

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190102-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 16. Juli 2019

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 5. Juni 2019 (EK190741)

Erwägungen:

I.

Am 5. Juni 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin vom 24. April 2019 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 6). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 14. Juni 2019 rechtzeitig Beschwerde (act. 2; Beilagen: act. 3–4 und 5/2–36). Sie beantragt sinngemäss, die Konkursöffnung aufzuheben, und macht geltend, den geschuldeten Betrag am 11. Juni 2019 zuhanden der Gläubigerin beim Obergericht hinterlegt zu haben und zahlungsfähig zu sein (act. 2 S. 2 sowie Rz. 14 und 21 f.).

Mit Verfügung vom 17. Juni 2019 wurde der Beschwerde antragsgemäss einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–14). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 5/36).

II.

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 Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491).

III.

Die Schuldnerin hat am 11. Juni 2019 beim Obergericht Fr. 9'533.10 hinterlegt, davon Fr. 4'945.30 für die Beschwerdegegnerin (act. 2 Rz. 14, act. 5/34). Der Betrag von Fr. 4'945.30 deckt die in Betreuung gesetzte Forderung samt Zins und Betreuungskosten (vgl. act. 7/4/2).

Im Weiteren hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamtes Wiedikon-Zürich beigebracht. Danach leistete sie bei diesem am 11. Juni 2019 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.–, der die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkursgerichtes im Fall einer Gutheissung der Beschwerde deckt (act. 5/35). Der von der Beschwerdegegnerin beim Konkursgericht geleistete Vorschuss kann der Beschwerdegegnerin somit bei Aufhebung der Konkursöffnung zurückerstattet werden.

Damit liegt ein Konkursaufhebungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (Hinterlegung) vor. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

IV.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen der Schuldner seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist.

Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Als grundsätzlich zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der unbestrittene und fällige Forderungen nicht bezahlt, indem er Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Von entscheidender Bedeutung ist das Bild, das sich aufgrund der Betreibungsregistereinträge aus der Zeit vor der Konkurseröffnung ergibt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG stützt sich auf einen aufgrund der Zahlungsgewohnheiten des Schuldners gewonnenen Gesamteindruck (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13; BGer 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018, Erw. 3.1).

2.

2.1. Die Schuldnerin ist seit 1981 als Aktiengesellschaft im Handelsregister eingetragen. Registrierter Zweck sind die Führung einer Autoreparaturwerkstätte sowie Kauf und Verkauf von Motorfahrzeugen (act. 5/3). Sie betreibt nach eigener Darstellung in einem Mietobjekt in Zürich 3 (vgl. act. 5/4) eine Autowerkstatt mit Ausstellungsraum etc. Sie führe Wartungen und Reparaturen für alle Automarken aus und sei auf Fahrzeuge der Volkswagen-Konzernmarken spezialisiert. Zudem betreibe sie Handel mit Fahrzeugen (act. 2 Rz. 5). Die Neuwagen-Verkäufe würden seit 2017 nicht mehr durch die Schuldnerin, sondern direkt durch den Händler fakturiert und die Schuldnerin vermittele nur noch die Verträge (act. 2 Rz. 8 S. 8). Mitarbeiter mit 100 %-Pensen seien neben den Verwaltungsräten C._____ und D._____ zwei Mechaniker und drei Lehrlinge. Ebenso arbeiteten im Betrieb die Mutter von D._____ und die beiden Söhne der Eheleute C._____/D._____, allerdings nur teilzeitlich. Die Söhne würden je nach Arbeitslast in unterschiedlichen Pensen eingesetzt (act. 2 Rz. 6, act. 5/5–16).

2.2. Die finanzielle Lage der Schuldnerin präsentiert sich wie folgt:

2.2.1. Mit einer vom 12. Juni 2019 datierten Kreditorenliste weist die Schuldnerin offene Posten von insgesamt Fr. 135'355.14 aus (act. 2 Rz. 9, act. 5/28). Eingeschlossen sind diverse Positionen, deren Verfalldatum nach Angabe der Schuld-

nerin in der zweiten Jahreshälfte 2019 liegt, insbesondere E. _____ AG (6 x Fr. 790.40 = Fr. 4'742.40), F. _____ AG (Fr. 1'106.05), G. _____ AG (6 x Fr. 142.– = Fr. 852.–), Sammelstiftung H. _____ (7 x Fr. 3'445.20 = Fr. 24'116.40) und I. _____ SA (2 x Fr. 416.85 = Fr. 833.70) (Summe: rund Fr. 31'500.–). Die grösste *fällige* Position beläuft sich auf rund Fr. 28'000.– (Eidgenössische Steuerverwaltung; act. 5/28 S. 4).

2.2.2. Die Debitorenliste der Schuldnerin vom 12. Juni 2019 weist ein "Total Offene Posten" von Fr. 82'933.52 aus (act. 2 Rz. 9, act. 5/29). Es handelt sich um die Differenz zwischen Forderungen der Schuldnerin gegen Kunden von Fr. 104'526.73 und aus irgendwelchen Gründen entstandenen Guthaben der Kunden von Fr. 21'593.21. Debitoren im Umfang von rund Fr. 37'000.– sind seit 2017 und länger fällig und deshalb wohl zu einem grossen Teil kaum noch einbringlich. Die Debitoren Nr. 1 (J. _____ AG, Fr. 8'031.35) und Nr. 2 (K. _____, Fr. 9'140.95) beispielsweise sind im Handelsregister gelöscht. Die Schuldnerin behauptet, es beständen weitere Debitoren, die noch nicht fakturiert und nicht in der Debitorenliste aufgeführt seien (sie nennt einen Betrag von ca. Fr. 30'000.–; act. 2 Rz. 9, act. 5/30).

2.2.3. Bei der L. _____ verfügt die Schuldnerin über zwei Firmenkonti, die per 12. Juni 2019 Saldi von zusammen Fr. 6'606.60 aufwiesen (act. 5/17–18). Die Saldi ihrer Konti bei der M. _____ und der N. _____ beliefen sich am 31. Mai 2019 auf zusammen Fr. 4'154.06 (act. 5/24–25). Das ergibt Bankguthaben von rund Fr. 10'000.– (act. 2 Rz. 7 S. 7).

2.2.4. Ein weiteres Firmenkonto der Schuldnerin bei der L. _____ wies per 12. Juni 2019 einen Negativsaldo von Fr. 107'253.91 auf (act. 5/19). Der Kreditvertrag vom 13. September 2017 legt die Kreditlimite auf Fr. 160'000.– fest (act. 2 Rz. 7) und sieht eine monatliche Reduktion von Fr. 1'500.– ab Ende Dezember 2017 vor (act. 5/20). Auf dem Kontoauszug ist der verfügbare Betrag mit Fr. 3'011.99 beziffert. C. _____, Verwaltungsrat der Schuldnerin, hat sich für den Kredit bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 140'000.– verbürgt (act. 5/20 Anhang). Die Eheleute C. _____/D. _____ sind laut Grundbuchbelegen aus den Jahren 2011 und 2014 Eigentümer eines Einfamilienhauses und einer (damals in Entstehung begriffe-

nen) Eigentumswohnung in O._____. Das Einfamilienhaus sei 2012 von einer Immobilienfirma auf 2 Mio. Franken geschätzt worden und mit einem Schuldbrief über 1,45 Mio. Franken belastet (act. 2 Rz. 7, act. 5/21–23).

2.3. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 6. Juni 2019 weist für die Zeit ab Dezember 2014 14 betreibungsrechtliche Ereignisse mit einer Forderungssumme (ohne Zinsen und Kosten) von rund Fr. 20'600.– aus (act. 5/31):

<u>Einleitung Be-</u> <u>treibungen</u>	<u>Anzahl Be-</u> <u>treibungen</u>	<u>Summe Forderungen / Fr.</u>
2014	1	240.00
2015	2	400.00
2016	0	0.00
2017	1	823.12
2018	7	15'589.35
2019	3	<u>3'562.95</u>
		20'615.42

Verlustscheine sind keine registriert. Frühere Konkursöffnungen sind dem Handelsregisterauszug nicht zu entnehmen (act. 5/3).

Offen sind laut Betreibungsregisterauszug 6 Betreibungsverfahren über Forderungen von insgesamt (ohne Zinsen und Kosten) Fr. 17'862.30 (act. 5/31):

	<u>Eröff-</u> <u>nung</u>	<u>Forderung/</u> <u>Fr.</u>	<u>Status</u>
a)	25.05.18	8'699.55	Rechtsvorschlag
b)	12.11.18	4'574.95	Konkursandrohung (Konkursforderung)
c)	20.11.18	1'024.85	Betreibung eingeleitet
d)	12.04.19	1'808.55	Konkursandrohung
e)	09.05.19	74.40	Betreibung eingeleitet
f)	04.06.19	<u>1'680.00</u>	Betreibung eingeleitet
		17'862.30	

Die Schuldnerin macht mit einer E-Mail der betroffenen Betreibungsgläubigerin und einem Bankbeleg glaubhaft, dass sie die Forderung von Fr. 8'699.55 (Betreibung lit. a) im August 2018 mit einer Zahlung von Fr. 8'133.48 getilgt hat, soweit die Gläubigerin sie aufrechterhielt (act. 2 Rz. 13, act. 5/32–33).

Für die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 4'574.95 (Betreibung lit. b) hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 4'945.30 hinterlegt (vorn Erw. III).

Für die weiteren 4 Betreuungsgläubiger hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 4'587.80 hinterlegt (= Fr. 9'533.10 ./. Fr. 4'945.30). Deren Forderungen sind damit – ohne Zinsen und Kosten – gedeckt (act. 2 Rz. 15–18, act. 5/34).

3.

Nach dem Gesagten ist es um die Liquidität der Schuldnerin nicht gut bestellt. Die Ertragslage erscheint unbefriedigend. In der Erfolgsrechnung 2017 schrieb die Schuldnerin nach einem Erfolg von Fr. 2'429.56 im Vorjahr (2016) einen Verlust von Fr. 63'178.44 (act. 5/26). Die "Erlösgruppenstatistiken" der Schuldnerin weisen Gesamterlöse von rund 1,486 Mio. Franken im Jahr 2017, 1,393 Mio. Franken im Jahr 2018 und 0,323 Mio. Franken in der Zeit von Januar bis Mitte Juni 2019 aus (act. 5/27).

Ein besseres Licht wirft der Betreibungsregisterauszug – gemeinhin die wichtigste Unterlage zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit – auf die Schuldnerin. Der von ihr bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag deckt (von Zinsen und Kosten abgesehen) sämtliche offenen Betreuungsforderungen (act. 2 Rz. 14 ff.). Die Schuldnerin erklärt schliesslich, von einem Berater der ... betreut zu werden mit dem Ziel, die Kosten zu regulieren und alle Abläufe zu optimieren (act. 2 Rz. 8 a.E.).

Unter Berücksichtigung aller Umstände ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gerade noch als glaubhaft zu beurteilen. Sollte es demnächst erneut zu einer Konkursöffnung kommen, dürfte dies aber als starkes Indiz für Zahlungsunfähigkeit zu werten sein.

V.

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie die Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis veranlasst hat.

Der von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse für die Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag ist der Beschwerdegegnerin auszuzahlen. Der von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse für ihre Betreuungsgläubiger P.____ AG, Q.____ GmbH, Kanton Zürich und Zürich Anlagestiftung ... hinterlegte Betrag von Fr. 4'587.80 ist – im Sinne der Ausführungen der Schuldnerin (act. 2 Rz. 14 a.E.) – zugunsten der genannten Gläubiger an das Betreibungsamt Zürich 3 weiterzuleiten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die von der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, aus dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 9'533.10 folgende Überweisungen zu tätigen:
 - a) Fr. 4'945.30 an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin;
 - b) Fr. 4'587.80 an das Betreibungsamt Zürich 3, nämlich:

Fr.	1'024.85	zugunsten P.____ AG (Betr. Nr. ...)
Fr.	1'808.55	zugunsten Q.____ GmbH (Betr. Nr. ...)

Fr. 74.40 zugunsten Kanton Zürich (Betr. Nr. ...)
Fr. 1'680.00 zugunsten Zürich Anlagestiftung ... (Betr. Nr. ...)

4. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 samt Beilagenverzeichnis, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner im Dispositiv an das Betreibungsamt Zürich 3 und mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: