Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PS160134-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 18. August 2016

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Sammelstiftung B._____,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 6. Juli 2016 (EK160183)

Erwägungen:

1. Am 6. Juli 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen für eine Forderung von Fr. 36'843.70 nebst Zins zu 4.5% seit 1. Januar 2016 zuzüglich Fr. 500.-- Umtriebsspesen und Fr. 206.60 Betreibungskosten, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 662.45, den Konkurs über die Schuldnerin (act. 5). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 2, act. 4/2-13).

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. 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).

3. In ihrer Beschwerdeschrift erklärt die Schuldnerin, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung nicht bezahlen zu können, da ihr Geschäftskonto bei der Zürcher Kantonalbank mit einem Saldo von Fr. 47'919.94 per 8. Juli 2016 gesperrt worden sei. Sie ersuche daher das Gericht, bei Gutheissung ihrer Beschwerde das Konkursamt Wädenswil anzuweisen, den Betrag von Fr. 37'744.45 der Gläubigerin zu überweisen (act. 2 S. 2, act. 4/2, act. 9). Entsprechend wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 15. Juli 2016 für die Hinterlegung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von total Fr. 37'744.45 bei der Obergerichtskasse partielle aufschiebende Wirkung erteilt (act. 10). Am 20. Juli 2016 bezahlte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse

Fr. 37'744.45 zuhanden der Gläubigerin ein (act. 14). Damit hinterlegte sie innert der Beschwerdefrist die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten. Es liegt demnach der Konkurshinderungsgrund von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Da die Schuldnerin zudem die Kosten des Konkursamtes sicherstellte und den Kostenvorschuss von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren leistete (act. 4/4-5, act. 8), wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 22. Juli 2016 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 15). Schon am 15. Juli 2016 reichte die Schuldnerin zusätzliche Unterlagen nach (act. 12 und 13/1-2).

4. Nebst einem Konkurshinderungsgrund hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation 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 wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Wädenswil (act. 4/6) wurden in den letzten fünf Jahren bis zum 8. Juli 2016 21 Betreibungen eingeleitet, wovon acht durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt sind. Die Anzahl der Betreibungen für zum Teil hohe Beträge sowie der Umstand, dass es in einem Fall zur Pfändung (mit ungenügender Deckung) kam, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zu-

grunde liegende Betreibung Nr. … inzwischen bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Damit sind noch 12 Betreibungen von total Fr. 122'414.13 offen. Die Schuldnerin erklärt, sie würde hierfür beim Betreibungsamt Abschlagszahlungen leisten und verweist auf die Zahlungsliste des Amtes (act. 2 S. 3, act. 4/7). Gemäss dieser Liste hat sie in den Betreibungen Nr. …, …, …, …, …, … und … bereits Fr. 6'090.-- abgezahlt. Entsprechend wurde die Verwertung nach Art. 123 SchKG aufgeschoben. In den übrigen Betreibungen wurden anerkanntermassen noch keine Zahlungen geleistet bzw. resultierte ein provisorischer Verlustschein. Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von rund Fr. 116'325.-- (ohne Zinsen und Kosten). Dabei handelt es sich überwiegend um Forderungen der öffentlich-rechtlichen Gläubiger. Von ihnen droht keine Konkursgefahr (Art. 43 SchKG). Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sind sie aber gleichwohl von Bedeutung (gl. M. z.B. KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 14).

b) Die Schuldnerin betätigt sich zur Hauptsache in der Beratung und im Handel mit Küchen, Elektrogeräten und Lüftungssystemen. Daneben führt sie einen Getränkehandel samt Degustationen (act. 7, vgl. auch act. 13/1-2). Sie erklärt, die Bilanz 2015 sei noch in Bearbeitung (act. 12). Der eingereichte Abschluss 2014 ist mangels Aktualität nur beschränkt aussagekräftig, was zusammen mit der fehlenden Kreditorenliste die Liquiditätsprüfung erschwert (act. 13/1). Per Ende 2014 sind Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, übrige kurzfristige Verbindlichkeiten und passive Rechnungsabgrenzungen von ca. Fr. 164'000.-- bilanziert. Diese dürften inzwischen zum grossen Teil beglichen sein. Es muss aber angenommen werden, dass aus der laufenden Geschäftstätigkeit neue kurzfristige Verpflichtungen (in unbekannter Höhe) entstanden sind, die zusätzlich zu den – wie gesehen mehrheitlich für öffentlich-rechtliche Forderungen angehobenen – Betreibungen anfallen. Damit liegen Ausstände von mindestens Fr. 116'325.-- vor. Demgegenüber nennt die Schuldnerin per 12. Juli 2016 Debitoren in Höhe von Fr. 97'366.45 (act. 4/8). Davon seien Fr. 59'236.-- noch nicht und Fr. 36'703.80 seit weniger als 30 Tagen fällig. Der Grossteil dieser Guthaben, namentlich die Zahlungen der Hauptkunden C._____ AG und D._____ AG von insgesamt ca. Fr. 74'000.-- sollten bereits gutgeschrieben sein oder dem-

nächst eingehen. Wegen der Kontosperre infolge der Konkurseröffnung hätten die Zuflüsse nicht verbucht werden können (act. 2 S. 3f.). Es gibt keinen Grund, dies anzuzweifeln, zumal im Kontoauszug der Schuldnerin regelmässige Gutschriften verzeichnet sind (act. 4/2). Im Weiteren verweist die Schuldnerin auf fünf abgeschlossene Werkverträge für Pauschalmontagen mit der C._____ AG und der D._____ AG mit einem Auftragsvolumen von Fr. 470'500.-- (act. 2 S. 4, act. 4/9-13). Vorab ist festzuhalten, dass die Verträge mit der D._____ AG dieser ein sofortiges Rücktrittsrecht einräumen, falls über die Schuldnerin ein Insolvenzverfahren beantragt wird (act. 4/9 und /11 je Ziff. 44). Konkrete Anhaltspunkte für eine Ausübung dieses Rechts liegen indes nicht vor. Die Schuldnerin erklärt, die Arbeiten seien teilweise bereits ausgeführt und vereinzelt auch fakturiert worden. Nach ihrer Darstellung sind rund 25% der Aufträge erfüllt und Rechnungen für ca. Fr. 81'000.-- ausgestellt worden (act. 2 S. 4). Diese dürften, sofern sie nicht schon bezahlt sind, in den genannten Debitoren enthalten sein. Aus den Ausführungen der Schuldnerin ergibt sich sodann, dass sie für weitere rund Fr. 31'000.-- Leistungen erbracht, diese aber noch nicht abgerechnet hat. Da Bauleistungen üblicherweise in Etappen in Rechnung gestellt werden, darf auch mit diesen Zuflüssen innert nützlicher Frist gerechnet werden. Das Konto der Schuldnerin bei der Zürcher Kantonalbank wies per 8. Juli 2016 einen Saldo von Fr. 47'919.94 aus (act. 4/2). Hiervon wurde aber wie dargelegt die Konkursforderung beglichen, sodass Fr. 10'175.49 verbleiben. Damit liegen Guthaben und flüssige Mittel von rund Fr. 138'500.-- (Fr. 97'366.45 + Fr. 31'000.-- + Fr. 10'175.49) vor. Weitere namhafte Vermögenswerte scheinen nicht vorhanden. Die Debitoren und Barwerte vermögen demnach die Verbindlichkeiten, selbst wenn diese etwas höher ausfallen sollten, zu decken.

Stellt man gestützt auf die Bilanz 2014 dem Fremdkapital (Fr. 164'220.--) die Aktiven (Fr. 127'057.--) gegenüber, so ergibt sich – im Gegensatz zum Vorjahr – eine Unterdeckung (act. 13/1). Zumindest 2014 lag mithin eine Überschuldung vor, was unter anderem auf die auffallend hohen Personal- und Verwaltungs-/Informatikkosten zurückzuführen sein dürfte. Obwohl ihre Guthaben zur Hauptsache in Debitoren bestehen, scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen und ihre Schulden in-

nert nützlicher Frist abzutragen, dennoch als gegeben; dies umso mehr, als nicht alle Kreditoren auf einmal befriedigt werden müssen. Zwar erwirtschaftete sie 2014 einen Verlust von fast Fr. 50'000.-- (act. 13/1), eine Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage zeichnet sich aber ab. So vermochte die Schuldnerin im Jahr 2015 ihren Umsatz von rund Fr. 360'000.-- auf beachtliche Fr. 950'000.-- zu steigern und erklärt, für 2016 erwarte sie ein ähnliches Ergebnis (act. 12 und 13/2). Diese Annahme erscheint trotz unbekannter Kostenseite plausibel, konnte sie doch wie gesehen bis Mitte 2016 Werkverträge für Fr. 470'500.-- abschliessen. Abzüglich der bereits erbrachten und zum Teil auch fakturierten Leistungen sollten aus diesen Verträgen immerhin noch ca. Fr. 360'000.-- resultieren (act. 2 S. 4). Selbst wenn ihre Liquidität gegenwärtig nicht gerade als gut erscheinen mag, bildet der positive Geschäftsgang eine Basis für einen rentablen Betrieb, vorausgesetzt, der Personal- und Verwaltungsaufwand kann angemessen gesenkt werden. Die Schuldnerin führt die finanziellen Engpässe auf ausserordentliche administrative Aufwendungen sowie saisonal bedingte Schwankungen zurück (act. 2 S. 4). Zu ihren Gunsten ist zu berücksichtigen, dass sie um eine bessere Zahlungsmoral bemüht ist, was sich auch in den vereinbarten Ratenzahlungen mit dem Betreibungsamt zeigt. Mit Blick auf das Beschwerdeverfahren vermochte sie schliesslich innert Kürze knapp Fr. 40'000.-- aufzubringen.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit derzeit noch als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin. Diese darf aber nicht annehmen, bei einer erneuten Konkurseröffnung mit anschliessendem Beschwerdeverfahren sei von einer vergleichbaren Sichtweise auszugehen. Eine erneute Konkurseröffnung wäre nämlich ein kaum mehr zu widerlegender Hinweis auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten.

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 6. Juli 2016, 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. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.-- wird bestätigt und auch der Schuldnerin auferlegt.

3. Die **Kasse des Obergerichts** wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 37'744.45 der Gläubigerin auszuzahlen.

4. Das **Konkursamt Wädenswil** wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.-- (Fr. 1'800.-- 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.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wädenswil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wädenswil, 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. S. Bohli Roth

versandt am:
19. August 2016