

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190222-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 16. Januar 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 5. November 2019 (EK190404)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 5. November 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 16'853.30 nebst 5 % Zins seit 1. Oktober 2018 zuzüglich Fr. 806.85 Gläubiger- und Fr. 227.60 Betriebskosten abzüglich Teilzahlungen von Fr. 6'100.–, total Fr. 12'558.80 den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7). Dagegen erhob diese mit Eingabe vom 25. November 2019 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner innert der Beschwerdefrist seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Beim Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung muss der geschuldete Betrag einschliesslich Zinsen und Betriebskosten vor Ablauf der Beschwerdefrist beim Obergericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt worden sein (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Einreichung der Beschwerde belegt die Schuldnerin, dass sie die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von Fr. 12'558.80 am 25. November 2019 und damit innerhalb der Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 5/3, act. 9). Somit liegt der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Zudem stellte die Schuldnerin die Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz sicher, weshalb der Beschwerde mit Verfügung vom 27. November 2019 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 5/17, act. 11). Schliesslich leistete sie den Vorschuss von Fr. 750.– für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 5/3, act. 9).

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

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Die Schuldnerin reichte zwei Auszüge aus dem Register des Beteiligungsamtes Volketswil ein. Ein Auszug datiert vom 24. Oktober 2019 und der andere vom 25. November 2019 (act. 5/4-5). Der jüngere Auszug führt zusätzlich zwei neue Beteiligungen auf, während die Beteiligung Nr. 1 darin nicht mehr erscheint. Festzuhalten ist, dass die Schuldnerin ihren Sitz im März 2018 von C._____ nach D._____ verlegte (act. 6). Ein Beteiligungsregisterauszug des für C._____ zuständigen Beteiligungsamtes Fällanden liegt nicht vor. Somit wurden gemäss den eingereichten Auskünften in den letzten rund 1¾ Jahren bis zum 25. November 2019 insgesamt 17 Beteiligungen eingeleitet, wovon drei durch Zahlung und eine weitere auf nicht bekannte Art erledigt wurden. Die Anzahl der Beteiligungen innert dieser Zeit für teilweise beachtliche Beträge lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem aktuellen Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. 2 inzwischen bei der Gerichtskasse hinterlegt. Damit sind noch 12 Beteiligungen von total knapp Fr. 231'000.– offen. Im Zuge der Kon-

kurseröffnung wurden im jüngeren Auszug – mit Ausnahme der drei bezahlten – alle Beteiligungen mit einem "K" versehen (act. 5/4), was für die Zwecke des Beschwerdeverfahrens, in dem es auf den Stand der Beteiligungsverfahren vor der Konkursöffnung ankommt, untauglich ist. Deshalb ist, selbst wenn dieser überholt ist, auf den älteren Auszug per 24. Oktober 2019 abzustellen, zumal die Schuldnerin aus der mangelnden Aussagekraft des Codierungssystems nichts zu ihren Gunsten ableiten kann (act. 5/5, vgl. auch BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 4.2).

b) In den Beteiligungen Nr. 3, 4 und 5 erhob die Schuldnerin Rechtsvorschlag. Da von den betreffenden Gläubigern bis anhin offenbar keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden sind, können diese Beteiligungen unberücksichtigt bleiben. Die Beteiligungen Nr. 6 und 7 der E._____ AG Autozentrum für Fr. 104'650.– bzw. Fr. 13'650.– betreffen gemäss den Ausführungen der Schuldnerin einen Kaufvertrag für ein Auto und eine für den Fall des Rücktritts vom Vertrag vereinbarte Konventionalstrafe. Die E._____ AG Autozentrum habe nun den Kaufpreis und die Konventionalstrafe (Fr. 91'000.– + Fr. 13'650.– = Fr. 104'650.–) und separat nur die Konventionalstrafe in Beteiligung gesetzt, was nicht angehen könne. Obwohl längst vereinbart, habe die E._____ AG Autozentrum den Rückzug der Beteiligung Nr. 6 erst jetzt veranlasst, weshalb der Eintrag nach wie vor bestehe. Die Konventionalstrafe erscheine im Übrigen unangemessen hoch und werde deshalb bestritten. Es stehe die vergleichsweise Erledigung der Angelegenheit durch die Zahlung von Fr. 4'600.– im Raum (act. 2 S. 4 f., act. 7). Da die Schuldnerin es unterliess, den Rückzug der Beteiligung mit zusätzlichen Dokumenten zu belegen, bleibt diese Behauptung unbeachtlich und die Fr. 104'650.– müssen nach wie vor als geschuldet gelten. In der Beteiligung Nr. 7 betreffend die Konventionalstrafe erhob die Schuldnerin hingegen Rechtsvorschlag, weshalb diese Position nicht zu berücksichtigen ist. Die Beteiligung Nr. 8 von F._____ erscheint nur im neueren Auszug und ist entsprechend auf "K" gesetzt. Da der von der Schuldnerin behauptete Rechtsvorschlag somit nicht ersichtlich und von ihr auch nicht anderweitig belegt worden ist, ist er unbeachtlich. Die Beteiligung Nr. 9 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG für Fr. 18'828.38 bestreitet die Schuldnerin in dieser Höhe, da ihr auch Beiträge für die Zeit vor dem 1. Juli 2018 in Rechnung

gestellt worden seien, obwohl diese bereits Gegenstand der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreuung seien (act. 2 S. 5 f.). Dem Kontoauszug der Stiftung Auffangeinrichtung BVG lassen sich für den Zeitraum vom 1. Juli 2017 bis 30. Juni 2018 vier Belastungen von je Fr. 2'172.43 entnehmen (act. 5/9). Die (nunmehr hinterlegte) Konkursforderung umfasst aber gemäss Zahlungsbefehl einen BVG-Prämienausstand bis ebenfalls 30. Juni 2018. Auf dieses Datum wurde der Vertrag von der Gläubigerin aufgelöst (act. 5/10, act. 8/2/1-2). Insofern erscheint der Einwand der Schuldnerin, ein Teil der Ausstände sei doppelt betrieben worden, plausibel und die Forderung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG dürfte sich auf rund Fr. 10'000.– reduzieren. In den Betreibungen Nr. 10 und 11 der Eidgenössischen Steuerverwaltung und Nr. 12 und 13 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich wurden anerkanntermassen noch keine Zahlungen geleistet. Die Schuldnerin will diese bis zum Jahresende (2019) begleichen (act. 2 S. 6). Ebenso wenig ist die Betreuung Nr. 14 bezahlt. Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von rund Fr. 156'000.– und nicht, wie die Schuldnerin geltend macht, von bloss ca. Fr. 27'100.– (act. 2 S. 6).

An dieser Stelle ist nochmals auf die Sitzverlegung durch die Schuldnerin im März 2018 hinzuweisen. Da Art. 53 SchKG für die verschiedenen Betreibungsarten einen Zeitpunkt festlegt, von dem an der ursprüngliche Betreuungsort unverrückbar wird (Fixierung des Betreuungsortes), ist nicht auszuschliessen, dass auch in C._____ noch Betreibungen fortgeführt werden.

6.a) Die Schuldnerin betreibt einen Autohandel. Trotz der gegenwärtigen finanziellen Schwierigkeiten, die sie in erster Linie auf familiäre und gesundheitliche Belastungen ihres Geschäftsführers G._____ zurückführt, läuft das Geschäft gemäss ihren Angaben gut (act. 2 S. 6, act. 6). Sie reichte weder eine Erfolgsrechnung und Bilanz für 2018 noch eine Debitoren- und eine Kreditorenliste ein, wie es von einer nach kaufmännischen Grundsätzen zu führenden juristischen Person eigentlich erwartet werden muss. Ebenso fehlt eine Zwischenbilanz. Der provisorische Abschluss per 31. Dezember 2017 ist mangels Verbindlichkeit und vor allem Aktualität nur sehr beschränkt aussagekräftig, was die Liquiditätsprüfung insgesamt erschwert (act. 5/11). Per Ende 2017 sind kurzfristige

Verbindlichkeiten aus Finanzierungsleasing und passive Rechnungsabgrenzungen/kurzfristige Rückstellungen von ca. Fr. 97'800.– bilanziert. Es ist anzunehmen, dass diese Verbindlichkeiten zusätzlich zu den betriebenen Forderungen angefallen sind, da – wie die Schuldnerin selbst erklärt (act. 2 S. 4) – keine Beteiligungen für Leasingraten angehoben wurden. Wie es sich heute mit diesen Umständen verhält, liess die Schuldnerin offen. Aber selbst wenn diese inzwischen (zum Teil) beglichen sein sollten, dürften aus der laufenden Geschäftstätigkeit neue Verpflichtungen entstanden sein. Somit ist von offenen Verbindlichkeiten von über Fr. 200'000.– auszugehen.

Demgegenüber verweist die Schuldnerin auf Debitoren von Fr. 54'700.– aus dem Verkauf eines Mercedes-Benz 500 für Fr. 69'700.– an H. _____. Dieser habe ihr anlässlich der Übergabe am 30. Oktober 2019 Fr. 15'000.– bar bezahlt. Den Restbetrag von Fr. 54'700.– werde die I. _____ AG als Käuferin und Leasinggeberin an die Schuldnerin überweisen (act. 2 S. 7, act. 5/12). Den Leasingvertrag, aus dem sich die Zahlungsverpflichtung der I. _____ AG ergäbe, reichte die Schuldnerin indes nicht ein. Allerdings hätte sie ohne Sicherstellung der Bezahlung das Fahrzeug kaum ausgehändigt. Dennoch kann sie nicht ohne weiteres mit dem Eingang von Fr. 54'700.– rechnen, weil unklar ist, ob der Mercedes bis zum Verkauf in ihrem Eigentum stand oder fremdfinanziert war. Im zweiten Fall müsste zuerst der Finanzierungsvertrag aufgelöst und das Fahrzeug zu einem (auszuhandelnden) Ablösepreis erworben werden, welcher von den erwarteten Fr. 54'700.– in Abzug zu bringen wäre. Vergleicht man den bilanzierten Vorrat von Fr. 125'000.– mit den 90 verkauften Fahrzeugen zu einem Einkaufspreis von Fr. 1.6 Mio., so erscheint eine (teilweise) Fremdfinanzierung als wahrscheinlich; dies umso mehr, als in der Erfolgsrechnung ein "Finanzierungsaufwand Fahrzeuge" von knapp Fr. 32'000.– erscheint und die Schuldnerin selbst diverse monatlich zu leistende Leasingraten erwähnt (act. 5/11, act. 2 S. 4 und 6 ff.). Weitere kurzfristige Zuflüsse macht sie nicht geltend. Somit sind keine namhaften Debitoren vorhanden. Die Bilanz 2017 weist "Darlehen gegenüber Dritte" und ein "Kontokorrentguthaben Gesellschafter" in der Höhe von ca. Fr. 40'000.– aus (act. 5/11). Diese Positionen zählen indes nicht zu den kurzfristig verfügbaren Guthaben, da sich die Schuldnerin weder zum aktuellen Wert noch zur Einbringlichkeit und zu

den Rückzahlungsmodalitäten äussert. Ebenso wenig legte sie einen Kontoauszug vor, weshalb über die vorhandenen Barmittel nichts bekannt ist. Ende 2017 wies das Konto bei der UBS einen Saldo von nicht einmal Fr. 20.– aus (act. 5/11). Bei den erwähnten Vorräten von Fr. 125'000.– handelt es sich wohl um für den Verkauf bestimmte Fahrzeuge, sodass daraus über die laufenden geschäftlichen Aktivitäten hinaus kaum zusätzliche flüssige Mittel beschafft werden können. Die übrigen Sachanlagen in der Höhe von Fr. 2'000.– sind für die Liquidität unbeachtlich, da sie für den Betrieb notwendig sein dürften. Damit sind die Verbindlichkeiten in keiner Weise gedeckt.

b) Stellt man gestützt auf die Bilanz aus dem Jahr 2017 dem Fremdkapital (Fr. 97'823.30) die Aktiven (Fr. 168'520.81) gegenüber, so ergibt sich zwar eine Deckung. Eine Überschuldung lag somit zumindest 2017 nicht vor. Wie es Ende 2018 stand und vor der Konkurseröffnung im November 2019, ist unbekannt. Ende 2017 stellen die erwähnten Vorräte von Fr. 125'000.– das grösste Aktivum dar, für welches in der bloss provisorischen Erfolgsrechnung für 2017 (noch) keinerlei Wertberichtigungen vorgenommen wurden. Sollte diese Position effektiv bedeutend tiefer ausfallen, wäre eine Überschuldung bereits 2017 nicht auszuschliessen. Aufgrund der dargelegten Verhältnisse, die keine verlässlichen Rückschlüsse auf den heutigen Stand der Dinge zulassen, scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, ihre Schulden in absehbarer Zeit abzubauen sowie in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als nicht gegeben. Zwar erläutert die Schuldnerin, wie sie kurzfristig Schulden in der Höhe von Fr. 30'000.– zu bezahlen gedenkt (act. 2 S. 6 f.). Wie gesehen sind aber mindestens Fr. 200'000.– zu begleichen, wobei es die Kammer genügen lässt, wenn die Schuldnerin glaubhafterweise die dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren nebst den laufenden Verbindlichkeiten auch ihre Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Aber selbst die Mittelbeschaffung zur Tilgung von Fr. 30'000.– vermochte die Schuldnerin nicht überzeugend darzulegen. Wie gesehen konnte sie in Anbetracht diverser Unklarheiten die kurzfristige Realisierung von Fr. 54'700.– aus dem Verkauf des Mercedes nicht glaubhaft machen. Weiter beabsichtigt sie den zeitnahen Verkauf eines BMW xDrive und eines Audi Quattro, ohne jedoch Kaufverträge vorzulegen oder min-

destens konkrete Käufer bzw. Interessenten zu nennen. Anhand auf einer Internet-Plattform ausgeschriebener vergleichbarer Occasions-Fahrzeuge schliesst sie auf einen erzielbaren Erlös von Fr. 55'000.– (Fr. 50'000 für den BMW und Fr. 5'000.– für den Audi; act. 2 S. 7, act. 5/14-16). Dabei orientiert sie sich aber stets an den höchsten Preisen und lässt ausser Acht, dass diese bei einem Verkauf unter Zeitdruck kaum erreicht werden können. Da im Übrigen weder der Kilometerstand noch die Ausstattung und der Zustand der beiden Fahrzeuge bekannt sind, ist dieser Vergleich nicht zweckdienlich. Eine objektivere Bewertung z.B. gestützt auf Eurotax legte die Schuldnerin nicht vor. Ihre Ausführungen zum geplanten Verkauf des BMW's und des Audis erscheinen demnach zu vage, als dass allfällige hieraus resultierende Einkünfte im Rahmen der Liquiditätsprüfung berücksichtigt werden könnten.

Hinzu kommt Folgendes: Aus dem Verkauf von 90 Fahrzeugen erzielte die Schuldnerin 2017 einen Gewinn von rund Fr. 50'000.– (act. 5/11). Setzt sie ihre Geschäftstätigkeit im gleichen Umfang fort, benötigt sie über vier Jahre, um ihre Schulden abzutragen. Dass oder auf welche Weise sie in den Jahren 2018 und 2019 profitabler wurde und daher auch in absehbarer Zeit profitabler ist oder werden kann, legt sie nicht dar. Ebenso wenig äussert sie sich zum aktuell erwarteten Gewinn. Ihr Hinweis auf fehlende Betreibungen in der Geschäftsperiode 2017 ist schliesslich unbehelflich, da, wie oben ausgeführt (vgl. E. 5.a), für diesen Zeitraum kein Betreibungsregisterauszug aus dem zuständigen Betreibungskreis vorliegt. Ohnehin ist der aktuelle Stand massgeblich und nicht, was vor zwei Jahren war.

c) Zusammenfassend kann somit nicht davon ausgegangen werden, die Schuldnerin befinde sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass. Sie vermochte ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **17. Januar 2020, 10.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Dübendorf wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 12'558.80 dem Konkursamt Dübendorf zuhanden der Konkursmasse der Schuldnerin zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Volketswil, 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).
7. 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. S. Bohli Roth

versandt am:
16. Januar 2020