

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110123-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti
Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 8. August 2011

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirkes
Winterthur vom 20. Juni 2011 (EK110120)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 20. Juni 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur für eine Forderung von Fr. 2'190.75 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 2). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragt diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Gleichzeitig reichte sie diverse Unterlagen zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 1, act. 5/5-17). Am 25. Juli 2011 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

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 einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Erhebung der Beschwerde hinterlegte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in Höhe von Fr. 2'190.75 (act. 5/3). Damit liegt der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung vor (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Sodann stellte sie die zweitinstanzlichen Gerichtskosten in Höhe von Fr. 750.-- sowie die allfälligen Kosten des Konkursamtes sicher (act. 5/3-4). Die Schuldnerin nahm am 29. Juli 2011 unaufgefordert Stellung zur Beschwerde und verzichtete auf die Durchführung des Konkurses, vorausgesetzt, der hinterlegte Betrag und der von ihr der Vorinstanz geleistete Kos-

tenvorschuss würden ihr vollständig zurückerstattet (act. 12). Diese Verzichtserklärung ging allerdings nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bei der Kammer ein.

4. Überdies hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes C._____ (act. 5/13) wurden seit 1. Januar 2009 bis 29. Juni 2011 31 Beteiligungen eingeleitet, wovon eine erloschen und 22 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen bei der Obergerichtskasse zugunsten der Gläubigerin hinterlegt. Damit sind gegenwärtig noch sieben Beteiligungen von total Fr. 37'617.60 offen. Entgegen der Darstellung der Schuldnerin bestehen seitens der D._____ Forderungen von Fr. 20'737.60 (Beteiligungen Nr. ..., ..., ... und ...) und nicht bloss von Fr. 10'418.80. In der Beteiligung Nr. ... der E._____ sind nach geleisteten Teilzahlungen offenbar noch ca. Fr. 1'900.-- (wohl inkl. aufgelaufene Zinsen) offen (act. 1 S. 6, act. 5/16). In der zweiten Beteiligung der E._____ (Beteiligung Nr. ...) erfolgten bis

anhin keine Zahlungen. Die Schuldnerin ersuchte sowohl die D. _____ als auch die E. _____ um Ratenzahlungen (act. 5/14); ob inzwischen Abzahlungsvereinbarungen getroffen oder bereits Raten erbracht worden sind, ist indes offen. Zur Betreuung Nr. ... der Gläubigerin äussert sich die Schuldnerin nicht, weshalb hier ebenfalls keine Zahlungen anzunehmen sind. Somit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von Fr. 29'575.20.

b) Die Schuldnerin reichte keine Kreditorenliste ein. In der Bilanz per 31. Dezember 2010 erscheinen kurzfristige Verbindlichkeiten inklusive transitorischen Passiven und Rückstellung für Garantearbeiten von Fr. 56'384.85 (act. 5/8). Der Unterschied zwischen Bilanz und Betreibungsregister dürfte auf die unterschiedlichen Stichdaten und allenfalls noch nicht betriebene Forderungen sowie die erwähnte Rückstellung zurückzuführen sein. Zugunsten der Schuldnerin ist anzunehmen, dass die Fr. 56'384.85 nicht zusätzlich zu den bereits erwähnten Ausständen anfallen. Die Schuldnerin macht geltend, ihre finanziellen Probleme seien auf Privatentnahmen des Geschäftsführers und Hauptgesellschafters F. _____ in Höhe von Fr. 80'000.-- seit der Firmengründung zur Tilgung seiner privaten Altlasten zurückzuführen (act. 1 S. 5 f.). Der Schuldnerin erschien daraus jedoch keine Forderung gegenüber F. _____ zu erwachsen, ansonsten eine solche in den Abschlüssen per Ende 2009 und 2010 erscheinen müsste. Dagegen ist unter "Übrige langfristige Verbindlichkeiten" ein Kontokorrentguthaben zugunsten von F. _____ von ca. Fr. 24'000.-- bzw. Fr. 27'000.-- bilanziert. Ferner ist unter "Aktive Rechnungsabgrenzung" die Position "KK F. _____ Einzelfirma" mit einem Negativsaldo von Fr. 58'588.50 aufgeführt. Demnach scheint die Schuldnerin eine Verpflichtung gegenüber F. _____ zu haben, welche allerdings aufgrund seiner Nähe zur Schuldnerin nicht kurzfristig zurückzuzahlen sein dürfte. Anhaltspunkte für zusätzliche namhafte Verpflichtungen liegen keine vor, zumal die Schuldnerin gemäss dem eingereichten Kontoauszug der G. _____ [Bank] ihr Material offenbar zum Grossteil gegen Barbezahlung bezieht (act. 5/15). Somit hat sie Verbindlichkeiten von mindestens Fr. 29'575.20. Demgegenüber führt sie per 30. Juni 2011 Debitoren in Höhe von ca. Fr. 47'000.-- an (act. 5/11). Es darf davon ausgegangen werden, dass diese Zahlungen innert nützlicher Frist eingehen werden; dies umso mehr, als im erwähnten Kontoauszug regelmässige Gutschriften zu ver-

zeichnen sind. Weiter reichte die Schuldnerin eine Liste mit angefangenen und auszuführenden Arbeiten per 30. Juni 2011 in Höhe von Fr. 107'647.20 ein (act. 5/12). Vorab stellt sich die Frage, ob namentlich bei den nicht mit einem Datum versehenen Posten überhaupt schon Arbeit geleistet wurde. Weiter bleibt angesichts der Daten der verbleibenden Positionen (überwiegend Juli und Oktober 2010 sowie Februar 2011) unklar, weshalb diese Arbeiten - sofern ausgeführt - nicht längst abgeschlossen bzw. fakturiert sind. Ohne nähere Darlegungen kann diese Liste somit nicht zusätzlich berücksichtigt werden. Die Schuldnerin macht ferner erhebliche Mehrwertsteuergutschriften geltend, welche ihr nach Erstellung der effektiven Abrechnung zugehen würden (act. 1 S. 6). Sie unterliess es jedoch, diese Behauptung durch sachdienliche Belege zu untermauern, weshalb solche potentielle Zuflüsse unbeachtet bleiben müssen. Das schuldnerische Konto wies per 7. Juli 2011 ein Guthaben von Fr. 12'996.25 aus (act. 5/15). Die im Abschluss 2010 aufgeführten Vorräte und Sachanlagen sind im Rahmen der Liquiditätsprüfung unbeachtlich, da sie, sofern sie überhaupt einen kurzfristig realisierbaren Wert darstellen, für den Betrieb wohl zwingend erforderlich sind. Dasselbe gilt für das Mietzinsdepot, welches nur bei Auflösung des Mietverhältnisses und auch dann in gegenwärtig nicht bekannter Höhe abrufbar ist. Damit vermögen die flüssigen Mittel und die Debitoren die ausstehenden Verbindlichkeiten selbst dann klar zu decken, wenn man die "Angefangenen Arbeiten" nicht zusätzlich berücksichtigt. Entsprechend beträgt der Liquiditätsgrad II [(liquide Mittel + kurzfristige Forderungen) x 100 / kurzfristiges Fremdkapital] mindestens Ende 2010 sehr gute 183%.

Stellt man gestützt auf die Bilanz dem Fremdkapital (Fr. 83'819.05) die Aktiven (Fr. 98'973.65) gegenüber, so ergibt sich - anders als noch 2009 - eine Deckung. Eine Überschuldung liegt somit nicht mehr vor. Obwohl ihre Guthaben vorab in Debitoren und nicht in vorhandenen flüssigen Mitteln bestehen, ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin ihre Schulden wird abbauen und in Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten wird nachkommen können; dies umso mehr, als nicht alle Kreditoren auf einmal befriedigt werden müssen. Mit ihr ist festzuhalten, dass der Umsatz seit 2008 von Fr. 129'297.10 auf beachtliche Fr. 527'272.55 gesteigert werden konnte (act. 5/6). Die positive Entwicklung setzt sich im laufenden

Jahr fort, wie sich den per 30. Juni 2010 ausgestellten Rechnungen sowie den regelmässigen Eingängen auf dem Geschäftskonto der Schuldnerin entnehmen lässt. 2010 erwirtschaftete sie ferner einen Gewinn von Fr. 32'310.47 im Vergleich zu Fr. 4'621.95 im Vorjahr (act. 5/6). Schliesslich sind nach Angaben der Schuldnerin die privaten finanziellen Schwierigkeiten von F. _____ inzwischen überwunden (act. 1 S. 5 f., act. 5/17).

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich damit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Spruchgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil diese das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Die Stellungnahme der Gläubigerin erfolgte unaufgefordert und war für den vorliegenden Entscheid nicht notwendig. Sie bedeutete ferner keinen erheblichen Aufwand für die Gläubigerin, weshalb dieser keine Entschädigung zuzusprechen ist.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Winterthur vom 20. Juni 2011, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Der Gläubigerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, der Gläubigerin Fr. 2'190.75 (Konkursforderung samt Zinsen und Kosten) auszuzahlen.

5. Das **Konkursamt H._____** wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.-- (Fr. 800.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur und das Konkursamt H._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, je gegen Empfangsschein.
7. 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt: