

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210048-O/U

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

Urteil vom 14. April 2021

in Sachen

A._____ GmbH, Gerichtsstr. 8A, 8610 Uster,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____, GÖNÜLER,

gegen

Stiftung B._____,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 16. März 2021 (EK210039)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 16. März 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 7'211.40 nebst 5% Zins seit 21. September 2020 (Fr. 173.85) sowie Fr. 402.74 Gläubigerkosten und Fr. 146.60 Betreuungskosten abzüglich einer Rundungsdifferenz von Fr. 0.04 (vgl. act. 3).

1.2. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 26. März 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 7). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 29. März 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1–7). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 11).

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).

2.2. Die Schuldnerin weist mittels Zahlungsbeleg vom 26. März 2021 nach, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten, mithin total Fr. 7'934.55, bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/3). Weiter belegt die Schuldnerin mittels Bestätigung des Konkursamtes Uster, bei diesem die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 750.– sichergestellt zu haben (act. 5/4). Damit wurde innert der Beschwerdefrist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung 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, ihre 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 Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin seit Januar 2018 60 Beteiligungen auf. Lässt man die nun hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind davon noch 25 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 42'093.72 offen. Davon befinden sich zehn Beteiligungen im Stadium der Pfändung und eine im Stadium der Konkursandrohung. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 5/5).

2.4.2. Der Rechtsvertreter der Schuldnerin führt dazu aus, es scheine so, als ob die Schuldnerin das Betreibungsamt als "Zahlstelle" verwendet habe. Dies habe bis August 2020 mehr oder weniger "funktioniert". Ab dem 5. August 2020 sei es dann zu den heute noch offenen Betreibungen gekommen (act. 2 Rz. 9). Die noch offenen Betreibungen werden weder bestritten noch wird eine bereits erfolgte Tilgung geltend gemacht. Es ist damit von 25 offenen Betreibungsforderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 42'093.72 auszugehen.

2.5.1. Die Schuldnerin ist als GmbH seit dem tt.mm. 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Führung von Gastronomie- und Handelsbetrieben sowie Import und Export von Waren aller Art (act. 6).

2.5.2. Zur finanziellen Lage des Unternehmens führt der Rechtsvertreter der Schuldnerin aus, unter Berücksichtigung des Geschäftsgangs der Schuldnerin handle es sich bei den offen Schulden nicht um einen ernsthaft hohen Betrag. Die Schuldnerin habe im Jahr 2018 einen Umsatz von Fr. 554'369.10 und einen Gewinn von Fr. 19'570.20 erwirtschaftet. Im Jahr 2019 habe ihr Umsatz Fr. 613'176.10 und ihr Gewinn Fr. 35'309.75 betragen. Im Jahr 2020 sei ihr Umsatz bei Fr. 493'962.10 und ihr Gewinn bei Fr. 21'747.55 gelegen. Der ausserordentliche Rückgang des Umsatzes und Gewinns von 2019 auf 2020 sei offenkundig durch wegen COVID-19 behördlich angeordneten Restriktionen (inkl. "Lockdown") verursacht worden (act. 2 Rz. 11). Der Schuldnerin sei es möglich, die offenen Schulden innert eines Zeitraums von drei bis vier Monaten zu bedienen. Aufgrund von bereits vollzogenen Pfändungen würden monatlich bereit Fr. 4'000.– bis Fr. 6'000.– (Umsatz durch Online-Plattform eat.ch) direkt dem Betreibungsamt abgeführt. Der durchschnittliche Umsatz der letzten drei Jahre habe Fr. 553'835.98 und der durchschnittliche Gewinn Fr. 25'542.50 betragen. Dies entspreche einem gemittelten, verwertbaren Monatsumsatz von Fr. 46'153.00 und einem monatlichen Gewinn von Fr. 2'128.54. Ein solcher Geschäftsgang und Geldfluss ermögliche es der Schuldnerin ohne Weiteres, die vorerwähnten Schulden nebst den ordentlichen Geschäftsaufwendungen abzubauen (act. 2 Rz. 12f.).

2.5.3. Als Beleg reicht die Schuldnerin die definitive Jahresrechnung für 2018 ein (act. 5/6) sowie die provisorischen Jahresrechnungen für 2019 und 2020

(act. 5/7 u. 5/8). Aus den eingereichten Bilanzen ergibt sich, dass das Fremdkapital (gerundet Fr. 50'000.–, Fr. 80'000.–, Fr. 130'000.–) in den letzten drei Jahren durch die Aktiven (gerundet Fr. 90'000.–, Fr. 160'000.–, Fr. 230'000.–) gedeckt war; eine Überschuldung lag nicht vor. Aus den Erfolgsrechnungen gehen sodann die vom Rechtsvertreter der Schuldnerin vorgetragene Umsatz- und Gewinnzahlen hervor. Der durchschnittlich Umsatz der letzten drei Jahre betrug damit rund Fr. 500'000.– und der Gewinn rund Fr. 25'000.–. Weitere Unterlagen reicht die Schuldnerin nicht ein. So fehlen Belege für die angeblich bereits vollzogenen Pfändungen, weshalb insbesondere offen bleibt, seit wann diese Pfändungen laufen und was damit bereits getilgt werden konnte. Auch reicht die Schuldnerin keine Steuererklärungen, Kontoauszüge sowie Debitoren- und Kreditorenlisten ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert.

Zu Gunsten der Schuldnerin ist indes zu berücksichtigen, dass viele der in Betreuung gesetzten Forderungen beglichen wurden. Die Schuldnerin war zudem in der Lage, trotz angeblich laufender Pfändungen innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten, die Kosten für das Konkursverfahren sowie den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren, mithin rund Fr. 9'500.– zu leisten. Auch wenn Angaben zum aktuellen Geschäftsgang fehlen, scheint die Schuldnerin immerhin ihre laufenden Kosten insoweit decken zu können, als gemäss Betreibungsregisterauszug soweit ersichtlich keine Lebensmittellieferanten und Arbeitnehmer unter den Gläubigern sind, sondern fast ausschliesslich Versicherungen und Gemeinwesen. Ausserdem scheint die Schuldnerin momentan einen pfändbaren Umsatz über die Online-Plattform eat.ch zu generieren. Zu Gunsten der Schuldnerin ist daher davon auszugehen, dass sich die Geschäftslage in etwa wie im Jahr 2020 präsentiert, wo die Schuldnerin trotz Lockdowns und weiterer Restriktionen einen Umsatz von Fr. 493'962.10 und einen Gewinn von Fr. 21'747.55 erwirtschaften konnte. Dass eine Tilgung der offenen Betreibungen in der Höhe von rund Fr. 40'000.– neben den laufenden Verbindlichkeiten angesichts dieser finanziellen Verhältnisse innert drei bis vier Monaten erfolgen soll (vgl. act. 2 Rz. 12), ist damit zwar wenig wahrscheinlich. Das Abtragen dieser Schulden neben den laufenden

Verbindlichkeiten innert angemessener Zeit, mithin längstens zwei Jahren, erscheint hingegen möglich.

2.6.1. Zu den zur Konkursöffnung führenden Umständen führt der Rechtsvertreter der Schuldnerin aus, die Betreibungen seien nicht die Folge der fehlenden Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin, sondern seien auf ihre Überforderung in administrativen Dingen zurückzuführen. Deshalb werde die Schuldnerin das Treuhandunternehmen, das bisher lediglich die Buchhaltung anhand vorgelegter Belege (nach-)geführt habe, damit beauftragen, sich zusätzlich auch um das operative Zahlungswesen (mit Prüfung der Einhaltung von Zahlungsfristen) zu kümmern. Das Treuhandunternehmen werde sich auch mit den Gläubigern der Schuldnerin in Verbindung setzen, um verbindliche Abzahlungsfristen zu vereinbaren (act. 2 Rz. 14).

2.6.2. Auch diese Ausführungen bleiben unbelegt. Es ist in der Tat angezeigt, dass sich die Schuldnerin Hilfe in administrativen Angelegenheiten holt und das operative Zahlungswesen dadurch in den Griff bekommt.

2.7. Insgesamt ist knapp glaubhaft, dass die gegen die Schuldnerin angehobenen Betreibungen sowie die Konkursöffnung in erster Linie auf eine Vernachlässigung der administrativen Angelegenheiten und nicht auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten zurück zu führen sind. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist daher hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. 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 in der Regel strengere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden.

3. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Kosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, da sie das Verfahren durch die Zahlungsverweigerung verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 16. März 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. 450.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 750.– 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 auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in der Höhe von Fr. 7'934.55 an die Gläubigerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
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. A. Götschi

versandt am:
15. April 2021