

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170141-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter
lic. iur. A. Huizinga und Ersatzrichterin R. Bantli Keller sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 17. August 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 27. Juni 2017 (EK170166)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in B._____, welche in erster Linie die Erbringung von Dienstleistungen im Sanitär- und Heizungsgewerbe, insbesondere die Lieferung, Installation, Reparatur und Wartung von Sanitär- und Heizungsanlagen sowie die Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit Solaranlagen, die Ausführung von Lüftungsmontagen, Reinigungen und Hauswartungen bezweckt (act. 4/1).

2.1 Mit Urteil vom 27. Juni 2017, 11:15 Uhr (act. 6 [act. 3 = act. 7/10]), eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen für nachstehende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin:

Fr.	5'983.77	nebst Zins zu 5 % seit 14. Dezember 2016
Fr.	50.00	Mahnkosten
Fr.	292.00	Verzugszins vor Betreuung
Fr.	246.60	Betreibungskosten

2. Mit Eingabe vom 7. Juli 2017 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 7/14/1) Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis und beantragte die Aufhebung des Konkurses und sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und von der Schuldnerin ein Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren verlangt (act. 11). Dieser wurde innert der Schuldnerin mit Verfügung vom 2. August 2017 angesetzter Nachfrist (vgl. act. 13) bezahlt (act. 15). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-15). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin belegt mittels Abrechnung des Betreibungsamtes Horgen vom 27. Juni 2017 (12:06 Uhr), dass sie die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ...) rund eine Stunde nach Konkureröffnung beim Betreibungsamt zuhanden der Gläubigerin bezahlt hat (act. 4/2 = act. 7/12). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Horgen zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 800.– sichergestellt (act. 4/3). Schliesslich hat die Schuldnerin am 3. August 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 15). Der Konkurs hinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkureröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden be-

zahlen kann. 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 zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist die Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Im Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Horgen vom 10. Juli 2017 befinden sich neben der Betreuung der Konkursgläubigerin (Betreibung-Nr. ...) 50 weitere Betreibungen, wobei in 10 Betreibungen die Forderung an das Betreibungsamt bezahlt wurde. In 25 Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger wurden Verlustscheine ausgestellt, welche sich insgesamt auf Fr. 60'093.60 belaufen. In zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 3'623.20) wurde die Konkursandrohung zugestellt, in einer Betreuung über Fr. 415.– läuft die Pfändung und drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 2'933.–) befinden sich noch im Einleitungsstadium. Die übrigen neun Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 8'322.55) sind erloschen (vgl. act. 9). Insgesamt bestehen gegen die Schuldnerin damit offene Verlustscheinforderungen von Fr. 60'093.60 sowie

offene Betriebsforderungen von Fr. 15'293.75 (Fr. 3'623.20 + 415.– + Fr. 2'933.– + Fr. 8'322.55).

2.4 Zu ihrer Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin aus, sie habe zwei Aufträge abschliessen können, womit der weitere Geschäftsverlauf gesichert sei und sie den aktuellen und künftigen Zahlungsverpflichtungen nachkommen könne (act. 2). Dabei reicht sie zunächst eine Auftragsbestätigung der C._____ ag vom 30. März 2017 für eine Überbauung mit 6 Mehrfamilienhäusern "D._____" in E._____ ins Recht. In dieser wird der Schuldnerin als Unternehmerin von der C._____ ag als Generalunternehmerin ein Auftrag für Heizungs-, Sanitär- und Lüftungsarbeiten zu einem Pauschalpreis von Fr. 2'050'000.– bestätigt (vgl. act. 4/4). Ausserdem legt die Schuldnerin ein als "Auftragsbestätigung" bezeichnetes Dokument vom 26. Juni 2017 ins Recht. Darin bestätigt die F._____ AG der Schuldnerin ein revidiertes Angebot für Sanitär, Heizungs- und Lüftungsarbeiten an einem MFH in G._____ zu einem Preis von Fr. 397'000.–; indes ist aufgrund des Wortlauts dieses Dokumentes davon auszugehen, dass die Schuldnerin nicht Erbringerin, sondern Bestellerin dieser Arbeiten ist (vgl. act. 4/5).

Der eingereichten Erfolgsrechnung der Schuldnerin für das Jahr 2015 ist ein Gewinn von Fr. 3'533.36 zu entnehmen, wobei einem Betriebsertrag von Fr. 258'000.– ein Aufwand von Fr. 254'087.– gegenüberstand. Der Dienstleistungsertrag der Schuldnerin betrug dabei Fr. 258'000.– und der Personalaufwand belief sich auf Fr. 46'844.65; zudem finden sich unter dem sonstigen Betriebsaufwand Ausgaben der Schuldnerin für Subunternehmer in Höhe von Fr. 168'900.– (vgl. act. 10/1). Das Geschäftskonto der Schuldnerin wies per Ende Juni 2017 ein Minus von Fr. 0.44 auf (act. 10/3).

Weitere Belege wie etwa Debitoren- und Kreditorenlisten oder einen Zwischenabschluss reicht die Schuldnerin nicht ein, was die Liquiditätsprüfung erheblich erschwert und bei der Zahlungsfähigkeitsprüfung zu Lasten der Schuldnerin zu berücksichtigen ist. Unklar bleibt insbesondere auch, welche fixen Ausgaben die Schuldnerin monatlich aufweist. Zwar macht sie geltend, derzeit neben Autoversicherung und den monatlich an das Betriebsamt zahlbaren Raten, wobei auch hierzu konkrete Zahlen und Belege fehlen, über keine fixen Ausgaben (wie

Werkstattkosten und Personalausgaben) zu verfügen (vgl. act. 8); es ist jedoch anzunehmen, dass zumindest der Geschäftsführer der Schuldnerin bei ihr angestellt ist und jedenfalls für diesen monatliche Personalausgaben anfallen. Sodann weist die Beschwerdeführerin mit der eingereichten Auftragsbestätigung der C._____ ag zwar nach, dass sie einen grösseren Auftrag erhalten hat, doch bleibt unklar, in welchem Zeitrahmen mit Zahlungen aus diesen Auftrag gerechnet werden kann und wie hoch der daraus resultierende Gewinn sein wird; es ist aber anzunehmen, dass die Schuldnerin zur Erfüllung dieses Auftrages zusätzliche Arbeiter wird anstellen resp. Subunternehmer wird beiziehen müssen, was den zu erwartenden Gewinn erheblich schmälert. Dennoch ist in diesem Zusammenhang zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu berücksichtigen, dass das Volumen dieses Auftrages mit Fr. 2'050'000.– den Dienstleistungsertrag, welchen die Schuldnerin 2015 erzielt hat, um das Achtfache übersteigt. Zudem ist anhand des von der Schuldnerin eingereichten, als "Auftragsbestätigung" der F._____ AG bezeichneten Vertragsdokumentes vom 26. Juni 2017 zumindest dargetan, dass die Schuldnerin an der Ausführung von Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsarbeiten an einem Mehrfamilienhaus in G._____ beteiligt ist, wobei sie diesbezüglich selbst bereits einen Subunternehmer beauftragt zu haben scheint. Auch hier bleibt jedoch unklar, wann aus diesem Auftrag mit welchem Erlös gerechnet werden kann.

Schliesslich ist zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu berücksichtigen, dass sie in der Lage war, innert kurzer Frist genügend flüssige Mittel aufzubringen, um per 27. Juni 2017 die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu begleichen (act. 4/2), beim Konkursamt Fr. 800.– sicherzustellen (act. 4/3) und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschüssen (act. 15). Negativ zu bewerten sind demgegenüber die offenen Verlustscheine der Schuldnerin von rund Fr. 60'000.– sowie der Umstand, dass von den noch offenen Betreibungen zwei bereits bis zur Konkursandrohung gediehen sind; letzteres bedingt, dass die Schuldnerin – um nach Aufhebung des durch die Vorinstanz eröffneten Konkurses nicht sogleich wieder in Konkurs zu geraten – über genügend flüssige Mittel resp. Mittelzuflüsse verfügt. Insgesamt ist jedoch aufgrund des belegten und für die Verhältnisse der Schuldnerin hochdotierten Auftrages der

C._____ ag die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne einer letzten Chance gerade noch als hinreichend glaubhaft gemacht anzusehen, denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung des Konkurses bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht. Sollte es jedoch den Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkurseröffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gerade noch als glaubhaft gemacht anzusehen ist, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

III.

Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 27. Juni 2017 (Geschäfts-Nr. EK170166-F), 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. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Schlieren 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, je gegen Empfangsschein.
5. 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
18. August 2017