

# ZH\_OBERGERICHT PS190152 vom 7. Oktober 2019

ZH Obergericht, 2019-10-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS190152](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS190152)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS190152 du 7 octobre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT PS190152 del 7 ottobre 2019

## Erwägungen

### E. 1.1

Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2015 als Inhaberin des Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen. Sie ist im Bereich Automobil-, Motorrad- und Haus-Technik sowie Entwicklung tätig (act. 6).

### E. 1.2

Am 28. August 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Bülach auf Begehren der Gläubigerin hin den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7 [= act. 3 = act. 8/9]). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 7. September 2019 (Datum Poststempel) samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde, mit welcher sie die Aufhebung des Konkurses beantragt und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht (act. 2; act. 5/1-40; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 8/10). Mit Verfügung vom 11. September 2019 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

### E. 1.3

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin rechtzeitig bevorschusst (act. 5/7). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8). Das Verfahren ist spruchreif.

### E. 2.1

Mit der Beschwerde können Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens und Entscheides gerügt werden, wobei neue Tatsachen geltend gemacht werden können, wenn sie vor dem angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

#### E. 2.1.1

Die Schuldnerin bringt vor, sie habe sich auf eine Auskunft des Betreibungsbeamten vom 21. Mai 2019 verlassen, wonach keine Beteiligungen der Gläubigerin mehr offen seien. Eine Konkursandrohung habe sie nicht erhalten (act. 2 S. 3). Gemäss Zustellbescheinigung des Betreibungsbeamten wurde der Schuldnerin die Konkursandrohung am 2. April 2019 zugestellt (act. 8/2). Am 17. Juni 2019

- 3 - nahm sie zudem die Vorladung für die auf den 26. August 2019 angesetzte Verhandlung vor dem Konkursgericht entgegen (act. 8/6). Darin wurde der Schuldnerin die Höhe der Konkursforderung mitgeteilt und sie wurde (unter anderem) darauf hingewiesen, der Konkurs werde eröffnet, wenn sie nicht spätestens an der Konkursverhandlung durch Urkunden beweise, die Schuld getilgt und die Gerichtskosten bezahlt zu haben (vgl. act. 8/5). Spätestens zu diesem Zeitpunkt musste die Schuldnerin um die noch offene Forderung der Gläubigerin wissen, und es hätte ihr genügend Zeit zur Verfügung gestanden, diese bis zur Konkursverhandlung zu begleichen. Ihr Einwand ist damit unbehelflich.

### **E. 2.1.2**

Weiter führt die Schuldnerin aus, sie habe am 26. August 2019 bei der Vorinstanz angerufen, um sich krankheitsbedingt von der auf diesen Tag angesetzten Konkursverhandlung zu entschuldigen. Sie habe dabei zugesichert, die Konkursforderung im Verlauf der Woche zu bezahlen. Dennoch sei bereits am Mittwoch, 28. August 2019, der Konkurs eröffnet worden. Offenbar sei es zu einem Missverständnis über die Zahlungsfrist gekommen. Eine telefonische Fristansetzung ohne nachfolgende schriftliche Bestätigung, insbesondere mit Hinweis auf die Säumnisfolgen, sei nicht genügend. Die Konkurseröffnung verstosse gegen Art. 52 ZGB und Art. 147 Abs. 3 ZPO (act. 2 S. 3, S. 5). Die von der Schuldnerin eingereichten Telefonlisten zeigen lediglich, dass am 26., 28. und 29. August 2019 Telefonkontakte zwischen der Schuldnerin und der Vorinstanz stattfanden. Über deren Inhalt sagen sie nichts aus (vgl. act. 5/3-5). Gemäss Aktennotiz der Vorinstanz wurde der Schuldnerin am 26. August 2019 mitgeteilt, sie müsse die Forderung noch am selben Tag begleichen (act. 8/8). In einem E-Mail an die Vorinstanz vom 29. August 2019 machte die Schuldnerin geltend, sie habe am Montag mitgeteilt, sie werde am Mittwoch (dem 28. August 2019) zahlen (act. 8/12). Dass die Schuldnerin von einer Zahlungsfrist bis Ende Woche ausging, ist damit nicht glaubhaft. Gemäss dem von der Schuldnerin eingereichten Transaktionsbeleg tätigte sie die Zahlung am 29. August 2019 (act. 8/13). Selbst wenn die Schuldnerin im Vertrauen auf eine Zahlungsfrist bis am Mittwoch, 28. August 2019, zu schützen wäre, wäre die Zahlung somit verspätet erfolgt. Wie erwähnt waren der Schuldnerin die Folgen der nicht rechtzeitigen

- 4 - Zahlung aufgrund der Vorladung zur Konkursverhandlung bekannt (vgl. E. 2.1.1.). Dass die Vorinstanz der Schuldnerin eine kurze Nachfrist für den Zahlungsnachweis gewährte, ändert daran nichts. Die Schuldnerin macht denn auch nicht geltend, sie habe nicht um die Säumnisfolgen gewusst. Von einer rechtzeitigen Zahlung vor der Konkurseröffnung kann damit nicht ausgegangen werden.

### **E. 2.2**

Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkurseröffnung ausserdem aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Hierbei sind auch neue Behauptungen und Urkundenbeweise zulässig, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Diese müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

### **E. 2.3**

Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 518.– nebst Fr. 18.40 (5 % Zins seit 10. Dezember 2018), Fr. 150.– (administrative Kosten), Fr. 9.35 (fällige Zinsen), Fr. 18.30 (weitere Zustellkosten) und Fr. 146.90 Betreuungskosten (act. 3). Die Schuldnerin weist nach, am

### **E. 2.4**

Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Schuldnerin ihre

Gläubiger bei Fälligkeit derer Forderungen befriedigen kann. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden

- 5 - 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. Absehbare Veränderungen, die der Schuldnerin die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist. 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 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 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). Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016).

#### **E. 2.4.1**

Die Schuldnerin trägt zusammengefasst vor, die Arbeiten, die sie erbringe, seien werkvertraglicher Natur. Sie sei vorleistungspflichtig und erhalte erst bei Ablieferung Lohn. Dadurch könne es zu temporären finanziellen Engpässen kommen, wenn die Bezahlung von Ausständen grösserer Debitorenkunden erst verspätet erfolge, Kreditoren jedoch aufgrund von Fälligkeit zu bezahlen seien. Mit ihrem Kontoguthaben und den zu erwartenden Debitoreneingängen sei sie in der Lage, die offenen Schulden innert absehbarer Zeit zu begleichen. Ihre laufenden Verpflichtungen setzten sich hauptsächlich aus dem Lohn für ihren Mitarbeiter von monatlich Fr. 5'500.– netto, dem Mietzins für die Privatwohnung und Geschäftsräumlichkeiten von monatlich Fr. 3'225.– inkl. Bastelraum und Garage sowie Ver-

- 6 - sicherungsprämien und Leasingkosten zusammen. Die Schuldnerin sei in der Vergangenheit immer in der Lage gewesen, ihre laufenden Kosten zu decken. Auch die aktuelle Auftragslage sei gut. Mit den kurz- bis mittelfristig zur Verfügung stehenden Mitteln sei es ihr möglich, den bereits zahlbaren, wie auch laufenden geschäftlichen und privaten Verpflichtungen nachzukommen (act. 2).

#### **E. 2.4.2**

Einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit und des Zahlungsverhaltens einer Schuldnerin gibt der Auszug aus dem Betreibungsregister. Der vorgelegte Auszug umfasst den Zeitraum September 2014 bis August 2019. In diesen fünf Jahren sind 18 betriebsrechtliche Ereignisse mit einer Forderungssumme von insgesamt Fr. 40'692.60 verzeichnet; Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/1). Frühere Konkursöffnungen sind dem Handelsregisterauszug nicht zu entnehmen (act. 6). 14

Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 19'679.15 wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt (act. 5/1). Die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt (E. 2.3.). Drei Betreibungen aus dem Jahr 2019 über Forderungen von insgesamt Fr. 20'336.10 sind noch offen (act. 5/1). Aus der eingereichten Kreditorenliste per 3. September 2019 ergeben sich ausserdem 27 offene Kreditoren im Betrag von insgesamt Fr. 34'848.90 (act. 5/29). Somit ist von aktuell noch offenen Schulden bestehend aus Betreibungsforderungen und Kreditoren von insgesamt Fr. 55'185.– auszugehen. Dass die Schuldnerin bereits Betreibungsschulden von knapp Fr. 20'000.– abzutragen vermochte, ist bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit zu ihren Gunsten zu werten.

#### **E. 2.4.3**

Gemäss der Erfolgsrechnung des Jahres 2017 wurde bei einem Gesamtumsatz von Fr. 280'820.– ein Betriebsergebnis von Fr. 114'208.97 erzielt, welchen Betrag die Schuldnerin als Lohn versteuerte (act. 5/9-10). Die Schuldnerin führt aus, für das Jahr 2018 und 2019 seien noch keine Jahres- bzw. Zwischenabschlüsse erstellt. Sie habe in diesen Jahren ihren Umsatz aber erheblich steigern können. Dies insbesondere auch, da sie seit dem Jahr 2018 zusätzlich zu

- 7 - eigenen Aufträgen noch bei der D.\_\_\_\_\_ AG als Unterakkordantin im Stundenlohn arbeite, wobei geringere Fremdkosten und Aufwendungen anfielen (act. 2 S. 7 ff.). Als Belege reicht sie Debitorenlisten sowie Kontoauszüge der Jahre 2018 und 2019 ein (act. 5/11-13; act. 5/15-19). Aus der Debitorenliste des Jahres 2018 ergibt sich, dass die Schuldnerin Rechnungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 405'621.45 brutto stellen konnte. Hier von sind Rechnungen im Betrag von Fr. 10'360.– brutto mit "Entwurf", "storniert" oder "überfällig" markiert. Die restlichen Rechnungen tragen den Status "bezahlt" (act. 5/11). Daraus ergibt sich, dass für das Jahr 2018 Rechnungen in der Höhe von Fr. 395'261.– brutto gestellt und bezahlt wurden, wovon jedoch einige Zahlungen erst im Jahr 2019 eingingen, wie aus den Kontoauszügen ersichtlich ist (vgl. act. 5/19/1-3). Im Jahr 2019 hat die Schuldnerin gemäss Debitorenliste bis zum 3. September 2019 Rechnungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 347'916.25 brutto gestellt, wovon Fr. 70'874.55 noch offen sind (act. 5/15). Die für die Arbeit als Unterakkordantin bei der D.\_\_\_\_\_ AG in Rechnung gestellten Beträge sind in den Debitorenlisten bereits aufgeführt und daher nicht zusätzlich zu berücksichtigen (vgl. act. 5/22-23). Die Debitorenlisten sprechen für einen konstanten Geschäftsgang. Die Schuldnerin erscheint laufend Aufträge zu erhalten und Zahlungseingänge verbuchen zu können. Ausserdem weisen sie auf eine Umsatzsteigerung gegenüber dem Jahr 2017 hin.

#### **E. 2.4.4**

Massgebend für die Beurteilung der finanziellen Lage des Unternehmens ist jedoch nicht einzig der Umsatz, sondern eine Gegenüberstellung zwischen Einnahmen und Ausgaben. Diesbezüglich ergeben die eingereichten Kontoauszüge ein vollständigeres Bild. Die Schuldnerin verfügt über ein Geschäftskonto sowie ein Privatkonto bei der E.\_\_\_\_\_ [Bank]. Sie führt aus, alle geschäftlichen und privaten Zahlungen würden über das Geschäftskonto abgewickelt, was bei Durchsicht der in den Geschäftskontoauszügen aufgeführten Positionen als glaubhaft erscheint (act. 2 S. 7 f.; act. 5/13/1-4; act. 5/19/1-3). Den Kontoauszügen des Jahres 2018 lassen sich

- 8 - Gutschriften von insgesamt Fr. 365'866.57 und Belastungen (inkl. Privatausgaben) von Fr. 408'218.40 entnehmen (act. 5/13/1-4). Im Jahr 2019 erfolgten bis am 3. September 2019 Zahlungseingänge von Fr. 318'625.60 und Belastungen (inkl. Privatausgaben) von Fr. 307'848.20 (act. 5/19/1-3). Nachdem im Jahr 2018 die Ausgaben der Schuldnerin ihre Einnahmen um einiges überstiegen, scheint sich die finanzielle Lage der Schuldnerin im Jahr 2019 wieder stabilisiert zu haben, und sie vermochte genügend Einnahmen zu generieren, um die laufenden geschäftlichen sowie privaten Kosten vollständig zu decken.

#### **E. 2.4.5**

Per 2. September 2019 wies das Geschäftskonto bei der E.\_\_\_\_\_ einen Kontostand von Fr. 24'565.71 aus; das E.\_\_\_\_\_ Privatkonto einen Negativsaldo von Fr. 1'283.05 (act. 5/19/1; act. 5/28). Damit stehen der Schuldnerin aktuell flüssige Mittel von insgesamt rund Fr. 23'280.– zur Verfügung. Die eingereichten Debitorenlisten zeigen Debitorenausstände von insgesamt rund Fr. 73'300.– brutto. Hiervon ist eine Forderung der Schuldnerin von Fr. 2'504.15 brutto seit mehr als einem Jahr überfällig (act. 5/11; act. 5/15). Es ist nicht davon auszugehen, dass diese Rechnung in absehbarer Zeit bezahlt werden wird. Die restlichen Forderungen werden bis Ende September fällig, weshalb in nächster Zeit mit entsprechenden Zahlungseingängen gerechnet werden darf. Die Schuldnerin macht geltend, bis Ende Jahr stünden weitere Aufträge an, aus denen ein Umsatz von Fr. 141'200.– zu erwarten sei. Zudem werde zur Zeit eine Offerte für den Umbau des F.\_\_\_\_\_ ...-strasse im Umfang von Fr. 160'000.– erstellt (act. 2 S. 11). Belegt ist einzig ein Werkvertrag mit der G.\_\_\_\_\_ AG über eine Auftragssumme von Fr. 9'044.65 (act. 5/27/1). Bei den im Übrigen eingereichten Unterlagen handelt es sich nur um Angebote, welche bereits abgelaufen sind (vgl. act. 5/27/1). Das von der Schuldnerin behauptete zukünftige Auftragsvolumen ist damit nicht ausreichend glaubhaft gemacht.

#### **E. 2.4.6**

Gesamthaft erwecken die eingereichten Unterlagen aber den Eindruck, dass die Schuldnerin nunmehr die laufenden Verpflichtungen durch ihre Einnahmen bedienen kann und mit dem vorhandenen Kontoguthaben und den zu erwartenden Debitoreneingängen über genügend Mittel verfügt, um die aufgelaufenen

- 9 - Schulden innert nächster Zeit abtragen zu können. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erscheint damit im heutigen Zeitpunkt jedenfalls wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin. Das Konkursbegehren der Gläubigerin ist abzuweisen. Die Schuldnerin ist indessen darauf hinzuweisen, dass bei einer neuerlichen Konkurseröffnung an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären. 3. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteienschädigungen sind mangels erheblicher Umtriebe der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen. Es wird erkannt:

#### **E. 4**

September 2019 bei der Obergerichtskasse Fr. 860.95 einbezahlt zu haben (act. 5/6). Mit dieser Zahlung ist die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Betreibungskosten gedeckt. Ferner belegt die Schuldnerin beim Konkursamt Wallisellen die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt zu haben

(act. 5/8).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.