

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150212-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 7. Dezember 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. November 2015 (EK150340)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 21. Januar 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich von Neubau, Umbau, Zäunen und Gärtnerarbeiten (act. 5).

2. Mit Urteil vom 11. November 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 1'526.40 nebst 5% Zins seit 8. August 2014 und Fr. 179.60 Betreibungskosten (act. 3). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 12. November 2015 zugestellt (act. 7/9/1).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 20. November 2015 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 S. 1).

4. Mit Verfügung vom 23. November 2015 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig setzte die Präsidentin der Schuldnerin eine Frist von 10 Tagen an, um für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen (act. 8).

5. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-9). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (act. 12). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG kann die Konkursöffnung – wie bereits in der Verfügung vom 17. November 2015 erwogen (act. 11) – mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, uneingeschränkt geltend gemacht werden. Zudem können im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG (*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) auch Noven geltend gemacht werden, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkursöffnung auf solche erst nach der Konkursöffnung eingetretene Tatsachen, so hat die Schuldnerin zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./1.).

2. Konkurshinderungsgrund:

2.1 Die Schuldnerin hinterlegte am 20. November 2015 bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 1'802.20 (act. 2 S. 2; act. 4/2, act. 11). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung zuzüglich Zinsen bis zur Konkursöffnung und Betreuungskosten.

2.2 Zudem leistete die Schuldnerin beim Konkursamt Thalwil am 17. November 2015 einen Vorschuss von Fr. 1'000.00, der nach der Bestätigung des Konkursamts ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts bis zur Gutheissung der Beschwerde sicherzustellen (act. 4/3).

Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen. Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2

SchKG (Hinterlegung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin.

3. Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

3.1 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der das Gericht davon überzeugen würde, dass die Sachdarstellung des Schuldners zutrefte, ist nicht nötig.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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 finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

3.2 Betreibungsregisterauszug:

Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reichte einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts Sihltal vom 20. November 2015 zu den Akten (act. 4/1). Dieser weist neben der (sichergestellten) Konkursforderung aus dem Jahr 2014 eine erloschene Betreibung über Fr. 431.60 sowie eine durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigte Betreibung über Fr. 892.70 aus. Aus dem Jahr 2015 sind zum einen vier Betreibungen über total Fr. 3'967.25 vermerkt, welche die Schuldnerin durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigte.

Die 6 weiteren Betreibungen gemäss Registerauszug, die noch nicht bezahlt wurden, betragen total Fr. 8'749.05 (act. 4/1). Die Schuldnerin verweist dazu auf ihr aktuelles Bankguthaben (per 19. November 2015) von Fr. 14'175.97, mit dem sie diese Schulden begleichen könne (act. 2 S. 1, act. 4/1).

Die Schuldnerin zeigt damit auf, dass sie aktuell über genügend liquide Mittel verfügt, um ihre in Betreuung gesetzten Schulden zu begleichen.

3.3 Sanierungskonzept:

Zu ihrer allgemeinen wirtschaftlichen Situation reichte die Schuldnerin im Weiteren eine als "Sanierungskonzept" bezeichnete Sammlung von Unterlagen zu den Akten. Sie erklärt dazu, das Sanierungskonzept liste sämtliche Schulden der GmbH auf, es existierten Abzahlungsvereinbarungen und die Auftragsbestätigungen für das Jahr 2016 seien vorhanden (act. 2 S. 2, act. 4/4/1-7).

Im Einzelnen ergibt sich aus dem Sanierungskonzept der Schuldnerin (act. 4/4) was folgt:

3.4 Erfolgsrechnung und Bilanz:

3.4.1 Das Sanierungskonzept enthält eine vom geschäftsführenden Gesellschafter C._____ unterzeichnete Erfolgsrechnung der Jahre 2013 bis 2015 (bis 20. November 2015, act. 4/4/3). Danach vermochte die Schuldnerin im Jahr 2013 ihre Aufwendungen mit ihrem Ertrag knapp zu decken (Reinverlust nach Steuern von rund Fr. 685.00). Im Jahr 2014 ergab sich bei Erträgen von Fr. 93'726.00 ein Reinverlust von rund Fr. 40'000.00, und im Jahr 2015 bis zum Stichtag bei Erträgen von Fr. 163'797.00 ein Reinverlust von Fr. 17'900.00.

3.4.2 Die (ebenfalls vom Geschäftsführer unterzeichnete) Bilanz der Schuldnerin per 20. November 2015 (act. 4/4/4) umfasst Aktiven von rund Fr. 41'580.00, davon flüssige Mittel und Wertschriften von Fr. 18'229.44 (darin inbegriffen das bereits erwähnte Bankguthaben, welches teilweise zur Deckung der in Betreuung gesetzten Schulden dient; weiter ist auch die nicht sofort verfügbare Mietzinskau-

tion von Fr. 1'200.00 darin inbegriffen). Dazu kommen weiteres Umlaufvermögen von rund Fr. 7'360.00 und ein Anlagevermögen von rund Fr. 16'000.00.

Auf der Passivseite sind unter Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen kurzfristige Schulden von Fr. 58'282.11 aufgelistet (darin inbegriffen die bereits erwähnten betriebenen Schulden) und weitere kurzfristige Verbindlichkeiten (MwSt-Zahllastkonto, transitorische Passiven und eine geringfügige Kontokorrentschuld dem Geschäftsführer gegenüber) von Fr. 21'901.00. Das Total der kurzfristigen Passiven erreicht etwas über Fr. 80'000.00. Insgesamt resultiert ein negatives Eigenkapital von rund Fr. 58'000.00.

3.4.3 Aufgrund der aufgezeigten Bilanzstruktur erscheint die finanzielle Situation der Schuldnerin problematisch. Aktuell decken die gesamten Aktiven das kurzfristige Fremdkapital nicht, wobei noch unberücksichtigt bleibt, dass auf den Sachanlagen der Schuldnerin (die ihr Anlagevermögen ausmachen) im Jahr 2015 soweit ersichtlich bis zum Stichtag keine Abschreibungen vorgenommen wurden (act. 4/4/4, S. 1 der Bilanz). Immerhin ist der Schuldnerin, die inzwischen knapp 3 Jahre lang wirtschaftet, zugute zu halten, dass sie nach den vorstehend aufgezeigten Ertragszahlen ihren Umsatz von 2014 auf 2015 (bis 20. November) nahezu zu verdoppeln vermochte. Ihren hohen Verlust im zweiten Jahr nach der Gründung (2014) konnte die Schuldnerin dadurch im dritten (dem laufenden) Jahr deutlich reduzieren bzw. in der Grössenordnung halbieren. Das rechtfertigt eine vorsichtig positive Prognose über die künftige Geschäftsentwicklung. Vorausgesetzt ist aber, dass die Schuldnerin ihre Schulden in den Griff bekommt bzw. reduziert.

3.5 Budget für das Jahr 2016:

3.5.1 Für die Zukunftsperspektive enthält das Sanierungskonzept ein Budget 2016 (act. 4/4/2), welches zum einen die prognostizierten Einnahmen auflistet, die sich aus den beigelegten Auftragsbestätigungen (act. 4/4/6) ergeben. So ist im Jahr 2016 für die D. _____ AG mit Arbeiten für rund Fr. 73'000.00 zu rechnen, für die E. _____ GmbH mit Arbeiten von rund Fr. 35'000.00 und für die F. _____ AG mit Arbeiten von rund Fr. 60'000.00. Zusätzlich zu den Bestätigungen (also ohne

Beleg) führt die Schuldnerin drei weitere Positionen à Fr. 10'000.00 (zweimal) und Fr. 14'000.00 auf, die sie teils nach Vorjahreszahlen schätzt. Das Total der Einnahmen (exkl. Mehrwertsteuer) erreicht einen Betrag von rund Fr. 190'000.00, wovon immerhin rund Fr. 160'000.00 durch Auftragsbestätigungen untermauert werden. Teilweise nennen die Bestätigungen auch noch in der verbleibenden Zeit des Jahres 2015 (und damit bereits im Winter) anfallende Arbeiten, was den Schluss erlaubt, dass zumindest ein gewisser Umsatz auch im Winter erzielt werden kann. Einnahmen in der Höhe von Fr. 190'000.00 bzw. im monatlichen Durchschnitt Fr. 15'830.00 können damit als glaubhaft eingeschätzt werden. Sie entsprechen in der Grössenordnung den Erträgen des Jahres 2015 gemäss der eingereichten Erfolgsrechnung, wonach per 20. November 2015 Erträge von rund Fr. 163'800.00 erzielt wurden (act. 4/4/3).

Glaubhaft erscheint aufgrund einiger weiter eingereichten Offerten, dass die Schuldnerin sich um zusätzliche Aufträge bemüht, um ihre Erträge zu erhöhen. Es geht um kleinere Arbeiten in der Grössenordnung von total Fr. 15'000.00 (act. 4/4/7). Wie viele dieser weiteren Umsätze die Schuldnerin tatsächlich realisieren kann, ist offen.

3.5.2 Bei den Ausgaben nennt das Budget zum einen Abzahlungen weiterer Schulden ("Altlasten", die noch nicht in Betreuung gesetzt wurden). Der monatliche Betrag von Fr. 7'020.00 setzt sich aus Beträgen von total Fr. 4'020.00 zusammen, welchen Ratenzahlungsvereinbarungen mit den entsprechenden Gläubigern gegenüber stehen (act. 4/4/1, 4/4/5 [mit Ausnahme der Position G._____ ergibt sich neben der Tatsache einer Abzahlungsvereinbarung auch die Höhe der Raten aus den Bestätigungen]). Weitere Fr. 3'000.00 monatlich stellen einen Zahlungsplan der Schuldnerin hinsichtlich definitiv feststehender, aber teils noch nicht fälliger Verpflichtungen gegenüber der Mehrwertsteuer, der Pensionskasse und der Sozialversicherungsanstalt SVA dar (act. 4/4/1).

Die weiteren Aufwendungen werden im erwähnten Budget sehr strikt bemessen. Fremdarbeiten und Materialaufwand werden auf monatlich Fr. 1'500.00 kalkuliert (was pro Jahr Fr. 18'000.00 ergibt, gegenüber rund Fr. 46'000 im Jahr 2015 bis 20. November 2015). Die Schuldnerin erklärt diese Kostenreduktion auf

dem Budget mit der Bemerkung, es sei ein Materialbestand vorhanden, weshalb die Position tiefer angesetzt werde. Ebenso fällt auf, dass die Schuldnerin die Lohnzahlung an ihren Geschäftsführer (und soweit ersichtlich einzigen Angestellten) von Fr. 70'000.00 (im Jahr 2015 bis 20. November 2015) auf rund Fr. 44'000.00 reduziert (act. 4/4/2-3).

Total resultiert (je pro Monat) bei Einnahmen von Fr. 15'833.00 und Ausgaben von Fr. 16'144.00 ein Minus von Fr. 311.00 (act. 4/4/2). Die Schuldnerin gedenkt dieses Minus dadurch wett zu machen, dass sie mit dem auf dem Geschäftskonto verbleibenden Betrag von rund Fr. 5'000.00 (vgl. vorne II./3.2.3) die Schuld gegenüber der SVA (Fr. 2'800.00 für die zweite Jahreshälfte 2015) bereits bezahlt, was das Total der Abzahlungen (und damit das Total der Aufwendungen) um Fr. 600.00 reduziert (vgl. die Bemerkung auf act. 4/4/1 S. 2). Hinzu kommt, dass eine der bereits von Anfang an in die Berechnung einbezogenen Abzahlungsraten (Fr. 150.00 monatlich an die H. _____ AG, vgl. act. 4/4/1) gemäss Abzahlungsvereinbarung erst ab 1. Juni 2016 anfällt (act. 4/4/5). Das verschafft der Schuldnerin etwas zusätzlichen Spielraum. Dessen ungeachtet bleibt es beim Schluss, dass das Budget der monatlichen Ausgaben sehr knapp bemessen ist.

3.6 Fazit

Nach den vorstehenden Ausführungen ist von einer unvorteilhaften finanziellen Lage der Schuldnerin auszugehen. Erschwerend kommt hinzu, dass das Gartenbau- und Baugeschäft, in dem die Schuldnerin tätig ist, in den bevorstehenden Wintermonaten erfahrungsgemäss eher ruhigen Zeiten entgegen geht, bis die Erträge im Frühjahr wieder anziehen. Die Schuldnerin will dieser Situation mit einem rigorosen Sanierungskonzept begegnen, unter anderem mit dem aufgezeigten Verzicht des Geschäftsführers auf einen grossen Teil seines Einkommens. Die Aussichten dieser Sanierung sind nicht einfach zu beurteilen, doch ist immerhin festzuhalten, dass die Schuldnerin ihre zukünftigen Erträge zu einem überwiegenden Teil glaubhaft machte, wenn auch nur im Jahresdurchschnitt und nicht mit Blick auf die nächsten Monate – immerhin sind nach den vorstehenden Erwägungen (vorne II./3.5.1) aber auch im Winter gewisse Umsätze glaub-

haft. Zudem stellt die Schuldnerin sich mit ihrem Budget ihren Verpflichtungen umfassend.

Der Schuldnerin ist es gelungen, mit einem Grossteil ihrer Gläubiger Abzahlungsvereinbarungen zu erzielen, und die vorhandene Liquidität genügt, um die offenen Schulden gemäss Betreibungsregister zu tilgen. Auch wenn für neue laufende Verbindlichkeiten des Geschäftsalltags nur ein sehr geringes Liquiditätspolster übrig bleibt, besteht die realistische Chance, dass die Schuldnerin ihre Schuldensituation regeln kann, wenn sie sich an ihr striktes Budget hält. Die Schuldnerin erscheint daher trotz ihrer schwierigen Situation nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist trotz der aufgezeigten Vorbehalte insgesamt wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit.

4. Die Schuldnerin hat nach dem Gesagten innert der Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über die Schuldnerin am 11. November 2015 eröffnete Konkurs ist 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 Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 1'802.20 (Einzahlung vom 20. November 2015) an die Gläubigerin auszubezahlen.

Das Konkursamt Thalwil ist anzuweisen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'000.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'500.00) der Gläubigerin

Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag ausbezahlen.

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

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 11. November 2015, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (bereits aus dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss bezogen) und des Konkursamtes werden ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 1'802.20 (Einzahlung vom 20. November 2015) an die Gläubigerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Thalwil wird angewiesen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'000.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'500.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Sihltal, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:

8. Dezember 2015