

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210097-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 16. Juni 2021

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Zusatzversicherungen AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ Versicherungen AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Mai 2021 (EK210703)

Erwägungen:

1. Die A._____ AG (Schuldnerin und Beschwerdeführerin) bezweckt die Erbringung von Vermögensverwaltungs- und Anlageberatungsdienstleistungen für Privatpersonen und Institutionen aller Art, die Entwicklung von Finanzprodukten, die Informationsvermittlung, insbesondere im Bereich der elektronischen Medien, sowie die Erbringung von unterstützenden Dienstleistungen im Bereich der allgemeinen Finanz- und Vermögensberatung, die Überwachung von Vermögensverwaltungs- und Anlagemandaten sowie Verwaltung von Beteiligungen an anderen Unternehmen aller Art (act. 5). Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Mai 2021 wurde gestützt auf das Konkursbegehren der B._____ Zusatzversicherungen AG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin) über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 3'689.40 nebst 5 % Zins seit 6. Oktober 2020, Zinsen Fr. 6.05, Mahngebühren Fr. 35.– und Betreuungskosten Fr. 146.60 der Konkurs eröffnet (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 10. Juni 2021 verlangt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses (act. 2 i.V.m. act. 3 und act. 6/10).
2. 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Wird Tilgung oder Hinterlegung geltend gemacht, hat der Schuldner nebst Zahlung bzw. Hinterlegung der Konkursforderung (Forderung, Zinsen, Betreuungskosten) auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts beim zuständigen Konkursamt rechtzeitig sicherzustellen und das urkundlich nachzuweisen. Die Höhe dieser Kosten gibt das Konkursamt jeweils auf Anfrage bekannt. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs-hindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelas-

sen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Innert laufender Rechtsmittelfrist hat die Schuldnerin den Kostenvorschuss für die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– geleistet (act. 4/7 und act. 9) sowie für die Konkursforderung Fr. 4'000.– bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 4/6 und act. 9). Zudem hat sie Fr. 400.– mit dem Vermerk "Sicherstellung Kosten Konkursamt" per e-banking an das Konkursamt ...-Zürich überwiesen (act. 4/8). Mit dieser Überweisung ist aber lediglich die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– (act. 3) abgedeckt. Dem Konkursamt entstanden aber auch eigene Kosten, die die Schuldnerin hätte sicherstellen müssen. Darauf wurde sie bei ihrem Anruf vom 9. Juni 2021 hingewiesen (act. 8). Im vorliegenden Fall hätte sie gemäss Auskunft des Konkursamtes ...-Zürich noch zusätzlich Fr. 600.– sicherstellen müssen (vgl. act. 8). Da der Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren auch nach Ablauf der Beschwerdefrist geleistet werden kann, könnte dieser Vorschuss im Umfang von Fr. 600.– zur Deckung der Kosten des Konkursamtes verwendet werden. Damit wäre ein Konkursaufhebungsgrund dargetan. Für die zweitinstanzliche Spruchgebühr in der Höhe von Fr. 750.– müsste der Schuldnerin noch eine Frist zur Leistung des Restbetrages des Barvorschusses von Fr. 650.– angesetzt werden. Darauf kann aber verzichtet werden, da die Beschwerde mangels Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit abzuweisen ist.
4. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkursaufhebungsgrundes i.S. von Art. 174 Abs. 2 SchKG hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Glaubhaft machen bedeutet weniger als ein strikter Beweis, aber mehr als blosses Behaupten. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache 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 Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. An diese Glaub-

haftmachung dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen (vgl. dazu BGer 5A_606/204 vom 19. November 2014). Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. In der Regel unabdingbar ist ein Auszug aus dem Betreibungsregister mit entsprechenden Kommentaren zu den offenen Betreibungen. Zudem muss anhand von Unterlagen wie Bankauszügen, Geschäftsabschlüssen oder Debitoren- und Kreditorenlisten ein mindestens grobes Bild der Unternehmung und ihrer näheren finanziellen Zukunft entstehen, welches abzuschätzen erlaubt, ob die erwähnten Voraussetzungen der Zahlungsfähigkeit erfüllt sind.

b) Die Schuldnerin machte geltend, sie habe am 10. Juni 2021 eine Zahlung von Fr. 102'928.50 an das Betreibungsamt in Auftrag gegeben. Das Geld sollte am Freitag, 11. Juni 2021, auf dessen Konto eintreffen. Bezüglich der letzten beiden Betreibungen (Nrn. 1 und 2) sei sie mit den Parteien bereits in Kontakt, um eine gütliche Einigung zu erzielen und die Löschung der Betreibungsbegehren zu erwirken. Sie sei der Meinung, dass mit den jetzt eingeschossenen Mitteln die nicht von Rangrücktrittsvereinbarungen betroffenen

Gläubiger bezahlt werden könnten und mit den Gläubigern der Betreibungen Nr. 1 und 2 eine Einigung erzielt werden könne (act. 2).

5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister.

Seit dem Zuzug am 22. November 2018 wurden 59 Betreibungen im Betrag von Fr. 4'057'485.25 (inkl. Konkursforderung) eingeleitet (act. 4/4). Gemäss Betreibungsregisterauszug vom 26. Mai 2021 hat die Schuldnerin inzwischen einen Teil der Betreibungsausstände getilgt. Offen sind noch Fr. 3'824'904.30 [Fr. 4'057'485.25 - (Fr. 171'057.40 "Z" + Fr. 57'793.10 "DB" + Konkursforderung Fr. 3'730.45)]. Die zwei letzten Betreibungen wurden für einen Betrag von Fr. 194'562.– bzw. Fr. 3'507'830.–, insgesamt Fr. 3'702'392.– eingeleitet. Nebst diesen beiden letzten Betreibungen sind noch Schulden im Umfang von Fr. 122'512.30 offen. Hiefür will die Schuldnerin am letzten Tag der Rechtsmittelfrist Fr. 102'928.50 an das Betreibungsamt überwiesen haben. Für einen entsprechenden Zahlungsauftrag wurde allerdings kein Beleg eingereicht. Damit bleibt es bei einer blossen Behauptung. Bezüglich der letzten beiden Betreibungen gibt es gar keine Anhaltspunkte, ob und in welchem Umfang eine Einigung erzielt werden kann. Diesbezüglich wurde nicht einmal eine konkrete Behauptung aufgestellt. Es ist deshalb von Betreibungsschulden im Umfang von Fr. 3'824'904.30 (Fr. 28'186.90 im Pfändungs- und Fr. 19'517.45 im Verwertungsstadium; Fr. 27'301.70 im Stadium der Konkursandrohung; Fr. 3'749'898.25 im Stadium der Einleitung der Betreibung) auszugehen.

Für das Geschäftsjahr 2019 weist die Schuldnerin gemäss Bilanz einen Verlust von Fr. 924'021.19 bzw. inkl. Verlustvortrag aus dem Vorjahr einen solchen von Fr. 1'037'643.56 aus (act. 4/1). Das Geschäftsjahr 2020 brachte einen zusätzlichen Verlust von Fr. 584'554.06 (act. 4/1). Die dem Gericht zur Verfügung gestellte Kreditorenliste umfasst 38 Positionen. 25 davon dürften bereits hängige Betreibungen betreffen, so dass von den insgesamt Fr. 124'949.83 lediglich Fr. 38'279.53 als aktuelle Kreditoren zu berücksichtigen sind (die letzten 13 Positionen, act. 4/3). Im Anhang der Jahresrech-

nungen wird unter dem Untertitel "Überschuldung" nachfolgende Bemerkung angebracht: "Die Gesellschaft ist überschuldet. Der Verwaltungsrat ist der Meinung, die Gesellschaft sanieren und ihren Fortbestand sichern zu können. Hierzu verpflichtet sich der Aktionär zu einer Zahlungsgarantie von CHF 350'000. Des weiteren bestehen Rangrücktritte in der Höhe von CHF 1'174'870.89." Unterzeichnet wurde die Bilanz am 27. Mai 2021 vom einzigen Verwaltungsratsmitglied, C._____ (vgl. act. 4/1 S. 4 i.V.m. act. 2 und act. 5).

b) Eine blosser Zahlungsgarantie kann nicht berücksichtigt werden. Ausserdem reicht diese Garantiesumme nicht aus, um die Schulden zu tilgen. Ob die Schuldnerin im Jahr 2021 wieder einen Verlust einfahren wird, ist völlig offen. Seit mindestens drei Jahren wird ein Defizit ausgewiesen. Es werden keine Sanierungsmassnahmen wie Personalabbau, Umzug etc. aufgezeigt. Eine Debitorenliste wurde nicht eingereicht. Zwei Geschäftskonten bei der PostFinance weisen ein Guthaben von Fr. 400.31 bzw. Fr. 64'045.81 aus und das dritte einen Negativsaldo von Fr. 284'317.48, so dass ein Negativsaldo von insgesamt Fr. 219'871.36 resultiert (act. 4/5). Mit einer Zahlung von Fr. 350'000.– könnten vermutlich die aktuellen Kreditoren befriedigt werden, aber wie die Betreuungsschulden innert absehbarer Zeit bezahlt werden sollen, konnte nicht dargelegt werden. Diesbezüglich nützen auch die in der Bilanz 2020 ausgewiesenen Rangrücktrittserklärungen im Umfang von Fr. 1'174'870.89 nichts. Die Schuldnerin vermochte somit ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Mai 2021 wird bestätigt.

2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, die bei ihr hinterlegte Konkursforderung in der Höhe von Fr. 4'000.– an das Konkursamt ...-Zürich zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 750.– wird der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von act. 2, an das Konkursamt ...-Zürich, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Betreibungsamt Zürich ... sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
17. Juni 2021

