

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210220-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 18. Januar 2022

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 7. Dezember 2021 (EK210440)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster (nachfolgend: Vorinstanz) vom 7. Dezember 2021 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 877.35 zuzüglich Zins von 5 % seit 27. April 2021, Fr. 36.45 Gläubigerkosten sowie Betreuungskosten von Fr. 177.10 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6 = act. 7/6; nachfolgend zitiert als act. 6). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 9. Dezember 2021 (Datum Poststempel 13. Dezember 2021) rechtzeitig (vgl. act. 7/7 sowie Art. 174 Abs. 1 SchKG) Beschwerde, wobei sie sinngemäss die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). Mit Verfügung vom 15. Dezember 2021 wurde die Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen verweigert und die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie die Beschwerde bis zum Ende der Beschwerdefrist ergänzen könne (act. 8). Die Schuldnerin machte daraufhin innert Frist mit Eingabe vom 20. Dezember 2021 ergänzende Ausführungen und reichte weitere Unterlagen ein (act. 10 und act. 11/1-7). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2021 wurde der Beschwerde in der Folge aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-9). Die Sache erweist sich als spruchreif.
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. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).
3. Die Schuldnerin macht geltend und belegt, dass sie die Konkursforderung einschliesslich der Zinsen bis zur Konkursöffnung und der weiteren Kosten von

insgesamt Fr. 1'117.80 (vgl. act. 6) mit einer Zahlung an das Betreibungsamt Dübendorf am 17. Dezember 2021 und damit innert Beschwerdefrist getilgt hat (vgl. act. 10 und act. 11/1; ferner act. 7/7). Weiter leistete die Schuldnerin am 9. Dezember 2021 und damit ebenfalls fristgerecht beim Konkursamt Dübendorf einen Vorschuss von Fr. 1'200.–, der nach der Bestätigung des Konkursamts vom selben Datum ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 10 und act. 11/2). Im Übrigen überwies die Schuldnerin der Obergerichtskasse am 9. Dezember 2021 Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 2 und act. 4/2). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nach. Da die Tilgung erst nach der Konkurseröffnung erfolgt ist, hat die Schuldnerin darüber hinaus ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. 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 liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Die Schuldnerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in H._____. Sie bezweckt den Handel, Vertrieb und Beratung in den Bereichen IT, Netzwerk, Hosting, Hardware und Software. Einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift ist C._____, der die vorliegende Beschwerde erhob (act. 5). Über die Gründe für die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin ist nichts bekannt.

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreuung Nr. 1 noch zwölf weitere Betreibungen im Umfang von insgesamt Fr. 11'814.03 offen sind. Davon befinden sich sieben Betreibungen über total Fr. 3'213.43 im Stadium der Konkursandrohung, gegen eine über Fr. 3'898.– wurde Rechtsvorschlag erhoben und vier weitere im Gesamtbetrag von Fr. 4'702.60 wurden erst eingeleitet. Die übrigen seit März 2018 eingeleiteten 31 Betreibungen sind mit einer Ausnahme, bei der die Betreuung aus nicht näher bekannten Gründen erloschen ist ("E"), allesamt durch Zahlungen an das Betreibungsamt erloschen ("Z"; inkl. Konkursforderung). Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 11/3). Anzumerken ist noch, dass die Schuldnerin ihren Sitz im Januar 2018 in den Betreibungskreis Dübendorf verlegte (vgl. act. 5 und act. 11/3), zuvor befand sich der Sitz in D._____ (vgl. act. 5). Vom dortigen Betreibungsamt und damit über das hier grundsätzlich noch relevante Jahr 2017 liegt jedoch kein Auszug vor.

Die Schuldnerin macht geltend, "sämtliche Positionen ohne Zahlungsstatus" seien mittlerweile bezahlt worden, einzig die Rückzüge der Gläubiger seien noch hängig (act. 10). Diesbezügliche Unterlagen wurden jedoch nicht eingereicht, sodass es sich dabei um eine blosse, nicht glaubhaft gemachte Behauptung han-

delt. Auch hinsichtlich der sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Betreibungen Nr. 2, 3 und 4, welche die Schuldnerin gemäss handschriftlicher Anmerkung auf act. 4/4 am 5. resp. 10. Juni 2021 an das Betreibungsamt bzw. den entsprechenden Gläubiger bezahlt haben will (vgl. act. 4/4), finden sich keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit dieser Behauptung. Im Gegenteil werden diese Forderungen im Betreibungsregisterauszug vom 17. Dezember 2021 nach wie vor als offen aufgeführt (act. 11/3). Auch der mit act. 4/4 eingereichte Bankauszug, wonach am 10. Juni 2021 Fr. 1'335.25 an die E._____ SA, die Vertreterin der Gläubigerin in der Betreibung Nr. 4, überwiesen wurden, vermag nicht von einer Tilgung der fraglichen Forderung zu überzeugen, zumal sich diese gemäss Betreibungsregisterauszug auf Fr. 824.88 beläuft (vgl. act. 11/3). Betreffend die am 11. Juli 2018 eingeleitete Betreibung Nr. 5 der F._____ GmbH über Fr. 3'898.—, gegen welche die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhob, ist sodann darauf hinzuweisen, dass es angesichts des Datums des Zahlungsbefehls zwar möglich ist, dass die fragliche Betreibung nicht mehr weiterverfolgt wird (vgl. Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG). Allerdings wäre es ebenso gut möglich, dass noch ein Anerkennungsverfahren hängig ist und die F._____ GmbH die Forderung noch weiterverfolgt. Entsprechend ist einstweilen auch vom Bestand dieser Forderung auszugehen. Damit bleibt es hinsichtlich der noch offenen, in Betreibung gesetzten Forderungen beim oben Gesagten; es ist von betriebenen, noch ungedeckten Forderungen von Fr. 11'814.03 auszugehen.

Anzufügen ist, dass die Schuldnerin eine detaillierte und unterzeichnete Aufstellung ihrer per 9. Dezember 2021 noch bestehenden Kreditoren einreichte. Bei den aufgelisteten Forderungen handelt es sich um bereits im Betreibungsregisterauszug aufgeführte Schulden, und zwar alle offenen Betreibungen mit Ausnahme derjenigen, gegen welche Rechtsvorschlag erhoben wurde, sowie den drei Betreibungen, hinsichtlich welcher die Schuldnerin behauptet, aber nicht glaubhaft zu machen vermag, dass diese getilgt worden seien (vgl. act. 11/6 sowie act. 4/7 und act. 11/3). Es ist damit davon auszugehen, dass neben den betriebenen Forderungen keine weiteren Schulden bestehen.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Schuldnerin über ausreichende liquide Mittel verfügt, um die noch offenen Forderungen begleichen und darüber hinaus auch ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen zu können.

4.4. Die Schuldnerin verfügte per 20. Dezember 2021 über ein Guthaben von Fr. 4'970.67 auf ihrem Kontokorrentkonto bei der G._____ AG (act. 11/7). Damit kann sie die dringendst zu begleichenden Schulden im Stadium der Konkursandrohungen von total Fr. 3'213.43 tilgen. Weiter reicht die Schuldnerin eine unterzeichnete, detaillierte Debitorenliste per 9. Dezember 2021 mit einem Guthaben von brutto Fr. 19'655.95 ein (act. 11/5, ferner act. 4/6). Selbst wenn die Schuldnerin nicht die gesamten Ausstände erhältlich machen können sollte, dürften die Gutschriften zusammen mit dem restlichen Kontoguthaben von Fr. 1'757.24 ohne weiteres ausreichen, um die restlichen in Betreuung gesetzten Forderungen von Fr. 8'600.60 (Fr. 11'814.03 - Fr. 3'213.43) in absehbarer Zeit zu bezahlen.

4.5. Was den Geschäftsgang der Schuldnerin betrifft, so liegt der unterzeichnete Jahresabschluss 2019 vor. Aus der Erfolgsrechnung geht für das Vorjahr 2018 ein Reingewinn von Fr. 270.– und für das Jahr 2019 ein solcher von Fr. 1'067.20 hervor. Ebenfalls ist ersichtlich, dass mit diesen Gewinnen ein Verlustvortrag aus den Vorjahren verringert wurde; per Ende 2019 belief sich dieser noch auf Fr. 12'885.02 (act. 11/4, vgl. ferner act. 4/5). Die Schuldnerin führt aus, neuere Abschlusszahlen lägen leider noch nicht vor. Ihre Umsätze und ihre Finanzlage hätten sich seit dem 31. Dezember 2019 aber verbessert (act. 2 und act. 10). Dabei handelt es sich allerdings um eine blosser, nicht durch weitere Unterlagen untermauerte Parteibehauptung. Gestützt auf die Zahlen der Jahre 2018 und 2019 darf aber angenommen werden, dass auch in den Jahren 2020 und 2021 mindestens eine schwarze Null geschrieben wurde. Zwar kam es auch in diesen Jahren wie schon in den Vorjahren noch zu Betreibungen, was nach dem Gesagten auf Liquiditätsprobleme hindeutet. Allerdings ist es angesichts des vor 2018 entstandenen Verlustes und der nur geringen Gewinne in den Jahren 2018 und 2019 durchaus denkbar, dass noch von früher her stammende Schulden abgebaut werden mussten. Da die Schuldnerin wie gezeigt nun aber alle noch offenen Positionen decken kann, kann bei grosszügiger Betrachtung aber wohl davon ausge-

gangen werden, dass die Schuldnerin in Zukunft grundsätzlich auch ihre laufenden Verbindlichkeiten wird decken können.

4.6. Insofern bestehen Aussichten auf eine Besserung der Situation der Schuldnerin, selbst wenn die Gründe für die finanziellen Engpässe in der Vergangenheit nicht bekannt sind. Problematisch ist zwar, dass insgesamt in den letzten vier Jahren über 40 Betreibungen eingeleitet wurden, wobei es sich bei mehr als der Hälfte davon um sozialversicherungsrechtliche Forderungen und Steuerschulden handelt (vgl. act. 11/3), die nicht zum Konkurs führen können (Art. 43 Ziff. 1 SchKG). Negativ fällt zudem ins Gewicht, dass teilweise Kleinstbeträge über wenige hundert Franken oder sogar noch weniger betrieben wurden. Andererseits kam es jedenfalls soweit bekannt noch nie zu einer Konkurseröffnung und es sind auch keine Verlustscheine vorhanden. Zudem erhob die Schuldnerin lediglich einmal und nicht etwa systematisch Rechtsvorschlag. Aufgrund dessen und auch weil praktisch alle Forderungen der erloschenen Betreibungen durch Zahlungen an das Betreibungsamt getilgt wurden, erscheint es durchaus so, dass die Schuldnerin bemüht ist, ihre Schulden zu begleichen und ihre Gläubiger zu befriedigen. Ihre Zahlungsschwierigkeiten können angesichts dieser Umstände und da davon ausgegangen werden kann, dass sie in Kürze alle betriebenen Schulden, die überdies keine grosse Höhe (mehr) erreichen, wird abtragen können, und weil zudem angenommen werden darf, dass sie auch weiterhin zumindest keine Verluste mehr erleiden wird, als vorübergehend erachtet werden. Die Schuldnerin erscheint nicht auf unabsehbare Zeit als illiquide und ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit kann nicht ausgeschlossen werden. Die Zahlungsfähigkeit ist damit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit.

Es ist jedoch nicht zu verhehlen, dass es sich um einen Grenzfall handelt. Die Schuldnerin ist darauf hinzuweisen, dass im Fall einer neuerlichen Konkurseröffnung an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären.

5. Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädi-

gungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 7. Dezember 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidungsbüher von Fr. 450.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'750.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Grundbuchamt Dübendorf und an das Betreibungsamt Dübendorf, 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: