

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160108-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus.

Urteil vom 23. Juli 2016

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und Rechtsanwalt Dr. iur. X2._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 31. Mai 2016 (EK160159)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 31. Mai 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung von Fr. 3'907.05 [recte: Fr. 3'907.55] inklusive Zinsen und Betreuungskosten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Oberwinterthur (act. 3 = act. 7 = act. 8/5).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 9. Juni 2016 samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde (act. 2-5). Sie beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 13. Juni 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 9). Mit Verfügung vom 14. Juni 2016 wurde die Firma der Schuldnerin im Rubrum von "A1. _____ AG" in "A. _____ AG" abgeändert. Die Schuldnerin war versehentlich mit der falschen Firma aufgenommen worden (act. 12). Mit Eingabe vom 20. Juni 2016 (act. 14) legte die Schuldnerin schliesslich weitere Unterlagen ins Recht (act. 15/23-34).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und/oder Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-2 SchKG müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

Die Schuldnerin hinterlegte bei der Rechtsmittelinstanz mit Valuta vom 7. Juni 2016 einen Betrag von Fr. 5'000.– (act. 5/3). Das vermag den offenen Forderungsbetrag von Fr. 3'907.55 (Fr. 3'623.25 + Fr. 107.70 [Zins zu 5 % vom 27. Oktober 2015 bis 31. Mai 2016] + Fr. 30.– [Mahnspesen] + Fr. 146.60 [Betreibungskosten]) sowie die zu erwartende Spruchgebühr für das vorliegende Be-

schwerdeverfahren von Fr. 750.– zu decken. Die Beschwerdeführerin belegte mit einer Bestätigung des Konkursamtes Oberwinterthur-Winterthur zudem, dass die beim Konkursamt bereits entstandenen und noch entstehenden Kosten inklusive der Kosten der Vorinstanz durch einen Barvorschuss der Schuldnerin von Fr. 800.– sichergestellt sind (act. 5/4; act. 16).

Die Schuldnerin konnte somit durch Urkunden die Hinterlegung der Konkursforderung sowie die Sicherstellung der Konkurskosten nachweisen. Damit bleibt nachfolgend ihre Zahlungsfähigkeit zu prüfen.

3.

3.1. 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie indes noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation der Schuldnerin 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 glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin legt dem Gericht einen Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamts Oberwinterthur vom 1. Juni 2016 vor (act. 5/5). Daraus ist ersichtlich, dass – neben der Betreuung, die zur Konkursöffnung führte – nicht weniger als 58 weitere Betreibungen im Zeitraum vom 23. Oktober 2014 bis 27. Mai 2016 über einen Gesamtbetrag von Fr. 625'855.90 gegen die Schuldnerin angehoben wurden. Davon wurden 22 Betreibungen im Umfang von Fr. 198'555.60 durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt. Verlustscheine bestehen keine. Gegen sechs Betreibungen im Betrag von Fr. 62'606.65 hat die Schuldnerin Rechtsvor-schlag erhoben. In acht Betreibungen im Gesamtumfang von Fr. 35'810.05 wurde der Zahlungsbefehl zugestellt. Die Fortsetzung der Betreuung wurde in dreizehn Betreibungen im Umfang von Fr. 220'995.55 eingeleitet. Es bestehen weiter sieben neu eingeleitete Betreibungen im Umfang von Fr. 53'597.05. Über den Status von drei Betreibungen im Gesamtumfang von Fr. 54'291.– schweigt sich das Be-treibungsregister aus. Somit ist momentan (inkl. der Konkursforderung) ein Be-treibungsbetrag von insgesamt Fr. 427'300.30 offen, wobei der Bestand von For-derungen über einen Betrag von Fr. 62'606.65 bestritten wird (act. 2 S. 7). Die Schuldnerin macht weiter geltend, belegt jedoch nicht mit Quittungen oder Zah-lungsanweisungen, dass sie an den offenen Betrag diverse Direktzahlungen an unterschiedliche Betreuungsgläubiger im Umfang von Fr. 21'762.– geleistet habe, welche nicht aus dem Betreibungsregister ersichtlich seien (act. 2 S. 7).

3.3. Zur momentanen Lage führt der Rechtsvertreter der Schuldnerin aus, dass der Vorladung zur Konkursverhandlung bzw. deren Tragweite intern irrtümlicher-weise keine Beachtung geschenkt worden war. Andernfalls wäre der – angesichts der übrigen Ausstände – vernachlässigbare Betrag der Konkursforderung selbst-verständlich bezahlt worden (act. 2 S. 7).

Zur finanziellen Situation führt die Schuldnerin im Wesentlichen aus, dass im Jahre 2014 die Margen für reine Herstellungsbetriebe, wie die Schuldnerin ei-ne gewesen sei, rapide gesunken seien, weshalb sie sich dazu entschlossen ha-be, eine eigene Verkaufsorganisation aufzubauen. Dieser Prozess sei beschwer-licher als erwartet gewesen. Im Jahre 2015 seien weitere einmalige Faktoren hin-

zugekommen, die auf die Liquidität gedrückt hätten: Führungswechsel, Bereinigung von Altlasten, zwei substantielle Verlustgeschäfte wider Erwarten sowie eine personelle Fehlbesetzung in der Verkaufsleitung im Jahre 2016. Als erste Sanierungsmassnahme sei der Personalbestand von 15 auf 10 Mitarbeiter gesenkt worden. Der Betrieb beschäftige zusätzlich nach wie vor drei Lehrlinge (act. 2 S. 8 f.).

Die Schuldnerin führt unter Verweis auf die Debitoren- und Kreditorenliste vom 6. Juni 2016 (act. 5/16) weiter aus, dass ihre Kreditoren momentan Fr. 400'286.– betragen. Die Schuldnerin macht keine Ausführungen dazu, welcher Betrag der Kreditoren bereits im noch offenen Betreibungsbetrag enthalten ist. Ein summarischer Abgleich ergibt Überschneidungen im Umfang von circa Fr. 88'765.– (act. 5/16 S. 2 f. i.V.m. act. 5/5). Es ist mithin neben den noch offenen Betreibungsforderungen von weiteren Verbindlichkeiten im Umfang von mindestens Fr. 311'521.– (Fr. 400'286.– abzüglich Fr. 88'765.–) auszugehen. Über deren Fälligkeitszeitpunkt ist nichts bekannt.

3.4. Die Debitorenausstände der Schuldnerin belaufen sich per 6. Juni 2016 nach eigenen Angaben auf Fr. 266'053 (act. 2 S. 11; act. 5/16). Weiter sei ein in der Debitorenliste nicht geführter Betrag aus dem "Projekt C. _____" von rund Fr. 80'000.– ausstehend, den die Schuldnerin zur Eintreibung nach eigener Darstellung einem Inkassobüro übergeben habe (act. 2 S. 11). Ihre Behauptung unterlegt die Schuldnerin mit drei Rechnungen vom 9., 10. und 12. Juni 2015 (act. 5/18). Weiter sind der Schuldnerin im Zeitraum vom 27. Mai bis 1. Juni 2016 neue liquide Mittel von der Schuldnerin nahe stehenden Personen im Umfang von Fr. 50'000.– zugekommen (act. 15/20-22). Die Schuldnerin macht zudem geltend, über realisierbare Materialvorräte im Wert von rund Fr. 100'000.– zu verfügen (act. 2 S. 12; act. 5/11 S. 3). Sie führt weiter aus, dass der ehemalige Aktionär und Verwaltungsrat D. _____ mündlich die Zusage für ein Darlehen mit Rangrücktritt über Fr. 20'000.– gegeben habe und gegenüber der Bank eine Bürgschaft für Schulden der Schuldnerin in Höhe von Fr. 60'000.– eingegangen sei (act. 2 S.12). Schriftliche Belege fehlen dazu jedoch, weshalb die diesbezüglichen Vorbringen für die Prüfung der Zahlungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden können.

3.5. Die Schuldnerin reichte am 20. Juni 2016 eine neue Eingabe samt Belegen ein und macht neu geltend, dass sie ihren Kreditorenbestand innerhalb weniger Tage um Fr. 34'221.– habe senken können und diverse Gläubiger aufgrund von Sanierungsvereinbarungen auf Forderungen im Umfang von Fr. 127'657.– verzichtet hätten. Zudem hätten zwei Gläubiger telefonisch zugesichert ihre Betreibungen über insgesamt Fr. 26'266.80.– zurückzuziehen (act. 14 S. 2 ff. sowie act. 15/23-34).

Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch müssen Noven, wie sie die Schuldnerin mit ihrer Eingabe vom 20. Juni 2016 geltend macht, innert der Rechtsmittelfrist abschliessend vorgebracht werden. Später eingetretene Tatsachen dürfen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr berücksichtigt werden (BGE 139 III 491, E. 4.4). Vorbehalten bleibt die Fristwiederherstellung nach Art. 33 SchKG. Da die erneute Eingabe der Schuldnerin vom 20. Juni 2016 stammt und auch die neuen Beilagen – mit Ausnahme von drei undatierten Belegen (act. 15/27 sowie act. 15/30-31) – nach dem Ablauf der Rechtsmittelfrist am 13. Juni 2016 datieren, sind diese Dokumente im vorliegenden Verfahren nicht zu beachten.

3.6. Somit resultiert unter Berücksichtigung der aktuellen Debitoren und Kreditoren, abzüglich der Konkursforderung, noch immer ein Ausstand der Schuldnerin von mehreren hunderttausend Franken. Es gilt jedoch zu beachten, dass es der Schuldnerin möglich sein sollte, den Betrag der fortgesetzten Betreibungen und damit die dringlichsten Schulden mit den neu zugeflossenen liquiden Mitteln und den ausstehenden Debitoren zu decken. Über die Fälligkeit der nicht betriebenen Ausstände ist nichts bekannt.

3.7. Zur laufenden Auftragslage führt die Schuldnerin an, dass ihr derzeitiges Auftragsvolumen rund Fr. 610'000.– betrage. Davon habe sie bereits Leistungen im Umfang von Fr. 100'000.– erbracht. Tatsächlich liegen unterzeichnete Verträge bzw. Auftragsbestätigungen über den Zeitraum vom 17. Oktober 2015 bis zum 1. Juni 2016 über das besagte Auftragsvolumen im Recht (act. 5/19). Die Schuld-

nerin hat damit einen offenen Auftragsbestand von Fr. 610'000.– glaubhaft gemacht. Zu den laufenden monatlichen Fixkosten äusserte sich die Schuldnerin im Übrigen nicht konkret (act. 2 S. 2 ff.).

Die Schuldnerin macht weiter geltend, in nächster Zeit mutmasslich einen Grossauftrag der E._____ AG zu akquirieren. Schon nur die Einrichtung eines Ladenlokals würde für die Schuldnerin einen Umsatz in der Höhe von Fr. 30'000.– bis Fr. 80'000.– bedeuten; geplant seien dutzende von Neueinrichtungen (act. 2 S. 9 f.). In den Akten findet sich ein E-Mail von F._____, Kollektivzeichnungsberechtigter der E._____ AG, bei der er der Schuldnerin und sich unter dem Betreff "Gastrogeräte und Termin" eine gute Zusammenarbeit wünscht (act. 5/10). Ob dies im Zusammenhang mit der behaupteten Akquisition steht, geht nicht abschliessend aus dem E-Mailverkehr hervor. Dennoch erscheinen die diesbezüglichen Ausführungen der Schuldnerin einstweilen als glaubhaft.

3.8. Aus den eingereichten Jahresabschlüssen für die Geschäftsjahre 2012 bis 2014 ergibt sich, dass die Schuldnerin trotz widrigem Umfeld wenn auch knapp, so doch gewinnbringend wirtschaften konnte (act. 5/11-13). Aus der Bilanz geht aber auch hervor, dass die Schuldnerin einen Verlust aus Vorjahren von ursprünglich rund Fr. 77'578.– abträgt (act. 5/13 S. 4). Der Geschäftsabschluss für das Jahr 2015 ist gemäss Angaben der Schuldnerin noch nicht erstellt. Sie rechnet jedoch mit einem empfindlichen Jahresverlust von mutmasslich bis zu Fr. 300'000.– (act. 2 S. 10). Gegenüber diesen Zahlen ist indes anzuführen, dass die Schuldnerin in den Jahren 2012 bis 2015 Umsätze von Fr. 2'374'365.– bis Fr. 3'938'143.– generierte. Das hohe Umsatzvolumen setzte sich auch im Geschäftsjahr 2015 fort, wie sich aus den Mehrwertsteuerabrechnungen, welche einen Jahresumsatz von Fr. 2'336'638.– ausweisen (act. 5/14), ergibt. Für das erste Quartal 2016 ist ein Umsatz im Rahmen des Vorjahrs von Fr. 457'768.48 ausgewiesen (act. 5/15).

3.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert kurzer Zeit (mehr als) genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um die Konkursforderung zu begleichen (act. 5/3 sowie act. 5/20-22). Die finanziell beunruhigende Lage der Schuldnerin wird angesichts der in Betreuung gesetzten, offenen Aus-

stände von Fr. 427'300.– und einem erwarteten Verlust für das Geschäftsjahr 2015 von bis zu Fr. 300'000.– überdeutlich. Demgegenüber verfügt sie über Debitorenforderungen von mutmasslich Fr. 346'053.– (Fr. 266'053.– + Fr. 80'000.–) und konnte kurzfristig zusätzliche Fr. 50'000.– an Liquidität zuführen. Weiter konnte sie noch nicht beendete und/oder abgerechnete Aufträge in Höhe von mindestens Fr. 610'000.– glaubhaft machen.

Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gestellt werden (BGer, 5A_355/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Die Schuldnerin begründet ihren Liquiditätsengpass glaubhaft mit der Umstellung von einem reinen Herstellungsbetrieb zu einem Herstellungsbetrieb mit eigener Verkaufsorganisation sowie einer Häufung von Negativereignissen, die sich seit Oktober 2014 im Betreibungsregister auswirken. Die dringendsten Forderungen (fortgesetzte Betreibungen) vermag die Schuldnerin zu decken. Auch die Auftragslage scheint mittelfristig gesichert.

Es bestehen damit objektive Anhaltspunkte, dass die Schuldnerin ihre nicht unerheblichen Schulden bei mindestens gleichbleibendem Umsatz und erfolgreicher Umsetzung von effektiven Sanierungsmassnahmen, wie bspw. dem erfolgreichen Abschluss von Sanierungsvereinbarungen mit Gläubigern, mittelfristig wird abtragen und ihren laufenden Verpflichtungen nachkommen können. In diesem Sinne erweist sich die Schuldnerin zur Zeit – wenn auch mit Vorbehalt – als bloss temporär illiquid. Ihre Zahlungsfähigkeit erscheint gerade noch hinreichend glaubhaft. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und der Konkurs über die Schuldnerin ist aufzuheben. Sollte jedoch innert kurzer Zeit ein erneutes Konkursverfahren gegen die Schuldnerin anhängig werden, so wird dies als starkes Indiz für deren Zahlungsunfähigkeit zu werten sei.

4. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihr Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 31. Mai 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit der von ihr bei der Rechtsmittelinstanz geleisteten Zahlung verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 5'000.–, Fr. 3'907.55 an die Gläubigerin und den Rest nach Abzug der zweitinstanzlichen Spruchgebühr gemäss Ziffer 2 (d.h. insgesamt Fr. 342.45) an die Schuldnerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur 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 auszahlten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 14, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Oberwinterthur und an das Grundbuchamt Oberwinterthur-Winterthur, je gegen Empfangsschein.

6. 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:

MLaw P. Klaus

versandt am:
25. Juli 2016