

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160200-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 10. November 2016

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Stiftung ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Oktober 2016 (EK161594)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem 22. August 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug betätigt sie sich hauptsächlich in der Personalvermittlung (vgl. act. 5).

1.2. Am 20. Oktober 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für eine Forderung von Fr. 27'392.40 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2016 und Umtriebsspesen von Fr. 600.– sowie Fr. 318.80 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 6/6). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 i.V.m. act. 6/8). Am 25. und 27. Oktober 2016 reichte die Schuldnerin rechtzeitig weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 10, act. 11/3-5c, act. 13/1-4). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin rechtzeitig bevorschusst (act. 7, act. 8/1, act. 17). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. In ihrer Beschwerdeschrift erklärte die Schuldnerin, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung nicht bezahlen zu können, da ihr Geschäftskonto bei der C._____ AG in Zürich gesperrt worden sei. Da die Schuldnerin die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung bereits sichergestellt hatte (vgl. act. 4/1), wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 24. Oktober 2016 für die Hinterlegung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von total Fr. 29'410.65 bei der Obergerichtskasse partielle aufschiebende Wirkung erteilt (act. 7). Am 27. Oktober 2016 wurden Fr. 29'410.65 zuhanden der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 14), und der Beschwerde wurde mit Verfügung vom 28. Oktober 2016 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 15). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist damit erfüllt.

3.

3.1. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. 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, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus 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 Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht.

Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 E. 2.3).

3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Betreibungsamts Zürich 1 (act. 4/6) wurden innerhalb eines Jahres (30. September 2015 bis 20. Oktober 2016) insgesamt 25 Betreibungen in Höhe von rund Fr. 142'000.– eingeleitet, was auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen lässt. Auffallend ist, dass es sich bei 20 Betreibungen um öffentlich-rechtliche Forderungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich bzw. der Ausgleichskasse Zürich handelt. Der Schuldnerin scheint bekannt zu sein, dass öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht der Konkursbetreibung unterliegen und ihr aus derartigen Forderungen somit keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht. Dies indiziert Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin und ist negativ zu werten. Für das Beschwerdeverfahren ist nicht primär die Zahlungsmoral entscheidend, sondern wie viele betreibungsrechtliche Forderungen aktuell noch offen sind und wie liquid die Schuldnerin ist (vgl. KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 14). Von den 25 Betreibungen sind mittlerweile 16 Betreibungen durch Zahlung an das Betreibungsamt bzw. an den Gläubiger erledigt (Code 105 und 106 sowie act. 4/5/1+2). Wie dargelegt, wurde der geschuldete Betrag des vorliegenden Verfahrens (Betreibung Nr. 1) inzwischen bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Damit verbleiben gegenwärtig noch acht offene, in Betreibung gesetzte Forderungen in der Höhe von Fr. 28'867.55 (Betreibung Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8, Nr. 9).

Um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft darzulegen, reichte die Schuldnerin u.a. eine Zwischenbilanz (act. 13/5), eine Erfolgsrechnung (act. 11/3) sowie eine Kreditoren- und Debitorenliste (act. 4/3+4) ein. Die Zwischenbilanz datiert vom 27. Oktober 2016. Die Addition der einzelnen Positionen auf der Aktiven- und Passivenseite ergibt nicht den als Bilanzsumme angegebenen Betrag. Ausserdem

stimmt die Summe der Aktiven mit der Summe der Passiven nicht überein, mithin besteht keine Bilanzgleichheit. Ausgehend von den bilanzierten Zahlen wäre zwar das Fremdkapital (Fr. 53'000.–) durch die Aktiven (Fr. 101'921.–) gedeckt, es läge indes ein Kapitalverlust im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR vor und zudem wäre angesichts des bilanzierten Eigenkapitals in Höhe von Fr. 100'000.– von einem Verlust von über Fr. 50'000.– auszugehen. Die Bilanz ist nur beschränkt aussagekräftig und sie erschwert die Ermittlung der Vermögens- sowie Schuldverhältnisse und damit die Liquiditätsprüfung erheblich. Der Kapitalverlust und der Verlustvortrag deuten indes wiederum auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten hin.

Der Erfolgsrechnung lässt sich eine Übersicht des Aufwands und Ertrags der Schuldnerin für den Zeitraum von dreizehn Monaten (Januar bis Januar) entnehmen. Um welches Jahr es sich dabei handeln soll, ist nicht ersichtlich. In der Beschwerdeschrift weist die Schuldnerin pauschal auf ihre "aktuelle Jahres-Zwischenbilanz" hin (act. 10 Ziff. 3). Damit dürfte es sich um die Monate Januar bis Dezember 2015 und Januar 2016 handeln. Als Aufwendungen gibt die Schuldnerin Personalaufwand, Materialaufwand, Mietaufwand, Steuern und Versicherungen, Büro und Leasing sowie Provisionen an. Die Kreditorenliste weist für Oktober 2016 Ausstände von Fr. 28'842.25 auf. Als Kreditoren führt die Schuldnerin die Saläre von D._____, E._____, F._____, G._____ sowie H._____ (insgesamt Fr. 22'803.25), einen Mietzins (Fr. 2'754.–), die I._____ (ca. Fr. 2'000.–) und ein Leasing (Fr. 1'185.–) auf. Wie gesehen hält die Schuldnerin die Kreditoren und ihre Aufwendungen nicht auseinander. Kreditoren sind Gläubiger von Forderungen aus Lieferungen sowie Leistungen und werden bilanziert. Bezahlte Löhne, Mieten und Leasingraten werden in der Erfolgsrechnung als betriebliche Aufwendungen aufgeführt und stellen in der Regel keine Kreditoren dar. Somit bleibt die Höhe der Kreditorenausstände weitgehend unklar. Der monatliche Aufwand der Schuldnerin lässt sich ebenfalls nicht bzw. nur ungenau ermitteln:

Der in der Kreditorenliste angegebene Lohnaufwand ist tiefer als derjenige in der Erfolgsrechnung. Die Schuldnerin belegt, dass sie einem Mitarbeiter per Ende August 2016 gekündigt hat (act. 13/1). Es ist daher glaubhaft, dass der Personalaufwand nicht mehr Fr. 30'100.–, sondern nur noch rund Fr. 22'800.– beträgt. Die

Leasingrate von Fr. 1'185.– trägt als Rechnungsdatum den 25. Oktober 2016. Es ist nicht davon auszugehen, dass es sich dabei um das "abgebrochene" Fahrzeugleasing handelt (vgl. act. 10 Ziff. 3), denn dieser Leasingvertrag sah eine Dauer bis 19. August 2016 und monatliche Raten von Fr. 899.10 vor (vgl. act. 13/4). Ob das Leasing in einer Aufwandposition bereits enthalten ist, ergibt sich nicht aus den Akten oder Vorbringen der Schuldnerin. Ebenso verhält es sich mit der Position "I. _____", wobei diesbezüglich auch unklar ist, ob es sich dabei um Aufwendungen handelt. Der Mietzins beträgt gemäss Kreditorenliste und Erfolgsrechnung Fr. 2'754.–. Zu den weiteren in der Erfolgsrechnung angegebenen Materialaufwendungen von Fr. 950.–, Steuern und Versicherungen von Fr. 4'000.–, Ausgaben für Büro und Verwaltung von Fr. 2'700.– bzw. Fr. 300.– sowie Provisionen in unterschiedlicher Höhe äussert sich die Schuldnerin nicht. Der monatliche Aufwand der Schuldnerin beträgt damit mindestens Fr. 30'500.– (Fr. 22'800.– + Fr. 2'754.– + Fr. 950.– + Fr. 4'000.–), dürfte aber höher liegen, da darin die Ausgaben für Büro und Verwaltung, die Provisionen, das Leasing sowie die Kosten der I. _____ nicht enthalten sind.

Die Schuldnerin macht sodann Debitoren in Höhe von Fr. 60'015.– geltend (act. 4/4). Rechnungen reichte sie keine ein und sie äusserte sich auch nicht dazu. Das Bankkonto der Schuldnerin bei der C. _____ AG wies per 21. Oktober 2016 einen Saldo von Fr. 72'321.91 aus (vgl. act. 4/2). Hiervon wurden aber wie dargelegt über Fr. 29'000.– hinterlegt, sodass noch Fr. 42'911.26 verbleiben. Das Konto reicht damit gerade aus, um die in Betreuung gesetzten Forderungen (Fr. 28'867.55) abzutragen. Selbst wenn man die nicht näher begründeten bzw. unbelegt gebliebenen Debitoren von Fr. 60'015.– berücksichtigen würde, so könnte die Schuldnerin nur Aufwendungen von zwei bis drei Monaten decken. Gemäss Erfolgsrechnung betrug der durchschnittliche Ertrag rund Fr. 43'800.– und lag damit leicht über dem durchschnittlichen Aufwand von Fr. 42'900.–. Darüber, ob sie in den Monaten Februar bis September 2016 jeweils einen Gewinn oder Verlust erzielte, schweigt sich die Schuldnerin aus. Wie erwogen indiziert die Zwischenbilanz vom 27. Oktober 2016 einen erheblichen Verlust. Es liegen sodann für die Monate Februar bis September 2016 keine Kontoauszüge vor, aus denen die monatlichen Belastungen und Gutschriften ersichtlich wären. Der eingereichte

Kontoauszug zeigt einzig Bewegungen für die Dauer vom 20. September bis 21. Oktober 2016 auf (act. 4/2). Dieser Auszug weist zwar zwei Vergütungen von Fr. 36'304.20 und Fr. 37'927.44 auf, ist aber nicht genügend aussagekräftig, um auf regelmässige Erträge schliessen zu können.

In ihrer Beschwerde erklärte die Schuldnerin sodann, sie sei für drei Kunden auf Mandatsbasis tätig und habe dafür ein Grundhonorar erhalten (vgl. act. 10 Ziff.4). Bei den dazu eingereichten Belegen (vgl. act. 11/5a-c) handelt es sich um nicht unterzeichnete Offerten. Diese vermögen weder den Vertragsabschluss noch den tatsächlichen Erhalt des darin angegebenen Grundhonorars zu belegen. Weiter führte die Schuldnerin in ihrer Beschwerde aus, vier Kandidaten stünden kurz vor dem Abschluss. Dafür könne sie in den nächsten Wochen mindestens Fr. 80'000.– einfordern (vgl. act. 10 Ziff. 1). Dieser pauschale Hinweis auf vier potentielle Personalvermittlungen ist vage, objektiv nicht stichhaltig gestützt auf kann daher nicht als wesentlich berücksichtigt werden. Ebenso verhält es sich mit den Ausführungen, dass gegenwärtig zwanzig Kandidaten im Interviewprozess stünden, die Schuldnerin in der Regel rund 35-45% ihrer Kandidaten vermittele und die November/Dezember "Pipeline" bei Fr. 363'000.– liege (vgl. act. 10 Ziff. 4). Daran vermögen auch die dazu eingereichten Übersichten der im Interview stehenden neun Kandidaten nichts zu ändern (vgl. act. 11/4, act. 13/2+3). Die geltend gemachten zukünftigen Einnahmen erscheinen damit nicht hinreichend konkret.

3.3. Die innert kurzer Zeit eingeleiteten 25 Betreibungen wie auch die eingereichte Zwischenbilanz sprechen gegen einen bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass. Die Schuldnerin vermochte mit den eingereichten Unterlagen auch nicht glaubhaft darzutun, dass die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehender Natur sind und sie in Zukunft einen Umsatz erreichen können, mit dem sie ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind deshalb nicht gegeben. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

4.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **10. November 2016, 13.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 29'410.65 dem Konkursamt Zürich (Altstadt) zuhanden der Konkursmasse zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich (Altstadt), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, 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. O. Canal

versandt am:
10. November 2016