet, wonach sie die Schuld von Fr. 477'906.45 anerkenne und die Parteien vereinbarten, dass die Schuld in monatlichen Raten von Fr. 25'000.– zu tilgen sei. Die G. _____ AG gebe sich in Kenntnis ihres Potentials mit einem bescheidenen Zins von 2% p.a. zufrieden, der erst ab 1. November 2014 zu laufen beginne. Damit reduziere sich der Betrag der kurzfristig zu tilgenden Schulden auf Fr. 440'251.95. Die in der Bilanz per 31. März 2014 aufgeführte Verbindlichkeit gegenüber der Eidg. Steuerverwaltung von Fr. 223'797.– bestehe zum einen aus fälligen Forderungen aus dem Jahre 2013 von Fr. 98'197.50, die in der Zwischenzeit abbezahlt worden seien. Der für das erste Quartal 2014 geschuldete Betrag belaufe sich nach den Berechnungen der Buchhaltungsfirma F. _____ auf Fr. 92'144.04. Dieser Betrag sei im Betrag der kurzfristigen Verbindlichkeiten berücksichtigt. Er sei in der Kreditorenliste C. _____ per 20. August 2014 enthalten. Weitere kurzfristige Verbindlichkeiten bestünden nicht. Da ihr Aktionär und Verwaltungsrat für seine Kontokorrentforderung eine Rangrücktrittserklärung abgegeben habe, belaste sie die Liquidität nicht und gehöre zu den langfristigen Verbindlichkeiten. Für die verbleibenden kurzfristigen Schulden von rund Fr. 440'000.– habe sie einen Zahlungsplan erarbeiten lassen, der ihren Möglichkeiten entspreche. Aus der Erfolgsrechnung 2014, die für die ersten zwei Quartale auf gesicherten Zahlen und für die zweite Jahreshälfte auf Budgetzahlen beruhe, ergebe sich eine Umsatzsteigerung auf Fr. 6'163'000.–. Die Projektionen für die zweite Jahreshälfte seien eher konservativ. Auch so resultiere ein Mehrumsatz von rund Fr. 1 Mio. Der Personalaufwand sei ab zweitem Quartal 2014 infolge der Reduktion des Personalbestandes gesunken; der gesamte Betriebsaufwand sei von Fr. 990'115.– auf Fr. 1'129'500.– gestiegen. Der Grund dafür liege in der Erweiterung der von ihr geführten Gastrobetriebe um E. _____ am Die Steigerung des Umsatzes sei jedoch gegenüber der Steigerung des Betriebsaufwandes stark überproportional. Selbst nach Vornahme erhöhter Abschreibungen werde

sie aller Voraussicht nach 2014 einen markant höheren Betriebserfolg erzielen. Dieser stark verbesserte Betriebserfolg werde es ihr gemäss der Finanzplanung ab September 2014 erlauben, die verbleibenden kurzfristigen Verbindlichkeiten bis spätestens Januar 2015 abzubauen (act. 11 S. 9 ff.).

c) Die Ausführungen der Beschwerdeführerin über den Geschäftsgang der Jahre 2012 und 2013 stimmen mit den Zahlen in der eingereichten Bilanz per 31. Dezember 2013 und der Erfolgsrechnung vom 1. Januar bis 31. Dezember 2013 überein (vgl. act. 13/5 S. 1-10). In der Bilanz per Stichtag 31. März 2014 sowie der Erfolgsrechnung vom 1. Januar bis 31. März 2014 wird ein Gewinn von Fr. 243'700.60 ausgewiesen (act. 13/6 S. 3 und S. 9). Der Erfolgsrechnung über die ersten drei Monaten dieses Jahres ist weiter die von der Beschwerdeführerin dargelegte Entwicklung zu entnehmen, dass sich das aktuelle Geschäftsjahr einträglicher als das Vorjahr erweist und dieses Jahr mit einem grösseren Gewinn gerechnet werden kann (vgl. act. 13/6 S. 4-9). Die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Reduktion des Personalaufwandes wird ferner auch zu bedeutenden Einsparungen auf der Aufwandseite führen (act. 13/9-10). Per 28. August 2014 weist die Beschwerdeführerin für ihre Gastro-Betriebe kurzfristige Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen von Fr. 1'428'530.20 aus (act. 13/11-14). Zusammen mit einem Sanierungsdarlehen (samt Rangrücktritt) des Alleinaktionärs und seiner Familie von je Fr. 250'000.– wurden die kurzfristigen Verbindlichkeiten auf Fr. 918'158.40 reduziert (act. 11 S. 6, act. 13/11 und act. 13/15-16). Zwischen der Beschwerdeführerin und der G. _____ AG wurde am 25./26. August 2014 eine Stundungs- und Tilgungsvereinbarung über eine Gesamtforderung von Fr. 477'906.– geschlossen, womit sich die Beschwerdeführerin verpflichtete, die Schuld in monatlichen Raten von Fr. 25'000.– zu tilgen, erstmals per 1. November 2014 (act. 13/28). Gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten Tabelle per 28. August 2014 reduziert sich damit der Betrag der kurzfristig zu tilgenden Schulden auf Fr. 440'251.95 (act. 11 S. 9, act. 13/11). Für die verbleibenden kurzfristigen Schulden von rund Fr. 440'000.– liess die Beschwerdeführerin einen Zahlungsplan ausarbeiten (act. 13/30). Daraus geht hervor, dass sie für das Jahr 2014 mit einer Umsatzsteigerung von Fr. 5'151'460.– auf Fr. 6'163'000.–, einem Mehrumsatz von rund Fr. 1 Mio. sowie mit einem Betriebserfolg von Fr. 815'500.–

rechnet, und damit in der Lage sein sollte, bis spätestens anfangs 2015 die verbleibenden kurzfristigen Verbindlichkeiten abzubauen (act. 11 S. 10).

Vor dem Hintergrund, dass in erster Linie die höher ausgefallenen Kosten des Umbaus des C._____ beim ... zu den finanziellen Schwierigkeiten der Beschwerdeführerin führten, sie mit ihren Gastro-Unternehmen seit letztem Jahr erstmals einen Gewinn erzielen konnte und in diesem Jahr mit einer Steigerung des Umsatzes zu rechnen ist, der geleisteten und weiterhin versprochenen Investitionen des Alleinaktionärs und seinem familiären Umfeld, der vorgenommenen Reduktion des Personalaufwandes, und dem Umstand, dass ein Grossteil der Gläubiger zwischenzeitlich befriedigt werden konnte und zur Begleichung der weiteren (kurzfristigen) Forderungen ein Zahlungsplan ausgearbeitet worden ist, der Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarung mit einem der Hauptgläubiger sowie den Rangrücktrittserklärungen von Gläubigern von langfristigen Darlehen scheint die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als gegeben. Die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. 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 der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine 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 (Urteil 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.).

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Beschwerdeführerin.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 19. August 2014, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 36'600.– (Fr. 35'000.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Obergerichtskasse Fr. 750.–, der Beschwerdegegnerin Fr. 2'076.60 (Fr. 1'800.– für den Barvorschuss sowie Fr. 276.60 für die Mahn-, Bearbeitungsgebühren und Betriebskosten) und der Beschwerdeführerin den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 11, an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Kloten, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: