

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et
phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 13. Februar 2020

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern
vom 16. Januar 2020 (EK190185)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist eine seit dem tt.mm.1987 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene AG. Sie bezweckt die Planung und Ausführung von ... (vgl. act. 5/2). Mit Urteil vom 16. Januar 2020 eröffnete das Bezirksgericht Affoltern den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der B._____ AG von Fr. 6'984.15 nebst 5 % Zins seit 9. Mai 2019 und Betreuungskosten von Fr. 172.60 (vgl. act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. Januar 2020 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2 und 7/14). Mit Verfügung vom 29. Januar 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 11). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (vgl. act. 5/3). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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 erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2. Die Schuldnerin hat mit Überweisung vom 24. Januar 2020 für die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten einen Betrag von Fr. 7'407.95 beim Obergericht hinterlegt (vgl. act. 5/3; Fr. 8'157.95 - Fr. 750.– Kostenvorschuss; Fr. 10.10 zu viel; vgl. act. 9). Weiter hat die Schuldnerin am 21. Januar 2020 beim Konkursamt Affoltern Fr. 1'300.– sichergestellt. Gemäss Bestätigung des Konkursamts reicht dieser Betrag zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung (vgl. act. 5/4). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.

2.3.1. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. 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. 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 Verbindlichkeiten 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 (vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Affoltern am Albis vom 20. Januar 2020 sind für den Zeitraum Februar 2019 bis Januar 2020 38 Betreibungen aufgeführt (vgl. act. 5/5). 13 Betreibungen wurden durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt, zwei durch Bezahlung an die Gläubigerin (vgl. act. 5/7); die Forderungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung wurden im Umfang von Fr. 15'405.30 beglichen (vgl. act. 5/14). Gemäss Schuldnerin wurde auch die Forderung der C. _____ AG von Fr. 14'569.25 bereits bezahlt (vgl. act. 2 S. 4). Der eingereichte Beleg betrifft jedoch die Bezahlung von Fr. 15'563.40 an das Bezirksgericht Affoltern am Albis (vgl. act. 5/6). Auch die Begleichung von sechs weiteren Forderung von total Fr. 28'346.05 ist nicht hinreichend nachgewiesen, da lediglich Belege für pendente Zahlungsaufträge, jedoch keine Ausführungsbestätigungen eingereicht wurden (vgl. act. 5/8-13). Schliesslich ist auch die behauptete Reduktion der Schuld gegenüber der Sozialversicherungsanstalt nicht belegt (vgl. act. 2 S. 6). Damit verbleiben neben der Betreibung der Konkursforderung 22 offene Betreibungen in der Höhe von insgesamt Fr. 267'577.55.

Gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung (offene Forderungen von Fr. 54'104.70) und der Sozialversicherungsanstalt (offene Forderungen von Fr. 68'427.55) hat sich die Schuldnerin innert Beschwerdefrist um Ratenzahlungsvereinbarungen bemüht. Vorgeschlagen hat sie monatliche Raten ab 31. Januar 2020 von Fr. 6'500.– bzw. Fr. 5'000.– (vgl. act. 5/15-16). Es ist davon auszugehen, dass mit diesen Gläubigerinnen eine Einigung über die Abzahlung der Schulden gefunden werden kann. Die Forderung der D. _____ AG von Fr. 4'325.55 bestreitet die Schuldnerin. Es gehe um eine Rechnung für ein falsch geliefertes Getriebe (vgl. act. 2 S. 7). Ebenfalls bestritten wird die Forderung der E. _____ AG von Fr. 97'804.45: Die Schuldnerin erhielt anfangs April 2019 von der Stadt Zürich die Zusage für das Projekt "F. _____" und zog die E. _____ AG als Subunternehmerin bei. In der Folge kam es zum Streit über die Akontorechnungen der E. _____ AG (vgl. act. 5/17-29). Gemäss Schuldnerin hat die E. _____ AG inzwischen einen ordentlichen Zivilprozess über ihren Anspruch eingeleitet (vgl. act. 2 S. 7 und 10).

Im Ergebnis bestehen demnach 22 offene Betreibungen in der Höhe von insgesamt Fr. 267'577.55. Davon betreffen Fr. 122'532.25 Forderungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung und der Sozialversicherungsanstalt, bei denen Ratenzahlungsvereinbarungen zu erwarten sind; Fr. 97'804.45 betreffen die materiell umstrittene Forderung der E. _____ AG im Zusammenhang mit dem Projekt "F. _____".

2.3.3. Gemäss Bilanz und Erfolgsrechnung betrug der Verlust im Jahr 2018 Fr. 271'507.37 (vgl. act. 5/31). Die Bilanz- und Erfolgsrechnung für das vollständige Geschäftsjahr 2019 liegt noch nicht vor, die Zwischenbilanz und Erfolgsrechnung per 30. September 2019 ist gemäss Schuldnerin wegen vieler Pendenzen nicht sehr aussagekräftig (vgl. act. 2 S. 10 und act. 30). Die Schuldnerin hat ein Konto bei der Credit Suisse, auf dem sich am 20. Januar 2020 Fr. 78'905.16 befanden (vgl. act. 5/33). Gemäss Schuldnerin bestehen Debitoren in der Höhe von Fr. 516'848.15 (vgl. act. 5/34). Neben drei Rechnungen aus den Jahren 2018/2019 reichte sie 13 Rechnungen aus dem Januar 2020 in der Höhe von total Fr. 160'770.90 ein (vgl. act. 5/35). Teil der geltend gemachten Debitoren ist sodann eine Forderung von Fr. 193'948.60, welche die Schuldnerin im Zusammenhang mit dem Projekt "F. _____" gegenüber der Stadt Zürich geltend macht. Eine letztmalige Zahlungsaufforderung mit der Androhung rechtlicher Schritte erging am 24. Januar 2020 (vgl. act. 5/36). In nächster Zeit stehen für die Schuldnerin Arbeiten bei diversen Projekten an, deren Umfang sich insgesamt auf ca. Fr. 1'000'000.– beläuft: In G. _____ [Ort 1], H. _____ [Ort 2], I. _____ [Ort 3] und J. _____ [Ort 4] erstellt die Schuldnerin Bühneneinrichtungen für Schulen (vgl. act. 5/37-39 und 45). Weitere Bühnenarbeiten stehen an für ein Seminarhotel in K. _____ [Ort 5], eine internationale Schule in L. _____ [Ort 6] sowie für ein Pfarrheim in M. _____ [Ort 7] (vgl. act. 5/40-42). Schliesslich bestehen Projekte in den Gemeinden N. _____ und O. _____ (vgl. act. 5/43-44).

2.3.4. Die Schuldnerin führte in ihrer Beschwerde aus, ihr Unternehmen bestehe sei 1987 und habe sich in der rund 30-jährigen Geschäftstätigkeit – mit Ausnahme der vorliegend zu beurteilenden Konkursöffnung – noch nie in ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten befunden. Anfang 2018 sei P. _____ in den

Verwaltungsrat aufgenommen worden und dieser habe seither die Geschäftsführung übernommen. Dieser sei noch sehr jung und müsse erst noch die notwendigen Erfahrungen in der Führung eines Unternehmens in dieser Grössenordnung sammeln. Zwar habe er die Baustellen stets vorangetrieben, um die Auftraggeber zufrieden zu stellen, allerdings habe er dabei das Backoffice vernachlässigt, weshalb Rechnungen nicht bezahlt und fällige Debitoren nicht eingetrieben worden seien. Durch die Konkursöffnung sei er aber nun wachgerüttelt worden. Sodann stehe ihm der Verwaltungsratspräsident Q._____ beratend zur Seite und für die Bereiche Buchhaltung, Steuerberatung und Lohnadministration nehme er zudem die Dienstleistungen des Unternehmensberaters R._____ in Anspruch (vgl. act. 2 S. 14).

2.3.5. Insbesondere aufgrund der vorhandenen Bankguthaben, der eingereichten Rechnungen für den Januar 2020 sowie der momentanen Auftragslage ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin neben den laufenden Ausgaben auch die bestehenden Schulden wird abtragen können. Die Schuldnerin erscheint nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid. Ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint gegeben, auch wenn Zweifel bestehen. Die Zahlungsfähigkeit ist damit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Die Schuldnerin ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Fall einer neuerlichen Konkursöffnung an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären.

2.4. Die Beschwerde der Schuldnerin ist folglich gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom 16. Januar 2020 ist aufzuheben und das Konkursbegehren 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 angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 16. Januar 2020 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Affoltern wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'300.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 7'407.95 der Gläubigerin Fr. 7'397.85 und der Schuldnerin Fr. 10.10 auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Affoltern am Albis, 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:

MLaw R. Jenny

versandt am:
14. Februar 2020