

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130066-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Oswald.

Urteil vom 8. Mai 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. April 20123 (EK130031)

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil vom 12. April 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 6'346.– einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 9/6 = act. 3). Die Schuldnerin beantragte mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 25. April 2013 die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2).

2. Mit Verfügung vom 26. April 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit 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 (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2. Die Schuldnerin hat in Wahrung der Beschwerdefrist die Konkursforderung von Fr. 6'346.– (einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten) getilgt. Sie hat am 17. April 2013 der Gläubigerin den Betrag von Fr. 15'000.– bezahlt (act. 5/2, 5/4).

Sodann hat sie zuhanden der Obergerichtskasse einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens geleistet (act. 5/2).

Ferner hat die Schuldnerin innert Beschwerdefrist mit einer Einzahlung von Fr. 800.– beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens inkl. der Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (Fr. 300.–) sichergestellt (act. 5/3 = act. 6).

Durch Einreichung der erwähnten Zahlungsbelege (act. 5/2-4, act. 6) hat die Schuldnerin den Konkurs hinderungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) ausreichend nachgewiesen. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 6).

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1. Die Schuldnerin betreibt seit April 2007 einen Montagebetrieb für Metall und Glasfassaden. Sie gibt an, sie sei rentabel und habe in den letzten Jahren Gewinne ausgewiesen (2011: Fr 30'997.40, 2012: Fr. 20'841.10). Anfang 2012

habe sie auf der Montage nebst dem geschäftsführenden Gesellschafter C. _____ noch drei Mitarbeiter beschäftigt. Sie habe deren Bestand im Verlauf des Jahres (ab September 2012) auf einen Angestellten (bis 8. März 2013 E. _____, seit 11. März 2013 F. _____) reduziert. Aufgrund der damit verbundenen Reduktion des Umsatzes sei es für die Schuldnerin schwieriger geworden, die offenen Verpflichtungen, die zum Teil noch proportional zum bisherigen Umsatz bzw. zur bisherigen Lohnsumme gestanden seien, zu erfüllen. Ein weiterer und der wohl wichtigste Grund für den finanziellen Engpass seien allerdings die Privatbezüge von C. _____ zulasten der Schuldnerin. Zudem sei seine Ehefrau D. _____ mit der Administration, deren Besorgung ihre Aufgabe sei, überfordert. Der Überblick sei verloren gegangen bzw. sei weder bei ihr noch bei C. _____ vorhanden gewesen. Schliesslich habe sich auch der lange Winter auf die Umsätze der letzten Monate negativ ausgewirkt (act. 2 S. 4 und 5).

Weiter führte die Schuldnerin aus, die laufenden Verpflichtungen hätten sich in der Zwischenzeit auf einer Höhe eingependelt, die proportional zum Umsatz von ca. Fr. 25'000.– pro Monat bzw. zur Anzahl der angestellten Mitarbeiter seien. D. _____ habe eingesehen, dass sie der Administration nicht gewachsen sei. Die Schuldnerin habe diese der G. _____ GmbH übergeben, die als erste Sofortmassnahme innerhalb der Beschwerdefrist den Abschluss per 31. Dezember 2012 und den Zwischenabschluss per 31. März 2013 erstellt habe und in Zukunft die Schuldnerin eng begleiten wolle, um mit C. _____ die Privatbezüge in den Griff zu bekommen und sein Kontokorrentkonto sukzessive zu reduzieren (act. 2 S. 5).

3.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin vom 15. April 2013 über die Periode vom 1. Januar 2011 bis 15. April 2013 (Betreibungsamt H. _____) weist 17 Betreibungen mit der Totalsumme von Fr. 90'162.20 aus (act. 5/5). Davon wurden 14 Betreibungen zwischen dem 31. Oktober 2011 und dem 31. Januar 2013 durch Bezahlung erledigt. Bezüglich der Betreibungen Nr. ..., ... und ... gibt die Schuldnerin an, diese bezahlt zu haben (act. 2 S. 7). Aus den beiden Schreiben der Stiftung B. _____ vom 19. April 2013 an das Betreibungsamt H. _____ ergibt sich,

dass die Forderungen in den Betreibungen Nr. ... und ... vollständig beglichen wurden (act. 5/4 und 5/8). Die I. _____ bestätigte sodann mit Schreiben vom 16. April 2013, die bis 31. März 2013 fälligen Prämienrechnungen seien bezahlt (act. 5/9), wobei davon auszugehen ist, dass damit auch die Forderung von Fr. 7'278.85, welche die I. _____ am 13. März 2013 in Betreuung setzte, beglichen ist (vgl. act. 5/5).

Zusammenfassend wurde die Schuldnerin in den letzten 2 ½ Jahren zwar 17 mal betrieben, allerdings hat sie die in Betreuung gesetzten Forderungen fortlaufend und vollständig bezahlt. Heute sind keine Betreibungen mehr offen. Dies ist ein Indiz für eine bloss vorübergehende Illiquidität.

3.3. Die liquiden Mittel der Schuldnerin betragen per 31. März 2013 Fr. 4'286.32 (act. 5/15) bzw. per 19. April 2013 Fr. 2'503.81 (act. 5/2). Es ist zwar festzuhalten, dass die Schuldnerin mit diesen aktuellen liquiden Mitteln ihre bestehenden Schulden von Fr. 142'687.84 (act. 5/15) nicht zu begleichen vermag. Indessen ist dies vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Schuldnerin sämtliche in Betreuung gesetzten Schulden getilgt hat und damit lediglich nicht in Betreuung gesetzte Schulden offen sind. Zudem hat sich die Schuld gegenüber dem Kreditor B1. _____ durch die Zahlung von Fr. 15'000.– (act. 5/2) inzwischen auf Fr. 13'305.85 reduziert (vgl. act. 2 S. 8, act. 5/6). Was den Bonus von Fr. 45'262.50 ("KK Löhne" in act. 5/15) für C. _____ betrifft, ergibt sich aus der Beschwerdefrist nicht eindeutig, ob dieser nur noch nicht bezogen oder gar darauf verzichtet wurde (act. 2 S. 8). Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Verbindlichkeiten um diesen Betrag reduziert haben. Es bleibt aber dabei, dass keine in Betreuung gesetzten Schulden mehr zu bezahlen sind.

Per 31. März 2013 standen liquide Mittel von Fr. 4'286.32 und Forderungen von Fr. 238'164.39 kurzfristigem Fremdkapital von Fr. 142'687.84 gegenüber (act. 5/15). Die Anwendung der Formel für die Berechnung der Liquidität 2. Grades (Quick Ratio), d.h. [flüssige Mittel + kurzfristige Forderungen] / kurzfristiges Fremdkapital, ergibt eine Liquiditätskennzahl von 1.7. Dies spricht grundsätzlich dafür, dass die Schuldnerin in der Lage ist, ihre kurzfristigen Verbindlichkeiten zu bezahlen. Die höchste Forderung (Fr. 216'205.47) ist hingegen diejenige gegen-

über C._____ und es ist fraglich, ob es sich dabei um eine kurzfristige Forderung handelt bzw. wie bald dieses Geld der Schuldnerin zur Verfügung stehen wird, um ihre kurzfristigen Verbindlichkeiten bezahlen zu können. Sodann wurde die per 31. März 2013 bestehende Forderung gegenüber der J._____ AG (Fr. 21'600.–) inzwischen bereits beglichen und zur Zahlung insbesondere an die Gläubigerin (Beschwerdegegnerin) verwendet (act. 2 S. 6, act. 5/26). Da die Schuldnerin sich aber von der G._____ GmbH beraten lässt, welche gemäss den glaubhaften Ausführungen der Schuldnerin C._____ dabei unterstützen wird, die Privatbezüge in den Griff zu bekommen und sein Kontokorrentkonto sukzessive zu reduzieren (act. 2 S. 5), ist davon auszugehen, dass sich ein weiterer Liquiditätsengpass vermeiden lässt. Kommt dazu, dass die Schuldnerin einen Vertrag mit der J._____ AG vorlegen konnte, gemäss welchem eine pauschale Werklohnsumme von Fr. 165'000.– vereinbart wurde. Davon hat die J._____ AG bereits Fr. 106'488.– akonto bezahlt und eine weitere Zahlung in der Höhe von Fr. 20'000.– wurde Ende April erwartet. Schliesslich hat die Schuldnerin glaubhaft dargelegt, dass sie ca. Mitte bis Ende Mai 2013 die Schlussrechnung stellen können wird (act. 2 S. 7, act. 5/26).

Die Schuldnerin hat in den letzten beiden Jahren Gewinn gemacht (act. 5/11) und kann damit rechnen, weiterhin Aufträge zu erhalten (act. 2 S. 7, act. 5/27). Der Zwischenabschluss per 31. März 2013 weist zwar einen Verlust von Fr. 18'764.14 auf (act. 5/15). Dies ist aber auch darauf zurückzuführen, dass im Winter Montagearbeiten weniger gefragt sind als in den kommenden wärmeren Monaten (vgl. act. 2 S. 5). Die Schuldnerin selber rechnet für das Jahr 2013 mit einem Umsatz von ca. Fr. 300'000.–. Sie führte dazu aus, der Materialaufwand könne vernachlässigt werden. Die Brutto-Lohnkosten für einen Mitarbeiter im Stundenlohn würden sich aufgrund der saisonalen Schwankungen auf ca. Fr. 60'000.– belaufen, diejenigen für C._____ auf ca. Fr. 90'000.– und für D._____ auf ca. Fr. 20'000.–. Bei gleichbleibenden Fixkosten (Miete Fr. 10'000.–, Leasing und Reparatur Werkzeuge Fr. 10'000.–, Fahrzeugaufwand Fr. 30'000.–, Sachversicherungen, Energie und Entsorgung Fr. 4'000.–, Verwaltungsaufwand Fr. 25'000.–) gehe die Schuldnerin gemäss ihrer Planung von genügend liquiden

Mitteln aus, um einerseits ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und andererseits auch die offenen Kreditoren abzubauen (act. 2 S. 2, act. 5/11).

Die Folgen der Reduktion der Angestellten haben sich eingependelt, die Administration der Schuldnerin wurde von einer Treuhand- und Beratungsfirma übernommen, wobei diese Firma zudem darum besorgt ist, den Kontokorrent des geschäftsführenden Gesellschafters zu reduzieren, und es sind keine Betreibungen mehr offen. Vor diesem Hintergrund besteht eine realistische Chance, dass die Schuldnerin mittelfristig wieder genügend liquide Mittel ausweisen wird, um ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und die offenen Schulden abzubauen.

3.4. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Konkureröffnung Folge eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses war und nicht von einer dauerhaften Illiquidität der Schuldnerin auszugehen ist. Daher ist anzunehmen, dass die Schuldnerin in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann mithin als glaubhaft erachtet werden.

4. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Tilgung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachwies als auch ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft machte. Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und der über die Schuldnerin am 12. April 2013, 9.00 Uhr, eröffnete Konkurs aufzuheben.

III.

1. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Schuldnerin hat die erstinstanzliche Entscheidegebühr - wie erwähnt - beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidegebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 800.–, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'500.–) der Gläubigerin Fr. 1'800.– (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. April 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt K._____ 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 auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt K._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt H._____, je gegen Empfangsschein.
5. 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. Oswald

versandt am: