

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190041-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 25. März 2019

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 26. Februar 2019 (EK190040)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster (fortan Vorinstanz) vom 26. Februar 2019, 11:00 Uhr, wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 7/5 = act. 3 S. 2):

Forderung von	CHF	76'671.90
Zins 6% seit 01.01.2018	CHF	4'135.40
Gläubigerkosten	CHF	-
Betreibungskosten	CHF	206.60
. / . diverse Teilzahlungen	CHF	43'840.00
Total	CHF	37'173.90

1.2. Mit Beschwerde vom 5. März 2019 (Datum Poststempel: 8. März 2019) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses (act. 2; act. 7/6). Mit Verfügung vom 11. März 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 8). Die Schuldnerin reichte am 12. März 2019 (Datum Poststempel) und damit innert laufender Rechtsmittelfrist eine Eingabe (act. 11) und weitere Belege (act. 12/1-13) nach. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit dem Einlegen des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzli-

chen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Konkureröffnung erfolgte für eine Forderung von Fr. 76'671.90 nebst Zins zu 6 % seit 1. Januar 2018 sowie Betreuungskosten von Fr. 206.60, abzüglich diverser Teilzahlungen (Fr. 19'900.00 vom 8. August 2018, Fr. 11'940.00 vom 5. September 2018 und Fr. 12'000.00 vom 10. Oktober 2018; act. 7/1/1, act. 7/2/2 und act. 7/5). Dies ergibt eine noch offene Forderung von insgesamt Fr. 37'173.90 (Fr. 76'671.90 + Fr. 4'135.40 Zinsen + Fr. 206.60 Kosten ./. Fr. 43'840.00 Teilzahlungen). Die Schuldnerin belegt, am 5. März 2019 Fr. 38'344.60 und damit die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben. Zudem hat sie sogleich Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 8). Beim Konkursamt Dübendorf hat die Schuldnerin des Weiteren Fr. 750.00 zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts sichergestellt (act. 4/2-3). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachzuweisen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkureröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies 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 der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. 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, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). Nach der 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Auszug über offene Beteiligungen des Beteiligungsamtes Fällanden vom 8. März 2019 weist insgesamt 34 zwischen dem 24. März 2017 und dem 6. Februar 2019 eingeleitete Beteiligungen aus (act. 4/11). Davon wurden 23 durch Bezahlung an das Beteiligungsamt erledigt. Von den – ohne die hinterlegte Konkursforderung – noch offenen 10 Beteiligungen befinden sich acht Beteiligungen im Anfangsstadium, sie tragen den Code "ZB" für "Beteiligung eingeleitet". Die Beteiligung-Nr. 1 über Fr. 54.70 befindet sich im Stadium der Pfändung und die Beteiligung-Nr. 2 über Fr. 1'983.30 ist bereits bis zur Konkursandrohung fortgeschritten. Zur Beteiligung-Nr. 1 führt die Schuldnerin aus, dass die Forderung per Valuta 4. März 2019 an das Beteiligungsamt bezahlt worden sei (act. 11 S. 4). Sie belegt dies durch Einreichung eines entsprechenden Zahlungsbeleges der C._____ [Bank] (act. 12/13). Nach Angaben der Schuldnerin sei die Forderung der D._____ über Fr. 73'138.55 (Beteiligung-Nr. 3) bereits zu 50% getilgt, für die restlichen 50% der Forderung bestehe eine Zahlungsvereinbarung (act. 11 S. 4). Die Schuldnerin verweist für diese Behauptungen auf die von ihr erstellte Kreditorenliste (act. 12/11). Dies genügt jedoch den hier notwendigen Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht, insbesondere hätte es der Schuldnerin möglich und zumutbar sein müssen, ihre Behauptungen durch Einreichung eines Zahlungsbelegs sowie einer Zahlungsvereinbarung zu untermauern.

Folglich ist von noch 9 offenen Beteiligungen über einen gesamthaften Forderungsbetrag von Fr. 124'000.50 auszugehen.

2.3.3. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt den Handel mit Tiernahrung und Zubehör, den Betrieb einer Zoohandlung für Hunde, Katzen, Vögel, Nager und Schildkröten sowie den Unterhalt eines Zuchtbetriebs sowie einer Ferienpension für Hunde und Katzen (act. 5). Die Schuldnerin macht geltend, trotz offensichtlicher finanzieller Schwierigkeiten weiterhin bestehen zu können. Sie führt aus, bei der Gesellschaft handle es sich um ein Familienunternehmen in der dritten Generation. Der Betrieb werde mit rund 20 Angestellten und viel Leidenschaft geführt. Zur Konkurseröffnung sei es wegen eines internen Missverständnisses gekommen. In Zukunft könne das Unternehmen stabil geführt sowie die Zahlungsfristen eingehalten werden. Die Schuldnerin gibt an, einen soliden Umsatz von jährlich zirka vier Millionen Franken zu erzielen. Dieser resultiere aus Verkäufen über den Online-Shop, der zwei stationären Filialen sowie eines Franchise-Unternehmens. Die Marge sei plötzlich stark eingebrochen, worauf zu spät oder falsch reagiert worden sei. Es seien im vergangenen Jahr zwar einige Umstrukturierungen (u.a. personeller Art) vorgenommen worden, die Liquidität sei jedoch bereits eingeschränkt gewesen, was zu Zahlungsverzögerungen geführt habe. Für dieses Jahr seien nun aber weitere Veränderungen geplant bzw. bereits umgesetzt. Das Lager sei stark verkleinert und der Betrieb modernisiert worden. Die Schuldnerin erklärt, erste positive Veränderungen seien bereits sichtbar. Sie gehe davon aus, dass sich ihre Liquidität in Zukunft wieder stabilisieren werde (act. 2). Die Schuldnerin errechnet einen monatlichen Überschuss von Fr. 205'773.60, indem sie geltend macht, ihr monatlicher Umsatz betrage rund Fr. 290'000.00 und stehe Daueraufträgen von zirka Fr. 10'226.40 (Miete), Lohnaufwand von Fr. 53'000.00, Sozialleistungen SVA / UVG / KKTG von Fr. 15'000.00 sowie weiteren Forderungen von Fr. 6'000.00 gegenüber (act. 11 S. 5). Ihren Schulden (beim Obergericht sicher-gestellte Forderung von Fr. 39'094.60, restliche Beteiligungen von Fr. 86'870.95, Kreditoren von Fr. 210'750.00) stellt die Schuldnerin die von ihr erwarteten Ein-nahmen von Fr. 189'179.95 (Debitoren) und ihr Warenlager von Fr. 574'050.00 gegenüber, woraus ein Überschuss von Fr. 426'514.40 zu ihren Gunsten resultie-re (act. 11 S. 4).

2.3.4. Die Schuldnerin reicht eine Bilanz 2017 sowie eine Erfolgsrechnung 2017 mit Vergleichszahlen aus den drei vorhergehenden Jahren ein (act. 4/8-9). Aus der eingereichten Erfolgsrechnung geht für das Jahr 2017 ein Verlust von Fr. 215'423.43 hervor. Im Jahr 2016 konnte die Schuldnerin einen kleinen Gewinn von Fr. 6'105.35 verzeichnen. In den beiden vorangegangenen Jahren war es jedoch ebenfalls zu Verlusten gekommen (act. 4/9). Die von der Schuldnerin eingereichte Kreditorenliste weist per 11. März 2019 offene Kreditorenforderungen über Fr. 250'346.00 aus (act. 12/11). Bei Durchsicht der Kreditoren fällt auf, dass sechs davon Forderungen betreffen, welche auch im Betreibungsregister aufgeführt sind. Ohne diese doppelt zu berücksichtigen, ist neben den offenen Betreibungsforderungen von rund Fr. 124'000.00 somit von zusätzlichen Kreditorenforderungen von Fr. 182'312.95 auszugehen.

Daneben weist die von der Schuldnerin ins Recht gereichte Debitorenübersicht Forderungen in der Höhe von Fr. 189'179.95 aus (act. 12/7). Selbst wenn die Schuldnerin ihre Debitoren als zahlungsfähig und zahlungswillig bezeichnet (act. 11 S. 3), ist erfahrungsgemäss ein Delkredererisiko von bis zu 10% zu beachten. Es ist folglich von Debitorenforderungen in der Höhe von rund Fr. 170'000.00 auszugehen. Die vorgelegten Auszüge der Geschäftskonten der Schuldnerin für den Monat Januar 2019 belegen Gutschriften in der Höhe von insgesamt rund Fr. 283'000.00. Die Schuldnerin berücksichtigt monatliche Aufwendungen von nur Fr. 84'226.40 (Daueraufträge, Löhne, Sozialleistungen, weitere regelmässige Forderungen), wohingegen sich aus den Auszügen der Geschäftskonten für Januar 2019 Belastungen von rund Fr. 277'000.00 ergeben (act. 12/8-10). Diese liegen betragsmässig immer noch unter den Gutschriften, jedoch nur knapp. Daraus kann kein positiver Schluss für einen hinreichenden Zufluss an liquiden Mitteln in unmittelbarer Zukunft geschlossen werden. Das von der Schuldnerin angeführte Warenlager ist im Rahmen der Liquiditätsprüfung sodann von geringer Relevanz, werden durch Verkäufe doch die Erlöse erzielt bzw. ist es für den Betrieb erforderlich, und eine Veräusserung unter Zeitdruck würde wohl zu einem geringeren Verkaufspreis führen. Gemäss den eingereichten Kontobelegen verfügt die Schuldnerin allerdings über flüssige Mittel auf den Geschäftskonten bei der C._____, der E._____ [Bank] und der F._____ AG [Bank]

von insgesamt rund Fr. 117'000.00 (act. 4/5-7). Die einzige Verwaltungsrätin und Zeichnungsberechtigte der Schuldnerin, G._____, bestätigt zusätzlich unterschriftlich, ihr stünden Fr. 300'000.00 zur freien Verfügung und sie könne resp. werde diese für die Tilgung noch offener Schulden der Schuldnerin sofort einsetzen (act. 2). Die dazu eingereichten Kontoauszüge belegen das genannte Guthaben von G._____: Bei der H._____ [Bank] verfügt die Verwaltungsrätin der Schuldnerin über ein Gesamtvermögen von Fr. 197'808.99 (act. 4/4) und bei der I._____ [Bank] über ein solches von Fr. 98'152.28 (act. 4/12).

2.3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten über fast Fr. 38'5000.00 zu begleichen, beim Konkursamt Fr. 750.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen (vgl. act. 8 und act. 4/2-3). Es ist als glaubhaft zu erachten, dass es der Schuldnerin möglich sein wird, mit dem zu erwartenden Mittelzufluss aus Debitorenforderungen über Fr. 170'000.00, dem ihr zur Verfügung stehenden Kontoguthaben von Fr. 117'000.00 und den (nötigenfalls) durch die Verwaltungsrätin zur Verfügung gestellten Mitteln von fast Fr. 300'000.00 die noch offenen Betreibungen über Fr. 124'000.00 als auch die bestehenden Kreditorenforderungen von Fr. 182'000.00 zu begleichen. Unbeschadet dessen, dass die Jahresabschlüsse der Schuldnerin kein gutes Bild hinsichtlich des Geschäftsganges in der Vergangenheit zeigen, ist zu ihren Gunsten davon auszugehen, dass sie ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen künftig wird befriedigen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich trotz einiger Bedenken als gerade noch 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 der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre 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

(BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht.

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin. Das Konkursbegehren der Gläubigerin ist abzuweisen.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Februar 2019 (EK190040), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 22. Januar 2019 wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.00 (Fr. 750.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag ausbezahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 38'344.60, Fr. 37'173.90 an die Gläubigerin und den Rest (Fr. 1'170.70) an die Schuldnerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgericht-

tes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Fällanden, je gegen Empfangsschein.

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. K. Würsch

versandt am:
26. März 2019