

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210123-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 28. Juli 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Pfäffikon vom 22. Juni 2021 (EK210057)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 22. Juni 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von total Fr. 14'625.80 inkl. Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten (vgl. act. 3 u. act. 8/1).

1.2. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 12. Juli 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 8/12/5) und leistete bereits am 9. Juli 2021 den Kostenvorschuss (act. 5/4; act. 12). Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 13. Juli 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und das Konkursamt Pfäffikon ZH wurde angewiesen, den Betrag der bei ihr hinterlegten Konkursforderung der Obergerichtskasse zu überweisen (act. 9), was das Konkursamt tat (act. 11).

1.3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1–7). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.1. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 139 III 491).

Die Schuldnerin weist mittels Bestätigung des Konkursamtes Pfäffikon nach, Kostenvorschüsse in der Höhe von total Fr. 17'000.– einbezahlt und damit die

Konkursforderung samt Zinsen und Spesen sowie die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts sichergestellt zu haben (act. 5/5). Die Hinterlegung der Konkursforderung hat indes grundsätzlich beim Obergericht zu erfolgen (vgl. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), worauf die anwaltlich vertretene Schuldnerin hinzuweisen ist. Das Konkursamt überwies der Obergerichtskasse den Betrag von Fr. 14'625.80 (act. 11). Der Konkursverhinderungsgrund der Hinterlegung ist damit nachgewiesen.

2.3. Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

2.4.1. Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Vorliegend weist der

eingereichte Betreibungsregistrauszug seit November 2019 fünf Einträge auf. Lässt man die nun hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind davon noch drei Betreibungen im Betrag von Fr. 10'029.05 offen, wobei die Schuldnerin jeweils Rechtsvorschlag erhoben hat. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 5/6).

2.4.2. Die Schuldnerin führt zu den drei noch offenen Betreibungen aus, die zwei Betreibungen Nr. 1 und 2 der Gläubigerin "C._____" sowie die spätere von D._____ erhobene Betreibung Nr. 3 würden die identische Forderung betreffen, welche nur partiell begründet gewesen sei. Sie habe daher Rechtsvorschlag erhoben, wobei sich die Parteien mittlerweile vor Friedensrichter auf einen Forderungsbetrag von Fr. 2'347.– geeinigt hätten. Bei Leistung dieses Forderungsbetrags würden die drei noch offenen Betreibungen gelöscht werden (act. 2 Rz. 8). Die Schuldnerin reicht eine entsprechende Verfügung des Friedensrichteramtes ... vom 5. Juni 2021 ein, welche dies bestätigt (act. 5/7). Da die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, den Betrag von Fr. 2'347.– bereits bezahlt zu haben, ist von offenen Schulden in diesem Umfang auszugehen.

2.5.1. Die Schuldnerin betreibt seit dem Jahr 2019 ein Geschäft unter der Einzelfirma "E.____ A._____", womit sie verschiedene Dienstleistungen im Bereich Weiterbildung, Messen, Marketing etc. im Zusammenhang mit Tattoos und Piercings anbietet (act. 6/2).

2.5.2. Zur finanziellen Lage des Einzelunternehmens führt die Schuldnerin aus, sie sei bereits im Jahr 2019 wirtschaftlich erfolgreich gewesen und habe einen Gewinn von Fr. 41'951.29 erzielen können. Diesen Erfolg habe sie aufgrund des coronabedingten Einbruchs im Jahr 2020 nicht wiederholen können. Das Geschäftsergebnis sei negativ gewesen. Im Jahr 2021, in welchem die im Vorjahr abgesagten Messen und Workshops nun nachgeholt würden, habe sie im Halbjahresabschluss bereits einen Gewinn von Fr. 44'183.– verzeichnet und plane einen Gesamtjahresgewinn von Fr. 212'825.15. Die entsprechenden Zahlen würden durch den Zwischenabschluss der Treuhänderin F.____ GmbH belegt. Weiter habe die Treuhänderin bestätigt, dass die Einzelfirma ein nachhaltig und wirtschaftlich stabiles Geschäft sei (act. 2 Rz. 9).

Dass es zur vorliegenden Betreuung und Konkureröffnung gekommen sei, habe nichts mit ihrer finanziellen Situation zu tun, sondern damit, dass sie die Forderung nicht habe zuordnen können und sich nicht rechtzeitig klar geworden sei, inwieweit sie die Forderung akzeptieren solle (act. 2 Rz. 10).

2.5.3. Die Schuldnerin reichte zu ihren finanziellen Verhältnissen einzig eine nicht unterzeichnete Bilanz sowie eine nicht unterzeichnete Erfolgsrechnung ein (act. 5/8 u. act. 5/9). Aus der Bilanz ist ersichtlich, dass die Schuldnerin per 30. Juni 2021 im Umlaufvermögen einzig flüssige Mittel von Fr. 1'298.03 aufwies. Dem stehen kurzfristige Verbindlichkeiten von Fr. 17'202.18 gegenüber. Langfristiges Fremdkapital ist nicht vorhanden (act. 5/8). Gemäss Erfolgsrechnung hat die Schuldnerin per 30. Juni 2021 bereits einen Gewinn von Fr. 44'183.04 erwirtschaftet. Per Ende Jahr erwartet die Schuldnerin gar einen Gewinn von Fr. 212'825.–. Dieser Gewinn basiert auf der Annahme, dass eine Tattoomesse in Bern und ein Tattooworkshop stattfinden werden (act. 5/9). Konkrete Ausführungen zum Geschäftsgang fehlen aber und die Schuldnerin macht auch keine Angaben dazu, ob die Durchführung der Tattoomesse und des Tattooworkshops dieses Jahr tatsächlich möglich ist bzw. ob es ihr auch ohne diese Messen möglich wäre, ein positives Geschäftsergebnis zu erzielen. Vor der Pandemie erwirtschaftete die Schuldnerin laut Erfolgsrechnung einen Ertrag von Fr. 269'433.-- sowie einen Gewinn von Fr. 41'951.29. Der Start des Unternehmens scheint daher einigermaßen geglückt zu sein. Dass dieses Ergebnis im Jahr 2020 nicht wiederholt werden konnte und ein Verlust resultierte, ist aufgrund des Lockdowns und der coronabedingten Absagen von Messen nachvollziehbar. In diesem Jahr scheint sich die Situation wieder stabilisiert zu haben, was angesichts der Lockerungen der Coronamassnahmen plausibel erscheint. Die Schuldnerin will bereits jetzt einen Gewinn von Fr. 44'183.04 erzielt haben, ohne dies indes zu belegen, und sie geht gar davon aus, diesen Gewinn bis Ende Jahr beinahe zu verfünffachen. Ob dies realistisch ist, lässt sich mangels Angaben zum Geschäftsgang und vor allem mangels diesbezüglicher Unterlagen nicht überprüfen. Darüber hinaus fehlen Unterlagen zur finanziellen Situation der Schuldnerin persönlich. Da der Konkurs über die Schuldnerin als Einzelunternehmerin und damit als natürliche Person eröffnet wurde, die für alle

Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen haftet, hätte die anwaltlich vertretene Schuldnerin ihre Finanzlage umfassend darzulegen. Diesbezügliche Ausführungen oder Unterlagen fehlen gänzlich. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin lässt sich daher nicht verlässlich beurteilen.

2.5.4. Zu Gunsten der Schuldnerin ist jedoch der Umstand zu werten, dass sie in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend Mittel aufzubringen, um Kostenvorschüsse in der Höhe von Fr. 17'000.– für die Konkursforderung inklusive Zinsen und Verfahrenskosten zu leisten. Nach Abzug der Konkursforderung verbleiben noch Fr. 2'374.20 beim Konkursamt, wovon die Kosten des Konkursverfahrens zu beziehen sind. Mit dem verbleibenden Restbetrag könnte zudem bereits ein Teil der noch bestehenden Schuld von Fr. 2'347.– getilgt werden. Da es angesichts der Lockerungen der Coronamassnahmen plausibel erscheint, dass die Schuldnerin in diesem Jahr zumindest einen Gewinn in der Grössenordnung wie im Jahr 2019 erzielen können, sollte die Schuldnerin in der Lage sein, den Rest der bestehenden Schuld sowie ihre laufenden Verbindlichkeiten decken zu können. Immerhin bestätigt das Treuhandunternehmen der Schuldnerin, dass es sich um einen nachhaltigen und wirtschaftlich stabilen Betrieb handelt (act. 5/10).

2.6. Die Konkursöffnung erfolgte gestützt auf einen aus dem Jahr 2010 datierenden Verlustschein (act. 8/3) und es erscheint insgesamt knapp glaubhaft, dass sie nicht auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten zurückzuführen ist. Ebenso glaubhaft erscheint, dass die Einzelfirma der Beschwerdeführerin, welche ihre Dienstleistungen in wesentlichem Umfang an Messen erbringt, von der sich nur langsam erholenden Pandemie, in starkem Umfang betroffen ist. Dies sowie der Umstand, dass die Beschwerdeführerin die ausgewiesenen Schulden bis auf eine noch zu tilgende nicht hohe Restschuld bis heute tilgen konnte, lässt es als vertretbar erscheinen, die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gerade noch als glaubhaft zu betrachten. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, und das Konkursbegehren ist abzuweisen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass bei einer

weiteren Konkursöffnung in einem zweiten Beschwerdeverfahren strengere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden.

3.1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.

3.2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 22. Juni 2021 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. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Pfäffikon ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'674.20 (Fr. 2'374.20 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in der Höhe von Fr. 14'625.80 an die Gläubigerin auszubezahlen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Pfäffikon ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfäffikon ZH, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
7. 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. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am:
29. Juli 2021