

ZH_OBERGERICHT PS190159 vom 8. Oktober 2019

ZH Obergericht, 2019-10-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS190159

FR: ZH_OBERGERICHT PS190159 du 8 octobre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT PS190159 del 8 ottobre 2019

Erwägungen

E. 5

% Zins seit September 2018, Fr. 285.– Verzugsschaden, Fr. 20.– Bonitätsprüfung und Fr. 146.60 Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 8 = act. 9/10). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 13. September 2019 (gleichentags überbracht) rechtzeitig (vgl. act. 9/11) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). 1.2. Mit Verfügung vom 16. September 2019 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und die Schuldnerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist verbessern könne (act. 10). Die Schuldnerin reichte daraufhin innert Frist am 20. September 2019 eine Eingabe (act. 12) sowie diverse Unterlagen ein (act. 13/8-18). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-11). Die Sache erweist sich als spruchreif. 2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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 hindernde Gründe (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 hinterlegte bei der Obergerichtskasse am 16. September 2019 einen Betrag von Fr. 25'250.– (act. 16). Dieser Betrag deckt die Konkursfor-

- 3 - derung sowie die damit verbundenen weiteren Forderungen ebenso wie die Betreuungskosten, die sich insgesamt auf Fr. 1'671.95 belaufen. Ausserdem leistete die Schuldnerin beim Konkursamt Bassersdorf einen Vorschuss von Fr. 700.–, der nach der Bestätigung des Konkursamtes ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamtes sicherzustellen (act. 5/4). Im Übrigen überwies die Schuldnerin der Obergerichtskasse am 16. September 2019 Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 16). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach. 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

- 4 - 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Die Schuldnerin bezweckt im Wesentlichen die Beratung und Vermittlung von Versicherungen und Krediten (act. 5/2 und act. 6), hauptsächlich vermittelt sie Krankenkassen (act. 2 Rz 5). Sie beschäftigt 18 Mitarbeiter (act. 13/9); zudem sind auch Dritte als Versicherungsmakler gegen Provision für sie tätig (act. 2 Rz 5, vgl. auch act. 13/9). Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung ist C._____ (act. 5/2 und act. 6). Er löste im Juli 2018 den früheren Geschäftsführer D._____ ab (vgl. auch act. 5/2 und act. 6); dieser habe buchhalterisch "ein Chaos" hinterlassen (act. 12 S. 2). Konkretere Angaben zum Grund ihrer Zahlungsschwierigkeiten bzw. weshalb es zu Betreibungen kam, macht die Schuldnerin jedoch nicht. Lediglich zur Konkursforderung erklärt sie, aufgrund blosser Nachlässigkeit des aktuellen Geschäftsführers und einer längeren Ferienabwesenheit habe er es verpasst, gegen die an sich bestrittene Forderung Rechtsvorschlag zu erheben und sich mit der Gläubigerin aussergerichtlich bzw. -behördlich zu einigen. Ausserdem habe der Geschäftsführer fälschlicherweise angenommen, der Kostenvorschuss würde nicht geleistet, sodass er genügend Zeit haben werde, sich in einem späteren Zeitpunkt mit der Gläubigerin auseinandersetzen zu können (act. 2 Rz 6). 4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug. Daraus ergibt sich vorliegend, dass die ersten von insgesamt elf Betreibungen im August 2018 eingeleitet wurden, also kurz nach Abgabe des Geschäfts durch den früheren Geschäftsführer. Dies lässt die Ausführungen der Schuldnerin zum Grund ihrer Zahlungsschwierigkeiten als glaubhaft erscheinen, ist es doch durchaus nachvollziehbar, dass bei der Übernahme einer ungeordneten Buchhaltung Forderungen untergehen und es in der Folge zu Betreibungen kommt. Vier Betreibungen von gesamthaft Fr. 7'505.85 erloschen durch Zahlungen an das Betreibungsamt oder an die entsprechenden Gläubiger. Am 12. September 2019 noch offen waren – abgesehen von der Konkursforderung – sechs Betreibungen mit einem Totalbetrag von Fr. 45'946.90. Bei drei Betreibungen im Umfang von Fr. 21'013.90

- 5 - erfolgten dabei bereits Konkursandrohungen, sodass sie dringendst zu bezahlen sind, gegen eine Betreibung über Fr. 24'833.– wurde Rechtsvorschlag erhoben und die restlichen zwei Betreibungen über insgesamt Fr. 100.– wurden im September bzw. Dezember 2018 eingeleitet. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind sodann keine registriert (act. 5/3). Die Schuldnerin führt aus, die Forderung der E._____ GmbH über Fr. 24'833.– werde bestritten. Nach Erhebung des Rechtsvorschlages habe diese Gläubigerin nichts weiter unternommen, weshalb der Zahlungsbefehl in Kürze seine Gültigkeit verlieren werde

und vorliegend somit nicht beachtet werden dürfe (act. 2 Rz 7 und 9). Der Zahlungsbefehl datiert vom 3. September 2018 (act. 6) und könnte damit tatsächlich bereits abgelaufen sein (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG). Dass die Schuldnerin die Forderung vollumfänglich bestreitet, wird zudem durch ein entsprechendes Schreiben der Schuldnerin an die E. _____ GmbH vom

E. 10

Juli 2018 bestätigt (vgl. act. 5/6). Allerdings bestehen keine Indizien dafür, dass die Forderung seitens der E. _____ GmbH tatsächlich nicht mehr weiterverfolgt wird. So wäre es etwa im Betreibungsregisterauszug nicht ersichtlich, wenn ein Anerkennungsprozess anhängig wäre. Auch ist gestützt auf die vorliegenden Informationen nicht abschätzbar, ob die Schuldnerin mit ihrem Standpunkt, der fragliche Betrag sei nicht geschuldet, richtig liegt oder ob sie die bestrittene Forderung irgendwann doch wird bezahlen müssen. Es muss entsprechend entgegen der Ansicht der Schuldnerin (vgl. act. 2 Rz 9) vom Bestand der fraglichen Forderung ausgegangen werden. Betreffend die Forderung von Fr. 17'698.80 der F. _____ SA, die sich im Stadium der Konkursandrohung befindet, macht die Schuldnerin geltend, über erheblich höhere Gegenforderungen zu verfügen, die zur Verrechnung gestellt werden könnten. Da über diese Gegenforderungen jedoch eine rechtliche Auseinandersetzung geführt werde, werde die Forderung der F. _____ SA der Einfachheit halber vorliegend anerkannt. Sie sei durch den bei der Gerichtskasse hinterlegten Betrag von Fr. 25'250.– abgegolten (act. 2 Rz 7 und 9, vgl. auch act. 5/7). Ebenfalls mit dem hinterlegten Betrag gedeckt würden die restlichen in Betreuung gesetzten Forderungen (act. 7 Rz 9). Es ist korrekt, dass nach dem Begleichen der

- 6 - Konkursforderung sowie deren Nebenforderungen und der Betreuungskosten noch ein genügend hoher Betrag zur Verfügung steht, um die übrigen in Betreuung gesetzten Forderungen – mit Ausnahme derjenigen der E. _____ GmbH – bezahlen zu können. Es ist damit zusammenfassend von betriebenen, noch ungedeckten Forderungen von Fr. 24'883.– auszugehen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Schuldnerin über ausreichende liquide Mittel verfügt, um diese Forderung begleichen und darüber hinaus auch ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen zu können. 4.4. Über die Vermögenslage der Schuldnerin liegen keine ausführlichen Informationen vor. Insbesondere reichte die Schuldnerin trotz entsprechender Aufforderung (vgl. act. 10) keine Bilanz ein, anhand derer ihre Aktiven und Passiven ermittelt werden könnten. Sie erläutert diesbezüglich jedoch glaubhaft, dass die Jahresrechnung 2018 aufgrund der vom Mitte 2018 ausscheidenden Geschäftsführer hinterlassenen Unordnung in der Buchhaltung noch nicht habe erstellt werden können (act. 12 S. 2). Aus einem Kontoauszug des Firmenkontos bei der G. _____ vom 12. September 2019 ist immerhin ersichtlich, dass die Schuldnerin per 30. August 2019 über ein Guthaben von rund Fr. 210'000.– verfügte (act. 5/5/1 S. 1). Auch wenn sich dieser Saldo inzwischen verringert haben sollte – aus dem erwähnten Kontoauszug geht ebenfalls hervor, dass das fragliche Firmenkonto regelmässig belastet wird (vgl. act. 5/5/1) – ist doch anzunehmen, dass die Schuldnerin auch im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch über einen erheblichen Betrag auf diesem Konto verfügte. Dies insbesondere, weil am 6. September 2019 gestützt auf eine Provisionsabrechnung der H. _____ Schweiz AG (vgl. act. 13/14 sowie act. 12 S. 2) eine Gutschrift von Fr. 188'426.25 erfolgte (act. 5/5/2) und die im Kontoauszug ersichtlichen Belastungen auch auf einen halben Monat hochgerechnet nicht höher als das Ende August 2019 vorhandene Guthaben sein dürften. Gemäss der Schuldnerin besteht zudem bei der H. _____ Schweiz AG ein

latentes Guthaben von Fr. 107'000.– und bei der I. _____ ein solches von Fr. 103'000.–. Diese Beträge würden als Sicherheit dienen und daher einstweilen zurückbehalten (act. 12 S. 2). Die entsprechenden Zahlen lassen sich den Provisionsabrechnungen August 2019 entnehmen (act. 13/12/2), allerdings

- 7 - ist darauf hinzuweisen, dass das von der I. _____ zurückbehaltene Guthaben auch bei den Debitoren aufgelistet wird (vgl. sogleich E. 4.5). 4.5. Die Schuldnerin reichte eine vom Geschäftsführer am 19. September 2019 unterzeichnete Liste ihrer Debitoren per 31. August 2019 ein. Aufgeführt sind Forderungen gegenüber der F. _____ SA von Fr. 300'000.–, der I. _____ von Fr. 102'637.80 und der J. _____ AG von Fr. 80'000.–, insgesamt folglich Fr. 482'637.80 (act. 13/8). Da es sich bei den von der I. _____ geschuldeten rund Fr. 103'000.– um eine Kautionshandlung handelt, ist von Debitoren von Fr. 380'000.– auszugehen. Zu den Kreditoren findet sich eine handschriftliche Anmerkung des Geschäftsführers, es gebe keine, "da laufend monatliche Rechnungen bezahlt werden" (act. 13/8, vgl. auch act. 12 S. 2). Diese Anmerkung ist wohl so zu werten, dass – abgesehen von den betriebenen Forderungen – nach Ansicht der Schuldnerin keine älteren Schulden vorhanden sind, die noch abbezahlt werden müssten. Belege für diese Angaben liegen jedoch keine vor, sodass nicht ausgeschlossen werden kann, dass noch weitere Schulden bestehen. 4.6. Um einen Eindruck über den Geschäftsgang der Schuldnerin zu erhalten, wäre eine Erfolgsrechnung aufschlussreich gewesen. Da noch keine Aktuelle vorliegt (vgl. E. 4.4), reichte die Schuldnerin von ihrem Geschäftsführer am 19. September 2019 unterzeichnete Aufstellungen über Erträge und Aufwände der Monate Juni bis August 2019 ins Recht (act. 13/10-12). Die darin gemachten Angaben sind teilweise belegt. So liegen betreffend die Einnahmen etwa die Provisionsabrechnungen vor, welche Provisionen von insgesamt Fr. 487'416.90 im Juni 2019 (act. 13/10/2), Fr. 397'574.45 im Juli 2019 (act. 13/11/2) sowie Fr. 235'135.40 im August 2019 (act. 13/12/2) ausweisen. Dass diese Zahlungen tatsächlich erfolgten, ist zwar lediglich in einem Fall – eine Zahlung der I. _____ im Juni 2019 über Fr. 121'989.10 – mittels einer Kontobuchung klar belegt (vgl. act. 13/10/2). Allerdings darf angesichts dessen, dass es sich bei den Provisionsschuldnern um namhafte, grosse Gesellschaften handelt, davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden Beträge der Schuldnerin tatsächlich zugegangen sind. Auch unterscheidet die Schuldnerin selbst klar zwischen bereits erfolgten Zahlungseingängen und noch

- 8 - geschuldeten Guthaben. So merkt sie beim Monat August 2019 explizit an, die ihr von der I. _____ für diesen Monat geschuldete, aber noch zurückbehaltene Provision von Fr. 102'637.80 werde nicht als Einnahme aufgelistet, sondern bei den Debitoren aufgeführt (act. 13/12/1-2 sowie act. 13/8). Den Einnahmen stehen monatliche Ausgaben von Fr. 214'911.60 im Juni 2019, Fr. 253'401.70 im Juli 2019 und Fr. 234'196.97 im August 2019 gegenüber. Der grösste Posten sind Löhne und Maklerprovisionen von total Fr. 114'973.15 bzw. Fr. 164'451.45 bzw. Fr. 169'848.72, wobei sich die unterschiedlich hohen Zahlen durch die schwankenden, weil umsatzabhängigen Provisionen erklären. Weiter werden im Wesentlichen Abgaben an Sozialversicherungen geleistet und verhältnismässig kleine Ausgaben für Büroräumlichkeiten und ein Fahrzeug getätigt, ferner nicht näher erläuterte Zahlungen "Lead Generation" zwischen Fr. 80'000.– und Fr. 50'000.– monatlich (act. 13/10/1, act. 13/11/1 und act. 13/12/1). Die Lohn- und Provisionsaufwände sind durch die entsprechenden Abrechnungen detailliert aufgeschlüsselt (vgl. act. 13/10/3, act. 13/11/3 und act. 13/12/3) und dem Kontoauszug des Firmenkontos bei der G. _____ vom

September 2019 lässt sich entnehmen, dass zumindest im August 2019 gewisse Lohnzahlungen und Sozialversicherungsabgaben erfolgt zu sein scheinen (vgl. act. 5/5/1). Ferner ist die Höhe der Mietzinsen durch entsprechende Rechnungen belegt (act. 13/13/1-2). Insgesamt erscheinen die Ausgabenposten und deren Höhe – soweit anhand der vorliegenden Informationen beurteilbar – als realistisch. Da Ausgaben zudem zu Ungunsten der Schuldnerin ausfallen und die wichtigsten Positionen teils belegt sind, ist von der geltend gemachten Höhe abzugehen. Anhand der dargelegten Einnahmen und Ausgaben ergeben sich monatliche Überschüsse von bis zu Fr. 270'000.–. Selbst im August 2019 resultierte eine schwarze Null (nach Eingang der noch geschuldeten Provision wären es rund Fr. 103'000.–). Darauf werden noch Steuern zu bezahlen sein, wie die Schuldnerin selbst ausführt (vgl. act. 13/10/1, act. 13/11/1 und act. 13/12/1), es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die laufenden Einnahmen der Schuldnerin ihre Ausgaben übersteigen. Im Juli und August 2019 wurden im Vergleich zum

- 9 - Juni 2019 zwar geringere Einnahmen erzielt, doch erklärt die Schuldnerin diesen Umstand glaubhaft mit der in der Krankenversicherungsbranche üblicherweise herrschenden Sommerflaute (act. 12 S. 2). Entsprechend ist nicht davon auszugehen, dass sich die Einnahmen in den kommenden Monaten weiter verringern werden. 4.7. Die Beilagen 15 bis 18 (act. 13/15-18), welche die Schuldnerin vertraulich behandelt haben will und die nicht an die Gläubigerin herausgegeben werden sollen (act. 12 S. 1), enthalten keine für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit wesentlichen Informationen. Wie die Schuldnerin selbst ausführt (vgl. act. 12 S. 1), handelt es sich um Angaben zu den einzelnen Versicherungsabschlüssen, die zu den geltend gemachten Provisionen führen. Die fraglichen Unterlagen brauchen für den vorliegenden Entscheid nicht verwendet zu werden. 4.8. Auch wenn nur recht dürftige Angaben zur finanziellen Lage der Schuldnerin vorhanden sind, entsteht doch der Eindruck, dass die Schuldnerin grundsätzlich in der Lage ist, ihre Schulden zu tilgen. So verfügt sie über flüssige Mittel, mit denen sie nicht nur die potentiell bestehende, noch nicht gedeckte betriebene Schuld der E. _____ GmbH decken kann, sondern auch weitere Schulden – sofern solche überhaupt vorhanden sind – tilgen könnte. Dies umso mehr, also in nächster Zeit noch Zahlungseingänge von rund Fr. 380'000.– zu erwarten sind. Zudem führt die Schuldnerin zu Recht an, sie hätte kaum innert kurzer Zeit nicht nur die Konkursforderung, sondern auch weitere laufende Betreibungen decken und die diversen mit dem Konkursverfahren verbundenen Kostenvorschüsse inklusive eines Anwaltskostenvorschusses leisten können, wenn ihr keine liquiden Mittel zur Verfügung gestanden hätten (act. 2 Rz 12). Sie erzielte zudem zumindest in den letzten drei Monaten vor Konkurseröffnung Einnahmen, welche ihre Ausgaben überstiegen und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich dies in Zukunft ändern wird. Es kann also auch davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen kann. Angesichts des glaubhaft gemachten Umstandes, dass die Betreibungen entweder bestrittene Forderungen betreffen – dies kann nicht als Zeichen für eine Zahlungsunfähigkeit gewertet werden, kann solches doch auch einem florieren-

- 10 - den Unternehmen passieren – oder mit dem Abgang des früheren Geschäftsführers und dem von ihm verursachten Durcheinander in der Buchhaltung zusammenhängen und keine früheren Verlustscheine oder Konkurseröffnungen vorliegen, können die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin als vorübergehend qualifiziert werden. Negativ fällt zwar ins Gewicht, dass auch einige sehr geringe Forderungen betrieben wurden und es doch zu einigen Konkursandrohungen kam, doch erhob die Schuldnerin andererseits nicht

systematisch Rechtsvor- schlag, tilgte gewisse der in Betreuung gesetzten Forderungen bereits vor Kon- kurseröffnung und stellte die Mittel zur Verfügung, um auch die übrigen in Betrei- bung gesetzten Forderungen – sofern nicht bestritten – zu decken. Dies spricht dafür, dass die Schuldnerin darum bemüht ist, ihre Gläubiger zu befriedigen. Im Übrigen ist die Anzahl der Betreibungen, zu der es insgesamt kam, eher gering. Die Schuldnerin erscheint zusammenfassend nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid und ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit kann nicht ausgeschlossen werden. Die Zahlungsfähigkeit ist damit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfä- higkeit. Es ist jedoch nicht zu verhehlen, dass es sich um einen Grenzfall handelt, vor allem weil die Schuldnerin nur dürftige Angaben macht. Die Schuldnerin ist darauf hinzuweisen, dass im Fall einer neuerlichen Konkursöffnung an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären. 5. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöff- nungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels Umtrie- ben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

- 11 - Es wird erkannt:

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