

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190220-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 6. Dezember 2019

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ Versicherungs-Gesellschaft AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 7. November 2019 (EK190155)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern eröffnete mit Urteil vom 7. November 2019 über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) den Konkurs (act. 7). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. November 2019 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 19. November 2019 entsprochen (act. 10). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 12).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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 einen der drei Konkurs hinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die Konkursforderung der Beschwerdegegnerin bezahlt. Zum Nachweis legt sie einen Einzahlungsbeleg der Post über eine Zahlung von Fr. 4'351.65 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin vom 8. November 2019 zu den Akten (act. 5/5). Dieser Betrag reicht aus, um die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten von Fr. 2'648.70 (vgl. act. 9) zu begleichen. Zudem hat die Beschwerdeführerin eine Bestätigung des Konkursamtes Affoltern vom 8. November 2019 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen

Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet hat (act. 5/6). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4. Die Beschwerdeführerin ist als Aktiengesellschaft seit dem tt.mm.1981 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Beförderung von Personen und Waren im In- und Ausland sowie die Führung eines Zwischen- und Auslieferungslagers auf eigene und/oder fremde Rechnung (act. 6). Zur allgemeinen Schuldensituation gibt die Beschwerdeführerin zusammengefasst an, es sei nur deshalb zu Konkursöffnung gekommen, weil die für das Rechnungswesen zuständige Mitarbeiterin seit längerem mit gesundheitlichen Problemen zu kämpfen habe. In Folge von längeren Abwesenheiten sei ihr gesundheitsbedingt die Regulierung der Angelegenheit entglitten (act. 2 S. 3 Rz 5). Die Beschwerdeführerin sei ein "kerngeschäftlich erfolgreiches und grundsätzlich gewinnerzielendes Unternehmen" und der Konkurs sei eröffnet worden auf Grund von Defiziten in der Organisation der internen Abläufe, die eine Eskalation der an sich überschaubaren offenen Forderungen in das heutige Stadium überhaupt erst ermöglicht hätten. Diese Probleme seien erkannt worden und es sei in der Zwischenzeit externe Hilfe beigezogen worden, um derartige Situationen zukünftig von vornherein zu unterbinden und die bestehenden Schulden nachhaltig und zeitnah vollständig abzubauen (act. 2 S. 5 Rz 14).

5.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkei-

ten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. 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 (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

5.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Bonstetten (act. 5/7) weist per 12. November 2019 keine Verlustscheine und 165 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 4'275'172.22 aus, wovon neun Beteiligungen über Fr. 16'266.70 allerdings bereits erloschen, 121 Beteiligungen über Fr. 564'406.35 durch Bezahlung an das Betreibungsamt oder an den Gläubiger erledigt worden und weitere sieben Beteiligungen über Fr. 71'236.55 durch Befriedigung nach Verwertung erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 2'433.30 vermerkt) derzeit noch 27 offene Beteiligungen im Betrag von Fr. 3'620'829.32. Dabei handelt es sich um 16 neu eingeleitete Beteiligungen über Fr. 131'253.35, um zwei Beteiligungen über Fr. 10'541.60, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, und um neun Beteiligungen über Fr. 3'479'034.37, bei welchen Rechtsvorschlag erhoben wurde. In drei Fällen wurden die Beteiligungen allerdings bereits im 2016 eingeleitet und der Rechtsvorschlag wurde bis heute nicht beseitigt, weshalb unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung davon auszugehen ist, dass das Recht auf Fortsetzung der Beteiligung (Art. 88 SchKG) bereits erloschen sein dürfte und die Forderungen nie Bestand hatten oder nicht mehr bestehen (Betr.-Nrn. 1, 2 und 3 über zusammen Fr. 4'003.25). Daher sind sie hier einstweilen nicht zu berücksichtigen.

Darüber hinaus ist dem Betreibungsregisterauszug zu entnehmen, dass über die Beschwerdeführerin am 26. März 2018 bereits einmal der Konkurs eröffnet worden war (act. 5/7 S. 14). Dabei handelte es sich aber offenbar um eine Konkursöffnung infolge eines Organisationsmangels, und das Handelsgericht des Kantons Zürich hat mit Verfügung vom 25. Oktober 2018 sein Urteil vom 26. März 2018, mit dem die Beschwerdeführerin aufgelöst und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR angeordnet wurde, wieder aufgehoben (act. 6).

5.3. Zu den dargestellten Betreibungen führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe bereits fortgesetzte und erste Abzahlungsbemühungen unternommen, um die Forderungen zu regulieren (act. 2 S. 4 Rz 10). Sodann handle es sich bei der Betreibung über Fr. 3'401'308.27 (Betr.-Nr. 4) um eine pfandgesicherte Hypothekarforderung der F._____ Bank. Diese Forderung sei abgesichert durch das Logistikgebäude mit Büro- und Wohnanbau an der C._____ -Strasse 5 in D._____ mit einem Verkehrswert von Fr. 5'600'000.--, das mit keinen weiteren Hypotheken belastet sei. Die Fälligkeit sei durch die Kündigung des Kredits und die versandeten Verlängerungsgespräche ausgelöst worden. Zur Zeit würde mit der Gläubigerin eine Abzahlungsvereinbarung und die Ablösung der Hypothek durch eine Drittbank ausgearbeitet (act. 2 S. 3 f. Rz 9).

5.4. Dazu reicht die Beschwerdeführerin einerseits eine Verkehrswertschätzung der E._____ Immobilien Treuhand GmbH per 1. Januar 2014 ein, wonach sich der geschätzte Verkehrswert des genannten, im Eigentum der Beschwerdeführerin befindlichen Logistikgebäudes (als ausgeübtes Baurecht) auf Fr. 5'600'000.-- beläuft (act. 5/9). Auf der anderen Seite reicht die Beschwerdeführerin das Kündigungsschreiben der F._____ Bank Genossenschaft vom 30. April 2019 ein (act. 5/10). Daraus geht hervor, dass die Verhandlungen für eine Weiterführung des Kreditverhältnisses gescheitert sind, das Kreditkapital Fr. 3'352'500.-- beträgt und sich der restliche Betrag von Fr. 48'808.27 aus aufgelaufenen Kreditzinsen, darauf entfallenden Verzugszinsen sowie Mahnspesen zusammensetzt. Des Weiteren reicht die Beschwerdeführerin eine Liste der betreibenden Kreditoren ein und behauptet dort die Bezahlung der Betreibung Nr. 6 über Fr. 1'751.05

(act. 5/8), was mangels eines entsprechenden Beleges nicht berücksichtigt werden kann.

5.5. Somit ist nach wie vor von 24 offenen und in Betreuung gesetzten Forderungen in Höhe von Fr. 3'616'826.07.-- auszugehen, wobei sich zwei Betreibungen über Fr. 10'541.60 im Stadium der Konkursandrohung befinden und damit sofort bezahlt werden müssen, um eine weitere Konkursöffnung zu verhindern. Hinzu kommen erfahrungsgemäss weitere Kreditorenforderungen, deren aktuelle Höhe mangels Vorlage einer Kreditorenliste indes nicht festgestellt werden kann. Gemäss Aufstellung der Beschwerdeführerin über die Betriebskosten beläuft sich jedenfalls der Aufwand monatlich auf Fr. 57'520.-- (act. 5/15) bzw. hochgerechnet auf ein Jahr rund Fr. 600'000.--.

5.6. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss Auszug des auf die Beschwerdeführerin lautenden Kontos bei der G. _____ vom 13. November 2019 im Falle der Konkursaufhebung flüssige Mittel in Höhe von Fr. 16'269.64 zur Verfügung (act. 5/11). Des Weiteren reicht die Beschwerdeführerin eine Aufstellung über den Betriebsumsatz des laufenden Jahres und des Vorjahres ein (act. 5/14). Dieser beläuft sich für die Zeit vom 1. Januar bis 16. November 2019 auf Fr. 603'289.01 und liegt damit rund Fr. 60'000.-- unter demjenigen der gleichen Periode im Jahr 2018. Allerdings bestehen nach Angaben der Beschwerdeführerin per 16. November 2019 offene Debitoren in Höhe von Fr. 482'546.-- bzw. unter Berücksichtigung des Delkredererisikos (in Anwendung eines jeweiligen Realisierungsfaktors) Fr. 396'356.91, wobei die überwiegende Mehrheit dieser Forderungen bereits fällig sind (act. 5/12-13). Sodann verfügt die Beschwerdeführerin wie bereits ausgeführt über eine Liegenschaft im Baurecht mit einem geschätzten Wert von Fr. 5'600'000.-- (act. 5/9). Diese Liegenschaft ist derzeit nicht (mehr) belehnt. Ein Nachweis, dass wieder ein Kredit auf die Liegenschaft aufgenommen werden könnte, reicht die Beschwerdeführerin nicht ein. Allerdings ergibt sich aus dem Schreiben der F. _____ Bank vom 30. April 2019, dass sie das Kreditverhältnis über den Betrag in Höhe von Fr. 3'352'500.-- kündigte und die Weiterführung verweigerte, nachdem die Beschwerdeführerin die von der Bank dafür einverlangten Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt hatte und zudem Zins- und Amortisa-

tionsrückstände bestanden hatten (act. 5/10). Daraus ist zu schliessen, dass im Falle der Mitwirkung der Beschwerdeführerin das Kreditverhältnis hätte weitergeführt werden können, weshalb hier zu Gunsten der Beschwerdeführerin grundsätzlich von der Möglichkeit einer hypothekarische Belastung der Liegenschaft im (bisherigen) Umfang von rund Fr. 3.3 Mio. auszugehen ist.

5.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit den vorhandenen flüssigen Mitteln (Fr. 16'269.64) die offenen, in Betreuung gesetzten und unmittelbar zu tilgenden Forderungen (Fr. 10'541.60) bezahlen kann. Sodann ist glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin mit den ausstehenden Debitorenzahlungen (Fr. 396'356.91) und einer erneuten Belehnung der Liegenschaft (Fr. 3.3 Mio.) auch die übrigen Schulden (Fr. 3'606'284.47) wird tilgen können. Zudem macht die Beschwerdeführerin glaubhaft, dass sie mit ihrem erwirtschafteten Umsatz (Fr. 603'289.01) auch die laufenden Kosten (ca. Fr. 600'000.--/Jahr) gerade decken kann. Die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin sind allerdings knapp und es ist auch nicht ausser Acht zu lassen, dass gegen die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit stetig zahlreiche Betreibungen eingeleitet wurden, teilweise auch über verhältnismässig geringe Beträge. Das spricht grundsätzlich gegen die Zahlungsfähigkeit und insbesondere auch dagegen, dass die heutige Konkursöffnung lediglich auf Versäumnisse der für das Rechnungswesen zuständigen Person im letzten halben Jahr zurückzuführen ist, wie es die Beschwerdeführerin behauptet (act. 2 S. 3 Rz 5) und wofür sie vereinzelte Arztzeugnisse eingereicht hat (act. 5/4). Dennoch ist zu beachten, dass es sich vorliegend seit der Gründung des Unternehmens im Jahr 1981 um die erste Konkursöffnung nach vorgängiger Betreuung handelt. Es rechtfertigt sich daher insgesamt, die Zahlungsfähigkeit im heutigen Zeitpunkt gerade noch als glaubhaft zu erachten und von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt. Die Beschwerdeführerin muss sich aber darüber im Klaren sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

6. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen. Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 7. November 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Affoltern wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'600.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Affoltern und das Grundbuchamt Affoltern, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bonstetten, je gegen Empfangsschein.

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. Houweling-Wili

versandt am:
6. Dezember 2019