

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150185-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

Urteil vom 30. November 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 7. Oktober 2015 (EK150386)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 7. Oktober 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin von Fr. 11'575.80 nebst Zins zu 5 % seit 18. Juni 2014, Mahn- und Inkassokosten von Fr. 50.– und Fr. 181.60 Betreuungskosten, abzüglich der geleisteten Zahlung von Fr. 5'220.90 vom 22. August 2014 (act. 3 = act. 8 = act. 9/9).

1.2. Mit Beschwerde vom 21. Oktober 2015 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Beilage diverser Unterlagen (act. 2; act. 5/2; act. 5/4-11). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin für die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits einen Vorschuss von Fr. 800.– geleistet hatte (act. 5/5; act. 11 S. 2). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. 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; BGE 139 III 491).

2.2. Die Schuldnerin belegt, dass sie am 9. Oktober 2015 bei der Vorinstanz einen Betrag von Fr. 7'052.25 zugunsten der Gläubigerin einbezahlt hat (act. 5/4), welcher von der Vorinstanz an das Konkursamt Bülach weiter geleitet wurde (act. 9/11; act. 10). Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung von Fr. 11'575.80 nebst 5 % Zins seit 18. Juni 2014 zuzüglich Fr. 50.– Mahn- und Inkassokosten und Fr. 181.60 Betreuungskosten, abzüglich einer geleisteten Zahlung von Fr. 5'220.90 vom 22. August 2014 (act. 9/1). Nach Art. 68 Abs. 2 SchKG ist die Gläubigerin berechtigt, von der Teilzahlung der Schuldnerin vom 22. August 2014 vorab die Betreuungskosten zu beziehen. Im Restbetrag von Fr. 5'039.30 ist die Teilzahlung an die offene Forderung anzurechnen. Dies ergibt eine noch offene Forderung der Gläubigerin von insgesamt Fr. 7'063.35. Diese ist durch die Zahlung an das Konkursamt von Fr. 7'052.25 noch nicht vollständig gedeckt. Dadurch, dass die Schuldnerin für die Kosten des Beschwerdeverfahrens Fr. 800.– (anstatt Fr. 750.–) einbezahlte, ist jedoch auch dieser Differenzbetrag sichergestellt. Ausserdem stellte die Schuldnerin am 14. Oktober 2015 beim Konkursamt Bülach die mutmasslichen Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sowie die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts mit einer Zahlung von Fr. 800.– sicher (act. 5/6; act. 10). Dadurch ist der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung gegeben. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

2.3. 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. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten

seien bloss vorübergehender Natur (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.1. Die Schuldnerin ist seit August 2001 im Handelsregister eingetragen. Ihr registrierter Zweck ist die Reinigung von Gebäuden und die Hauswartung (act. 7). Zu ihrer finanziellen Lage lässt die Schuldnerin ausführen, sie beschäftige ca. 15 festangestellte und weitere ca. 15 bis 20 Mitarbeitende im Stundenlohn. Ihre Geschäfte liefen gut. Mit Ausnahme des Jahres 2013 habe sie einen Gewinn erzielt. Die Schuldnerin sei in den letzten Jahren stark gewachsen. Dies sei ihr zum Verhängnis geworden, da dieses Wachstum administrationsseitig nicht mehr habe abgedeckt werden können. Bei den Lohnauszahlungen seien Fehler aufgetreten, was dazu geführt habe, dass die Schuldnerin für die Jahre 2013 und 2014 zu Lohnnachzahlungen von Fr. 80'000.– bzw. Fr. 20'000.– verpflichtet worden sei. Durch diese hohen, nicht budgetierten Nachzahlungen habe die Schuldnerin noch mehr die Übersicht über ihre Zahlungsverpflichtungen verloren. Eine erhebliche Zahl an Betreibungen sei gefolgt. Der von ihr daraufhin neu mandatierte Treuhänder habe die Sanierung ihrer finanziellen Verhältnisse eingeleitet. Leider sei dabei die konkursaushlösende Forderung vergessen gegangen, weshalb versehentlich keine Verhandlungen betreffend Abzahlung mit der Gläubigerin aufgenommen worden seien. Hingegen hätten dank dieser Bemühungen zwischenzeitlich 27 der 44 betriebenen Forderungen beglichen werden können. Trotz der Begleichung von den in Betreuung gesetzten Forderungen von über Fr. 320'000.– im Jahr 2015 weise die Schuldnerin per 30. September 2015 einen Gewinn von knapp Fr. 11'000.– aus. Die Schuldnerin sei bestrebt, ihr gut florierendes Unternehmen weiterzuführen. Die Gesellschafter würden deshalb ein ihnen privat gehörendes Stockwerkeigentum verkaufen. Der Kaufvertrag werde in den nächsten Tagen beglaubigt und der Erlös aus dem Verkauf dieses Privatvermögens werde zur Deckung der Geschäftsverbindlichkeiten verwendet werden (act. 2 S. 4 f.).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Bülach wurden seit Oktober 2010 insgesamt 44 Beteiligungen über einen Gesamtbetrag von knapp Fr. 390'000.– gegen die Schuldnerin eingeleitet. Davon wurden 27 Beteiligungen im Umfang von Fr. 235'813.10 durch Zahlung erledigt (act. 5/8; Code 105 und 106). Weitere sechs Beteiligungen im Umfang von rund Fr. 64'595.25 sind erloschen (act. 5/8; Code 501). Die Schuldnerin macht darüber hinaus geltend, die Beteiligung der C._____ GmbH vom 25. August 2015 über Fr. 20'163.75 werde gemäss Zusicherung der Gläubigerin zurückgezogen und reichte eine entsprechende E-Mail-Bestätigung der Gläubigerin ein (act. 2 S. 5; act. 5/11). Diese Beteiligung ist demnach unberücksichtigt zu lassen. Ebenso nicht mehr zu berücksichtigen ist die hinterlegte Konkursforderung. Des weiteren führt die Schuldnerin aus, die Forderung von D._____ über Fr. 2'367.50 beruhe auf einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit und werde bestritten (act. 2 S. 5). Diese nicht weiter substantiierte Bestreitung der Schuldnerin genügt indes nicht, um vom Nichtbestand dieser Forderung ausgehen zu können. Insgesamt ist damit von noch offenen in Beteiligung gesetzten Forderungen im Umfang von rund Fr. 55'900.– auszugehen. Dabei wurde in drei Beteiligungen erst das Beteiligungsbegehren gestellt bzw. der Zahlungsbefehl zugestellt (Code 101 und 102; Gesamthöhe Fr. 35'781.30), in zwei Beteiligungen Rechtsvorschlag erhoben (Code 104; Gesamthöhe Fr. 12'773.–), und in vier Beteiligungen bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt bzw. die Konkursandrohung zugestellt (Code 201 und 207; Gesamthöhe Fr. 7'352.70).

2.3.3. Die Schuldnerin reichte weder eine Kreditoren-/Debitorenliste noch Kontoauszüge ein. Die eingereichte Zwischenbilanz per 30. September 2015 weist auf der Vermögensseite flüssige Mittel von Fr. 20'926.– und Forderungen von Fr. 310'150.– aus (act. 5/7). Mit den ausgewiesenen flüssigen Mitteln ist die Schuldnerin in der Lage, die aktuell dringendsten Verpflichtungen, mithin die sich im Stadium des Fortsetzungsbegehren bzw. der Konkursandrohung befindenden Forderungen von Fr. 7'352.70 begleichen zu können. Durch den vorgelegten Entwurf eines Kaufvertrages vermag die Schuldnerin überdies glaubhaft zu ma-

chen, dass die beiden Gesellschafter ein ihnen gehörendes Grundstück demnächst verkaufen wollen bzw. werden, um den Erlös zur Deckung der Geschäftsverbindlichkeiten zu verwenden (act. 5/9). Mit dem prognostizierten Nettoerlös von Fr. 30'000.– bis Fr. 40'000.– wird die Schuldnerin in der Lage sein, den grössten Teil der weiteren noch offenen Betriebsforderungen tilgen zu können. Gemäss der eingereichten Bilanz verfügt die Schuldnerin zudem über offene Forderungen von über Fr. 300'000.–. Die Fälligkeits- und Rechnungsstellungsdaten dieser Debitorenausstände sind zwar nicht bekannt. Zugunsten der Schuldnerin darf aber davon ausgegangen werden, dass sie mit regelmässigen Zuflüssen rechnen kann, die es ihr erlauben, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und auch den Restbetrag der offenen Schulden innert höchstens zwei Jahren abzutragen.

2.3.4. Wie liquid eine Unternehmung als solche ist, lässt sich sodann anhand der Kennzahlen der Bilanz ermitteln. Laut Zwischenbilanz der Schuldnerin per 30. September 2015 steht den flüssigen Mitteln und Forderungen ein kurzfristiges Fremdkapital von Fr. 279'417.– gegenüber (act. 5/9). Ausgehend von den bilanzierten Zahlen ergibt sich ein Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) der Schuldnerin von rund 118 % ($[\text{liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}] \times 100 : \text{kurzfristiges Fremdkapital}$). Diese Kennzahl drückt die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens aus und sollte 100 % ergeben. Vorliegend ist das kurzfristige Fremdkapital durch die flüssigen Mittel und die Forderungen demnach ausreichend gedeckt. Das spricht für eine gute Liquidität der Schuldnerin. Das langfristige Fremdkapital ist mit Fr. 0.– und das Eigenkapital der Schuldnerin mit Fr. 109'851.– bilanziert. Der Eigenfinanzierungsgrad beläuft sich damit auf 28 % ($\text{Eigenkapital} \times 100 : \text{Gesamtkapital}$). Auch dieser liegt im Bereich des Richtwertes von 18 - 30 %, welcher von einer "gesunden Unternehmung" verlangt wird. Ferner darf auch der Umstand, dass die Schuldnerin offene Betriebsforderungen in der Höhe von über Fr. 235'000.– mittlerweile beglichen konnte, als Indiz dafür gelten, dass keine dauerhafte Illiquidität vorliegt. Trotz dieser Zahlungen weist die Zwischenbilanz für die ersten neun Monate des laufenden Geschäftsjahres einen Gewinn von Fr. 11'077.– aus, was ebenfalls positiv zu werten ist.

2.3.5. Insgesamt verbleiben damit zwar gewisse Bedenken an der Liquidität der Schuldnerin. Aufgrund der eingereichten Unterlagen – insbesondere mangels Vorliegen einer Debitoren-/Kreditorenliste und aktuellen Kontoauszügen – lässt sich die finanzielle Lage der Schuldnerin nicht abschliessend beurteilen. Eine Tatsache gilt aber schon dann als glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (Urteil 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Im vorliegenden Fall spricht gewichtig für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin, dass sie innert relativ kurzer Frist einen beträchtlichen Teil der in Betreuung gesetzten Forderungen begleichen konnte. Überdies sprechen die Bilanzkennzahlen der Schuldnerin für ein gesundes Unternehmen. Es erscheint unter diesen Umständen glaubhaft, dass der Liquiditätsengpass der Schuldnerin insbesondere auf die für die Jahre 2013 und 2014 erforderlichen Lohnnachzahlungen zurückzuführen ist. Gestützt auf die bilanzierten flüssigen Mittel und Forderungen sowie den eingereichten Kaufvertragsentwurf für die im Eigentum der Gesellschafter stehende Liegenschaft darf zudem davon ausgegangen werden, dass der Schuldnerin genügend Mittel zur Verfügung stehen, damit sie innert absehbarer Zeit ihre Schulden abbezahlen und gleichzeitig ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können wird. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin erweist sich vor diesem Hintergrund insgesamt als wahrscheinlicher. Ihre Zahlungsfähigkeit ist damit 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.

3. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Kosten beider Instanzen durch die Schuldnerin zu tragen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungsverweigerung verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Oktober 2015, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag von Fr. 800.–, Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu beziehen, Fr. 11.10 an die Gläubigerin auszubezahlen und den Rest der Schuldnerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt Bülach wird angewiesen, den bei ihm hinterlegten Betrag von Fr. 7'052.25 der Gläubigerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Bülach wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bülach, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bülach sowie an die Obergerichtskasse, 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. Kröger

versandt am:
1. Dezember 2015