

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160109-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 1. Juli 2016

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Mai 2016 (EK160728)

**Erwägungen:**

1. Am 25. Mai 2016 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 10. Juni 2016 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 10).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.
3. Der Konkurseröffnung liegt eine Forderung der B.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 1'716.55 nebst Zins zu 5 % seit 15. Juni 2016 (recte: 2015) im Betrag von Fr. 81.10, zuzüglich Fr. 25.00 Mahnkosten und Fr. 146.60 Betreibungskosten, total Fr. 1'969.25, zugrunde (act. 9 i.V.m. act. 7). Die Schuldnerin hat am 9. Juni 2016 bei der Obergerichtskasse Fr. 3'000.- hinterlegt (act. 5/36). Dieser Betrag dient einerseits zur Tilgung der Konkursforderung und andererseits zur Leistung des Barvorschusses für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- (act. 2 Ziff. 26 i.V.m. act. 12). Die Schuldnerin stellte ausserdem beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes inklusive Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sicher (act. 5/35). Diese Zahlungen leistete die Schuldnerin innert laufender Rechtsmittelfrist. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache (Hinterlegung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG dargetan.
4. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel

vorhanden sind, mit welchen 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 zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

5. Die Schuldnerin brachte vor, die Betreibungen spiegelten nicht ihre aktuelle finanzielle Situation wieder. Diese sei um einiges besser, insbesondere seit im Mai 2016 Herr C.\_\_\_\_\_ die Firma übernommen habe und deren Geschäfte vor allem in administrativer Hinsicht führe. Die vielen Betreibungen seien darauf zurück zu führen, dass sie im Jahr 2015 im Rahmen eines grossen Auftrags bezüglich des D.\_\_\_\_\_ [Bauprojekt] von der dortigen Generalunternehmung regelrecht über den Tisch gezogen worden sei. Sie habe sich zur Vereinbarung eines Pauschalhonorars hinreissen lassen und habe schliesslich dafür teuer bezahlen müssen. Die Arbeiten seien viel aufwändiger gewesen, als sie mit dem Pauschalhonorar bezahlt bekommen habe. Aufgrund einer drohenden Konventionalstrafe und wohl auch aus Naivität habe sie die Arbeiten trotzdem zu Ende geführt und dabei schliesslich rund Fr. 250'000.- an Lohnkosten etc. "drauf gelegt". Das habe zu einem grossen Loch in der Kasse und entsprechenden Folgeproblemen geführt. Die Betreibungen seien damit nicht aufgrund des generell schlechten Geschäftsverlaufs entstanden, sondern vielmehr wegen eines grossen Minus-Geschäfts. Das zeige sich dann auch mit aller Deutlichkeit daran, dass sie erst seit September 2015 Betreibungen aufweise. Ihr Geschäft betreibe sie jedoch seit Juli 2013 und dies erfolgreich. Entsprechend habe sie bis zu diesem grossen Minus-Geschäft eben auch nie Betreibungen gehabt. Ihr Fundament stimme also (act. 2 Ziff. 9).
  
6. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. In der Zeit vom 2. Juli 2013 (Eintrag im Handelsregister, act. 6) bis zur Konkurs-

öffnung (25. Mai 2016) wurden 36 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 199'007.81 eingeleitet (act. 5/2). In sechs Beteiligungsverfahren (Gesamtforderung Fr. 42'683.6) erfolgte eine Pfändung mit ungenügender Deckung. Für zwei Beteiligungen (Gesamtbetrag Fr. 2'863.3) wurde die Verwertung eingeleitet. In sechs Beteiligungen im Betrag von Fr. 6'313.65 (inkl. Konkursforderung) erfolgte bereits die Konkursandrohung. 15 Beteiligungsforderungen im Betrag von Fr. 101'397.35 sind mit einem Rechtsvorschlag behaftet. Zwei Beteiligungen befinden sich im Stadium der Beteiligungseinleitung (Fr. 29'352.46) und für zwei Beteiligungen erfolgte bereits die Zustellung des Zahlungsbefehls (insgesamt Fr. 16'392.45). Abzüglich der vorliegenden Konkursforderung, welche im Beteiligungsregister mit Fr. 1'741.55 (Beteiligung Nr. 1) aufgeführt ist, ist von Beteiligungsausständen in der Höhe von Fr. 197'266.26 (Fr. 199'007.81 – Fr. 1'741.55) auszugehen.

b) Hinsichtlich der Beteiligung Nr. 2 im Betrag von Fr. 24'686.90 (Gläubigerin E.\_\_\_\_\_) mit dem Vermerk "Pfändung mit ungenügender Deckung" konnte die Beschwerdeführerin belegen, dass für diese Forderung auf ihrem UBS Konto vom Beteiligungsamt bereits Fr. 27'992.85 gepfändet wurden (act. 5/4, 5/34 Valuta 25.2.2016). Hinsichtlich der diversen Beteiligungsforderungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (Beteiligung Nrn. 3 [Verwertung eingeleitet], 4 [recte: 4'; Pfändung mit ungenügender Deckung], 5 [Pfändung mit ungenügender Deckung], 6 [Pfändung mit ungenügender Deckung], 7 [Pfändung mit ungenügender Deckung], 8 [Pfändung mit ungenügender Deckung], 9 [Rechtsvorschlag], 10 [Rechtsvorschlag]) im Betrag von Fr. 23'716.10 machte die Schuldnerin geltend, sie habe mit der Sozialversicherungsanstalt Kontakt aufgenommen und werde eine Abzahlungsvereinbarung abschliessen. Diese werde ihr in den nächsten Tagen von der SVA zugestellt werden. Angedacht sei, dass sie ihre Schulden in monatlichen Raten von Fr. 2'000.- zurückbezahle (act. 2 Ziff. 10). Diesbezüglich reichte die Schuldnerin zwar keine Unterlagen ein, jedoch bestehen bereits konkret behauptete Abzahlungsmodalitäten. Es rechtfertigt sich deshalb im Rahmen der Glaubhaftmachung diese Behauptungen zu berücksichtigen. Die übrigen Beteiligungen der Sozialversicherungsanstalt im Betrag von Fr. 4'201.70

(Betreibung Nrn. 11, 12), welche offenbar nicht Gegenstand der Abzahlungsvereinbarung sind, sind als Schulden zu berücksichtigen. Bezüglich der Betreibungen des Kantons Zürich (Betreibung Nr. 13, Zahlungsbefehl zugestellt) im Betrag von Fr. 5'000.- und jener der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Mehrwertsteuer (Betreibung Nr. 14, Rechtsvorschlag) im Betrag von Fr. 40'000.- behauptete die Schuldnerin, es handle sich um viel zu hohe pauschale Einschätzungen, weil es der frühere Geschäftsführer unterlassen habe, entsprechende Abrechnungen einzureichen. Die Schuldnerin machte geltend, der jetzige Geschäftsführer, Herr C.\_\_\_\_\_, habe sich bereits mit den Behörden verständigt bzw. die entsprechenden Leistungen deklariert, und es würden nun konkrete Abrechnungen erstellt. Diese würden massiv tiefer ausfallen und von ihr ebenfalls in Raten abbezahlt (act. 2 Ziff. 10). In welchem Umfang ihrer Meinung nach die Schuld zu reduzieren sei, sagte sie nicht. Insbesondere fehlen heute noch die revidierten Abrechnungen. Diesbezüglich sind deshalb die erwähnten Forderungen der beiden Gläubiger in vollem Umfang als Schulden zu berücksichtigen. In Bezug auf die zwei Betreibungsforderungen des Gläubigers F.\_\_\_\_\_, nämlich Betreibung Nr. 15 (Zahlungsbefehl zugestellt) im Betrag von Fr. 9'009.85 und Betreibung Nr. 16 (Betreibung eingeleitet) im Betrag von Fr. 13'078.80 behauptete die Schuldnerin, es handle sich um dieselbe Forderung; die zweite Betreibungsforderung enthalte zusätzlich Betreibungs-, Gerichts- und angebliche weitere Kosten. Diese Forderung des ehemaligen Arbeitnehmers werde jedoch vehement bestritten und sei zurzeit Gegenstand eines Gerichtsverfahrens (act. 2 Ziff. 10). Auch hier fehlen Unterlagen, welche die Behauptung glaubhaft machen, weshalb beide Forderungen zu berücksichtigen sind. Es ist deshalb vorliegend von Betreibungsforderungen in der Höhe von Fr. 148'863.26 [Fr. 197'266.26 – (Fr. 24'686.90 + Fr. 23'716.10)] auszugehen.

7. a) Die Schuldnerin verfügt per 9. Juni 2016 auf dem Geschäftskonto A.\_\_\_\_ GmbH, Zürich bei der G.\_\_\_\_-Bank über ein Guthaben von Fr. 27'730.48 (act. 5/33) und per 31. Mai 2016 auf dem Geschäftskonto bei der UBS über ein Guthaben von Fr. 35.89 (act. 5/34), insgesamt Fr. 27'766.37.

Eine Kreditorenliste reichte die Schuldnerin nicht ein. Ebenso fehlt eine Bilanz bzw. Zwischenbilanz. Vorhanden ist aber eine von der Schuldnerin mit "Umsätze" bezeichnete Liste betreffend den Zeitraum vom 1. Februar 2016 bis zum 3. Juni 2016 (act. 5/9). Daraus ergibt sich ein Bruttobetrag von Fr. 664'128.66, was allerdings nicht den aktuellen Debitorenausständen entspricht. Den Kontoauszügen der Banken (act. 5/34 UBS; act. 5/33 G.\_\_\_\_\_-Bank) lässt sich entnehmen, dass ein Teil dieser Rechnungen bereits beglichen wurden. So wurden bei den beiden Banken folgende Eingänge vermerkt:

G.\_\_\_\_\_-Bank (act. 5/33):

- Fr. 27'713.88 mit Valuta 9.6.2016 (entspricht dem Forderungsbetrag in Rechnung Nr. 16314 Kunde H.\_\_\_\_ AG mit Rechnungsdatum 10.5.2016)
- Fr. 16'200.- (Vergütung I.\_\_\_\_ AG) mit Valuta 23.5.2016 (entspricht dem Forderungsbetrag in Rechnung Nr. 16306 Kunde I.\_\_\_\_ mit Rechnungsdatum 21.4.2016)
- Fr. 2'856.60 mit Valuta 19.5.2016 (entspricht dem Forderungsbetrag in Rechnung Nr. 16303 Kunde J.\_\_\_\_ mit Rechnungsdatum 15.4.2016)
- Fr. 4'050.- mit Valuta 7.3.2016 (entspricht dem Forderungsbetrag in Rechnung Nr. 14221 Kunde K.\_\_\_\_ AG mit Rechnungsdatum 8.2.2016)

UBS (act. 5/34):

- Fr. 32'033.10 mit Valuta 13.5.2016 (entspricht dem Forderungsbetrag in Rechnung Nr. 14235 Kunde L.\_\_\_\_ mit Rechnungsdatum 8.3.2016)

Ob es sich beim Zahlungseingang vom 25.5.2016 auf dem Konto G.\_\_\_\_\_-Bank im Betrag von Fr. 7'149.- um die Forderung gegenüber dem Kunden I.\_\_\_\_ (Rechnung vom 21.4.2016, Rechnungsnummer 16305, Betrag Fr. 7'149.38) handelt, kann offen gelassen werden. Jedenfalls kann nach Abzug dieser Zahlungseingänge vorerst lediglich von einem Debitorenausstand von Fr. 581'257.08 ausgegangen werden. Auch dieser ist aber noch zu reduzieren, da sich aus der eingereichten Schlussrechnung-Vereinbarung zwischen M.\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_ GmbH vom 3.6.2016 ergibt, dass im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben N.\_\_\_\_, ... [Adresse], das Gesamthonorar in der Schlussrechnung auf Fr. 230'000.- (zuzügl. MWSt) festgesetzt wird (act. 5/8). Daraus folgt, dass die Rechnung vom 3.6.2016 (act. 5/31 Rechnung Nr. 16310) jene vom 6.4.2016 (act. 5/18 Rechnung Nr. 16302) ersetzt.

Demzufolge sind die Debitorenausstände um den Betrag von Fr. 49'680.- gemäss Rechnung vom 6.4.2016 (act. 5/18) zu reduzieren, was einen Debitorenausstand von Fr. 531'577.08 (und nicht wie geltend gemacht Fr. 552'560.90, vgl. act. 2 Ziff. 15) ergibt.

b) Da keine Erfolgsrechnung eingereicht worden ist, muss der Aufwand bzw. Ertrag der Schuldnerin anhand der eingereichten Kontoauszügen berechnet werden. Aus den Kontokorrent-Konti der Schuldnerin ergibt sich, dass sie innerhalb von fünf Monaten Belastungen von insgesamt Fr. 453'552.73 (UBS: Fr. 104'785.10, act. 5/34; G.\_\_\_\_-Bank: Fr. 348'767.63, act. 5/33) ausweist. Die Zahlungseingänge belaufen sich in diesem Zeitraum auf Fr. 477'267.82 (UBS: Fr. 100'769.71, act. 5/34; G.\_\_\_\_-Bank: Fr. 376'498.11, act. 5/33). Ferner resultiert für diesen Zeitraum ein Mittelzufluss von Fr. 23'715.09 (UBS: – Fr. 4'015.39 [Anfangssaldo Fr. 4'051.28 – Schlussaldo Fr. 35.89], vgl. act. 5/34; G.\_\_\_\_-Bank: Fr. 27'730.48, act. 5/33). Nebenbei ist zu bemerken, dass in den Ausgaben auch die Zahlung an das Betreibungsamt im Betrag von Fr. 27'992.85 (Betreibung Nr. 2 zugunsten der Gläubigerin E.\_\_\_\_) enthalten ist (vgl. act. 5/4, 5/34 Valuta 25.2.2016). Wieviele Kreditoren, insbesondere alte Lohnforderungen, in den aufgeführten Belastungen enthalten sind, ergibt sich aus den Akten nicht und wird von der Schuldnerin auch nicht konkretisiert (vgl. act. 2 Ziff. 20). Es ist deshalb aktuell davon auszugehen, dass abzüglich des vom Betreibungsamt eingezogenen Betrages die Aufwendungen ca. 89.16% der Einnahmen ausmachen.

Der aufgezeigte Debitorenausstand in der Höhe von Fr. 531'577.08 dürfte demnach einen Gewinn von ca. Fr. 57'622.95 (10.84% von Fr. 531'577.08) ergeben.

c) Die Schuldnerin konnte mit dem Einreichen von zwei Subunternehmerverträgen vom 20.5.2016 mit der O.\_\_\_\_ GmbH mit einer vereinbarten Pauschale von Fr. 375'000.- (act. 5/5) und vom 9.6.2016 mit der P.\_\_\_\_ AG mit einer vereinbarten Pauschale von Fr. 100'000.- (exkl. MWS, act. 5/7), sowie einem Werkvertrag mit der H.\_\_\_\_ AG vom 1.3.2016 mit einem Werkpreis

von Fr. 194'400.- (inkl. MWSt, act. 5/6) zukünftige Aufträge im Umfang von Fr. 669'400.- glaubhaft machen. Die Schlussrechnung-Vereinbarung zwischen M.\_\_\_\_\_ AG und A.\_\_\_\_\_ GmbH vom 3.6.2016 (act. 5/8) wurde zwar für den Nachweis von künftigen Aufträgen eingereicht, wie sich aber aus obigen Erwägungen ergibt, betrifft dies die Rechnungen Nrn. 14234 (act. 5/11), 16301 (act. 5/17), 16302 (act. 5/18) und 16310 (act. 5/31). Es wurden also nicht zukünftige Arbeiten im Umfang von Fr. 899'400.- (wie geltend gemacht, act. 2 Ziff. 13), sondern lediglich im Umfang von Fr. 669'400.- glaubhaft dargelegt. Die Offerte für die Q.\_\_\_\_\_ AG vom 23. Mai 2016 (act. 5/32) kann vorliegend nicht berücksichtigt werden, da völlig offen ist, ob die Schuldnerin hierfür den Zuschlag erhält. Die zukünftigen Arbeiten lassen unter der obenerwähnten Annahme von 10.84% einen Gewinn von Fr. 72'562.96 erwarten.

8. a) Werden die aktuell bestehenden Betreibungsforderungen im Betrag von Fr. 148'863.26 den zu erwartenden Gewinnen von Fr. 57'622.95 bzw. Fr. 72'562.96 und den aktuell vorhandenen Bankguthaben im Umfang von Fr. 27'766.37 gegenüber gestellt, so zeigt sich, dass die Betreibungsausstände knapp gedeckt sind. Es ist also davon auszugehen, dass es der Schuldnerin möglich sein sollte, die finanzielle Situation innert nützlicher Frist wieder in Ordnung zu bringen.

b) Die Prüfung der eingereichten Unterlagen erlaubt den Schluss, dass die Schuldnerin zahlungsfähig ist und dass ihre aktenkundigen Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Sollte es in nächster Zeit indessen zu weiteren Konkursöffnungen kommen, liesse sich diese Annahme wohl nicht mehr halten. Dies zeigt sich auch darin, dass die Schuldnerin seit dem 2. Juli 2013 im Handelsregister eingetragen ist (act. 6) und die ersten Betreibungen per 30. September 2015 anfallen (act. 5/2). Der Schuldnerin ist zu empfehlen, die den Betreibungen Nrn. 17, 18, 19 und 20 zugrunde liegenden Forderungen der R.\_\_\_\_\_ AG sowie die der Betreibung Nr. 21 zugrunde liegende Forderung der S.\_\_\_\_\_ AG, welche sich alle im Stadium

der Konkursandrohung befinden, sofort nach Zustellung dieses Entscheides zu bezahlen.

9. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkursurteil ist aufzuheben.
10. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.- anzusetzen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. 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 dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kasse des Obergerichtes wird aufgefordert, von dem für die Forderung sichergestellten Betrag von Fr. 2'250.- (Fr. 3'000.- – Fr. 750.-) Fr. 1'969.25 der Gläubigerin und den Rest, Fr. 280.75, der Schuldnerin auszuzahlen.

4. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.- (Fr. 1'000.- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.- 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:  
1. Juli 2016