

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180194-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 30. Oktober 2018

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 25. September 2018 (EK180448)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2004 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie insbesondere die Beratung, Dienstleistungen und Schulung im Bereich des Hospitality und des Tourismus, sowie ... (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 25. September 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über die Schuldnerin (vgl. act. 3 = act. 9 = act. 10/11). Der Schuldnerin wurde dieser Entscheid am 28. September 2018 zugestellt (act. 10/16).

1.3. Mit am 4. Oktober 2018 persönlich überbrachter (act. 2) sowie per Post versandter identischer Eingabe (vgl. act. 11) erhob die Schuldnerin dagegen rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2), welche ihr mit Verfügung vom 4. Oktober 2018 einstweilen gewährt wurde (act. 7). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin diesen bereits geleistet hatte (act. 5/17). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 10/1-17). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise

über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

2.2. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung des Gläubigers von Fr. 15'000.– nebst 5% Zins seit 1. Mai 2017 und Fr. 236.55 Betreuungskosten (vgl. act. 3 = act. 9 = act. 10/11). Die Schuldnerin hat zuhanden des Gläubigers bei der Obergerichtskasse Fr. 17'050.– und damit die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten, ausmachend Fr. 16'288.60, hinterlegt (act. 5/16). Zudem belegt die Schuldnerin mittels einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Wallisellen vom 3. Oktober 2018, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 2'000.– sichergestellt zu haben (act. 5/15). Damit ist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

2.3. Folglich bleibt noch zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft belegt ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Ein Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, 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 An-

nahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer als wenn der Schuldner innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

2.3.1. Die Schuldnerin führt zu ihrer Zahlungsfähigkeit aus, bereits seit tt.2004 zu bestehen und mit aktuell vier Mitarbeitern Dienstleistungen im IT-, Elektronik- und Solarbereich, insbesondere auch im Bereich der IT-Security zu erbringen. Sie verweist unter Beilage des aktuellen Kontoauszuges darauf, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und vorallem auch über regelmässige und substantielle Einnahmen zu verfügen. So habe sie in den letzten drei Monaten Eingänge in der Höhe von rund Fr. 336'000.– verzeichnet und damit auch den aktuellen Verpflichtungen wie den Löhnen der Mitarbeiter und den Ausgaben für Materialeinkäufen entsprechen können. Der monatliche Umsatz betrage ca. Fr. 80'000.–. Diesen Einnahmen würden monatliche Ausgaben von ca. Fr. 35'000.– (durchschnittlich Fr. 5'000.– für Arbeitsmaterial und Fr. 30'000.– für Löhne) gegenüber stehen. Mit dem verbleibenden Betrag von monatlich ca. Fr. 45'000.– könne sie die noch offenen Forderungen schnellstens begleichen. Die Schuldnerin erklärt, dieser Überschuss sei aktuell auf den Kontoauszügen nicht vollständig ersichtlich, weil sie noch offene Forderungen gegenüber der C._____ AG im Umfang von rund Fr. 175'015.– habe (act. 2 Rz. 12). Da diese Forderung die laufenden Verpflichtungen bei weitem übersteige, werde die Schuldnerin von diesem Überschuss in kurzer Zeit auch ihre Schulden begleichen können (act. 2 Rz. 13). Die Schuldnerin macht ferner geltend, ihre Schulden seien nicht auf einen schlechten Geschäftsverlauf, sondern auf unglückliche Vorfälle zurückzuführen. Es habe Probleme mit den für die Rechnungsstellung und Buchhaltung zuständigen Mitarbeitern gegeben. Diese seien aber entlassen worden. Der Betrieb rentiere sehr gut, es habe, wenn überhaupt, bloss einen vorübergehenden Liquiditätsengpass gegeben (act. 2 Rz. 14 ff.). Im Übrigen sei bereits ein Grossteil der Forderungen beglichen worden. Dies sei auch auf den aktuellen Kontoauszügen ersichtlich

(act. 2 Rz. 18). Weitere Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 31'594.30, für welche bereits der Konkurs angedroht worden sei, habe sie aufgrund der Konkursöffnung nicht mehr beglichen können (vgl. act. 2 Rz. 19). Die C._____ AG habe am 4. Oktober 2018 bereits Fr. 114'315.48 überwiesen, womit diese offenen Forderungen bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung umgehend beglichen werden könnten.

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister:

2.3.2.1. Der eingereichte Auszug vom 27. September 2018 umfasst den Zeitraum August 2016 bis September 2018 (vgl. act. 5/7) und weist 74 Einträge auf. 29 Einträge betreffen Verlustscheine; die Summe der nicht getilgten Verlustscheine nach Pfändungen beträgt Fr. 52'101.–. Nebst der Forderung in Höhe von Fr. 15'000.–, für welche über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet und welche hinterlegt worden ist, bestehen die bereits erwähnten weiteren 9 Konkursandrohungen für Forderungen von insgesamt Fr. 31'594.30. 18 Forderungen mit einer Gesamtsumme von Fr. 45'666.35 hat die Schuldnerin bezahlt; gegen 9 Beteiligungen in der Höhe von insgesamt Fr. 62'226.38 hat sie Rechtsvorschlag erhoben. Für 8 weitere Forderungen mit der Gesamtsumme von Fr. 22'066.37, alle von derselben Gläubigerin (Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich), wurde erst kürzlich die Betreibung eingeleitet. Gemäss Beteiligungsregisterauszug bestehen somit offene Forderungen von Fr. 115'887.05, und zuzüglich der Verlustscheinforderungen von Fr. 52'101.– solche von insgesamt Fr. 167'988.05.

2.3.2.2. Die Schuldnerin macht in der Beschwerde geltend, "bei genauerer Betrachtung [erwiesen] sich die in Betreibung gesetzten Forderungen als weitaus weniger gravierend bzw. weitaus tiefer als auf den ersten Blick ersichtlich. Als dann [habe] die Schuldnerin bereits einen Grossteil der Forderungen beglichen" (act. 2 Rz. 18). Sie habe in den letzten Monaten ausstehende Schulden in ganz massivem Umfang beglichen (act. 2 Rz. 22). Sie verweist hierfür auf den eingereichten Kontoauszug der ZKB (act. 5/7 und act. 12/7). Dieser Auszug umfasst auf 42 Seiten die Transaktionen im Zeitraum vom 1. September 2016 bis 28. September 2018. Die Schuldnerin spezifiziert in ihrer Beschwerdeschrift jedoch nicht,

welche offenen Forderungen sie bereits bezahlt hat, und solches liegt auch nicht irgendwie auf der Hand. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, ohne weitere Erklärung der Schuldnerin in den 42 Seiten danach zu suchen, ob sich dort allenfalls Überweisungen finden, welche mit einzelnen im Betreibungsregisterauszug erfassten Forderungen identisch sein könnten, zumal erkennbar ist, dass z.B. Zahlungen an ein Betreibungsamt im Kanton Aargau oder in einem anderen Betreibungskreis als dem bezahlt wurden, in dem die Schuldnerin ihren Sitz hat (vgl. etwa S. 2/3 und S. 7 oben von act. 5/7). Ein Zusammenhang mit den im Betreibungsregister vermerkten Forderungen ist dabei nicht zu erkennen. Die Schuldnerin nimmt denn auch keine Stellung zu den im Betreibungsregister erfassten Forderungen. Weder erklärt sie, welche dieser Forderungen allenfalls bereits bezahlt sein sollen, noch erläutert sie, wie es sich mit denjenigen Forderungen verhält, gegen welche sie Rechtsvorschlag erhoben hat. Es ist daher für die Summe der offenen Forderungen auf den Betreibungsregisterauszug abzustellen, wonach zum Zeitpunkt der Beschwerde, abzüglich der bereits im Betreibungsregister als "bezahlt" erfassten Schulden, offene Forderungen von insgesamt mindestens Fr. 167'988.05 bestanden.

2.3.2.3. Für eine positive Prognose der Zahlungsfähigkeit muss glaubhaft dargelegt werden, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. oben E. 2.3). Hierfür ist auf die aktuelle und künftige Auftragslage abzustellen und sind den ausstehenden Forderungsansprüchen die laufenden Ausgaben gegenüberzustellen. Die Schuldnerin führt in diesem Zusammenhang lediglich aus, der monatliche Umsatz betrage ca. Fr. 80'000.–. Bei monatlichen Ausgaben von ca. Fr. 35'000.– (vgl. oben Ziff. 2.3.1) verbleibe monatlich ein Gewinn von ca. Fr. 45'000.–. Mit einem solchen Gewinn liessen sich zwar die angehäuften Schulden innert weniger Monate abzahlen. Es fehlen jedoch sämtliche Belege dafür, dass der Umsatz der Schuldnerin respektive der verbleibende Gewinn tatsächlich so hoch ist wie behauptet. Die Schuldnerin reicht zum Beleg ihrer Ausführungen lediglich die Lohnabrechnungen von vier Mitarbeitern des Monats September 2018 sowie eine Lohnabrechnung aus dem August 2018 ein. Belege wie eine Er-

folgs- oder Bilanzrechnung fehlen, obwohl diese bei einer Unternehmung wie der Schuldnerin vorliegen müss(t)en. Der Lohnaufwand für den Monat September 2018 liegt für die vier Mitarbeiter bei rund Fr. 31'500.– und entspricht damit den behaupteten Fr. 30'000.– ungefähr. Allerdings stimmen diese Angaben nicht mit den Buchungen des eingereichten Kontoauszuges überein. Einerseits ergeben sich bezüglich der genannten vier Mitarbeiter aus den verbuchten Auszahlungen andere Beträge (Auszahlungen im Monat September von ca. Fr. 23'400.–), wobei die Schuldnerin anmerkt, dass sie die Löhne für diesen Monat aufgrund der Konkureröffnung noch nicht habe bezahlen können (act. 2 Rz. 9). Andererseits entsprechen sämtliche Auslagen, welche im September über dieses Konto angefallen sind, einer Summe von knapp Fr. 71'100.– (wovon rund Fr. 7'700.– Zahlungen an das Betreibungsamt betreffen). Damit sind die Auslagen doppelt so hoch wie von der Schuldnerin behauptet – und dies obwohl die laufenden Löhne wegen der Konkureröffnung offenbar noch nicht oder zumindest nicht vollständig beglichen worden sind. Diesen Auslagen stand im Monat September 2018 eine Gutschrift der C._____ AG von insgesamt Fr. 71'700.– gegenüber. Für den Monat August 2018 lagen die Ausgaben gestützt auf den eingereichten Kontoauszug bei rund Fr. 84'000.– und die Einnahmen bei knapp Fr. 93'000.–. Im Juli standen den Ausgaben gemäss Kontoauszug von rund Fr. 171'700.– Einnahmen von rund Fr. 171'700.– gegenüber. Daraus folgt, dass die von der Schuldnerin behaupteten Zahlen betreffend Umsatz und Gewinn nicht nur nicht näher erläutert wurden, sondern sich gestützt auf den eingereichten Kontoauszug auch nicht nachvollziehen lassen. Zutreffend ist hingegen die Behauptung der Schuldnerin, wonach sie in den letzten drei Monaten über substantielle Einnahmen in der Höhe von Fr. 336'210.39 verfügte (vgl. act. 2, Rz.10). Sie übergeht dabei jedoch, dass diesen Einnahmen auch Ausgaben in Höhe von knapp Fr. 326'800.– gegenüber standen. Im Zeitraum des eingereichten Kontoauszugs von zwei Jahren (1. September 2016 bis Ende September 2018) standen einer Gesamtgutschrift von Fr. 1'297'321.70 Belastungen von insgesamt Fr. 1'332'327.46 gegenüber (vgl. act. 5/7), woraus sich ein Negativsaldo von Fr. 35'000.– ergibt. Damit resultiert zumindest für die Zeit bis zur Konkureröffnung ein eher düsteres Bild, wenn man

bedenkt, dass zusätzlich zu diesem Negativsaldo auch noch sämtliche im Betriebsauszug erfassten Schulden zu berücksichtigen sind.

Es ist sodann, wie bereits erwähnt, nicht Aufgabe des Gerichts, aus einem 42 Seiten umfassenden Kontoauszug die Ausgaben und Einnahmen (mutmasslich) zusammenzustellen. Unklar ist auch, ob dieses das einzige Konto der Schuldnerin ist, oder noch anderweitige Auslagen und Einnahmen bestehen.

Belegt ist mit dem Kontoauszug hingegen, dass die Schuldnerin regelmässig Einnahmen generiert, insbesondere von der C._____ AG. Belegt ist weiter, dass die Schuldnerin von dieser C._____ AG auch nach der Konkurseröffnung weitere Einnahmen verzeichnete: So hat die C._____ AG anfangs Oktober 2018 weitere Fr. 114'315.48 auf das Konto der Schuldnerin überwiesen (vgl. act. 5/14). Ebenso wurden diesem Kunden noch Rechnungen für weitere Fr. 60'699.73 gestellt (vgl. act. 5/10 und 5/12), welche ebenfalls im Oktober 2018 bezahlt werden dürften. Mit diesen beiden Zahlungseingängen könnten die offenen Forderungen gemäss Betriebsregisterauszug von Fr. 167'988.05 bezahlt werden. Es fehlen jedoch Angaben und Belege darüber, ob danach weitere Zahlungseingänge erfolgen und ob und wie die laufenden Kosten bei Bezahlung der Schulden beglichen werden können. Ebenfalls ist unklar, über welche Kreditoren die Schuldnerin (nebst den im Betriebsregister erfassten Schulden) verfügt. Unklar ist ferner, wie hoch die laufenden Kosten sind, da die Ausgaben der letzten Monate dem in der Beschwerde genannten Betrag nicht entsprechen. Da sich in den letzten Monaten die Einnahmen und Ausgaben ungefähr die Wage hielten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Einnahmen der C._____ AG gänzlich oder hauptsächlich zur Begleichung der angehäuften Schulden zur Verfügung stehen. Ob die dringlichsten Forderungen zeitnah und die "Altlasten" innert zweier Jahre abgetragen werden können, kann aufgrund der wenigen und unbelegten Angaben der Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift nicht überprüft werden. Abgesehen von der bereits erwähnten Forderung gegenüber der C._____ AG und der generellen Aussage, es handle sich um ein rentables Unternehmen, fehlen ferner Aussagen zur künftigen Auftragslage. Damit fehlen überprüfbar und glaubhaft ge-

machte Angaben dazu, welche Auslagen in Zukunft welchen Einnahmen gegenüberstehen werden.

Auch wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nur glaubhaft machen muss, genügen unbelegte Behauptungen alleine nicht (vgl. oben E. 2.3). Zusammengefasst ist es daher mangels nachvollziehbarer Erklärungen zum aktuellen Umsatz und Gewinn sowie aufgrund der spärlich eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft dargetan, dass bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten zur Konkursöffnung über die Schuldnerin geführt haben. Es muss gestützt auf den eingereichten Kontoauszug vielmehr davon ausgegangen werden, dass sich die dort verzeichneten Einnahmen und Ausgaben ungefähr die Wage halten und die Schuldnerin danebst gemäss Betreibungsregisterauszug in den letzten zweieinhalb Jahren (d.h. seit dem Zuzug in den aktuellen Betreibungskreis) Schulden in Höhe von knapp Fr. 168'000.– angehäuft hat. Es ist daher nicht hinreichend glaubhaft, dass die Schuldnerin nach dem Eingang der Forderung gegenüber der C. _____ AG über ausreichende Einnahmen verfügt, um sowohl die laufenden Ausgaben zu begleichen und sämtliche Schulden innert längstens zweier Jahre abzutragen, selbst wenn diese allenfalls etwas tiefer liegen als dargetan. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind somit nicht gegeben. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen, und der Konkurs über die Schuldnerin erneut zu eröffnen.

3.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Dienstag, 30. Oktober 2018, 12.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Wallisellen wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 17'050.– dem Konkursamt Wallisellen zuhanden der Konkursmasse zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon, 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 N. Menghini-Griessen

versandt am:
30. Oktober 2018