

ZH_OBERGERICHT PS130092 vom 5. Juli 2013

ZH Obergericht, 2013-07-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS130092

FR: ZH_OBERGERICHT PS130092 du 5 juillet 2013

IT: ZH_OBERGERICHT PS130092 del 5 luglio 2013

Erwägungen

E. 8

April 2013 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 und 7). Diese beantragt mit Beschwerde vom 23. Mai 2013 die Aufhebung der Konkursöffnung. Sie macht im Wesentlichen geltend, die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung getilgt zu haben und zahlungsfähig zu sein (act. 2). Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2013 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin innert angesetzter Frist bevorschusst (act. 9 ff.). II. Die Rechtsmittelinstanz kann eine Konkursöffnung (unter anderem) aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen (seit der Konkursöffnung) die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt wurde, der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt wurde oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und einen der drei Konkurshinderungsgründe mit Urkunden nachzuweisen hat (ZR 110/2011 Nr. 5).

- 3 - III. Die Schuldnerin belegt mit einer Abrechnung des Betreibungsamtes C._____, dass sie bei diesem am 17. Mai 2013 die von der Gegenpartei in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 3'837.40 zuzüglich Zinsen und Betreuungskosten bezahlt hat (act. 2 S. 3; act. 5/5). Mit der Kopie einer Postquittung belegt sie, dass sie am 23. Mai 2013 zugunsten der Gläubigerin auch die dieser von der Vorinstanz zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 150.– eingezahlt hat (act. 2 S. 3; act. 5/19). Weiter hat die Schuldnerin dem Konkursamt D._____ einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– geleistet. Zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.– ist dieser Betrag bei Gutheissung der Beschwerde hinreichend, um die konkursamtlichen Kosten zu decken und der Gläubigerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten (act. 5/6). Die erste Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. IV. 1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und

er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Anhaltspunkte für eine bevorstehende Verbesserung der wirtschaftlichen Lage müssen so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, dass die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten nicht von Dauer sind.

- 4 - 2. Die Akten geben im Wesentlichen folgenden Aufschluss über die Verhältnisse der Schuldnerin: 2.1. Die Schuldnerin ist eine GmbH mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.–. Sie wurde am tt. Dezember 1994 unter der Firma E._____ GmbH mit Sitz in F._____ in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Im Oktober 2011 wurden die Stammanteile auf G._____ übertragen, welcher seither Geschäftsführer ist. Der Sitz wurde gleichzeitig nach D._____ verlegt. Die Firma und der Gesellschaftszweck wurden geändert. Neu bezweckt die Gesellschaft primär die Planung und Ausführung sowie Wartung von Heizungs- und Sanitärinstallationen (act. 2 S. 3, act. 5/3–4 und act. 6). Die Schuldnerin hält fest, dass bei der Übernahme der Stammanteile durch G._____ die Aktiven und Passiven der "Vorgängerfirma" nicht hätten übernommen werden müssen (act. 2 S. 5). Dem zusammen mit der Jahresrechnung 2011 eingereichten Ausdruck eines "Antrages der Geschäftsführung über die Verwendung des Bilanzergebnisses 2011" zufolge wurde der Verlustvortrag von Fr. 99'355.05 aus dem Jahre 2010 durch einen Forderungsverzicht der früheren Gesellschafter H._____ und I._____ in Höhe von Fr. 79'355.05 und "Liberierung" durch den neuen Gesellschafter in Höhe von Fr. 20'000.– beseitigt (act. 5/11 Anhang). Nach Darstellung der Schuldnerin führt der Geschäftsführer die Firma derzeit zusammen mit einem Angestellten. Es würden vornehmlich Heizungsinstallationen auf Neubautellen ausgeführt und deshalb keine grossen Geschäftsräume benötigt. Der Mitarbeiter arbeite seit 2. April 2013 zu einem Stundenlohn von Fr. 31.–. Bis Mitte Februar 2013 habe die Schuldnerin einen zweiten Angestellten gehabt (act. 2 S. 3 und 8). An der Einvernahme durch das Konkursamt gab der Geschäftsführer der Schuldnerin zu Protokoll, der Angestellte arbeite auf Stundenbasis, und zwar seit Mai 2013 (act. 5/2 S. 8 Ziff. 17).

- 5 - Die Schuldnerin macht geltend, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten in den letzten Monaten eingetreten seien, weil der Geschäftsführer seine Arbeit für drei Wochen habe einstellen müssen, um sich um die Beerdigung seines in Zürich am tt. Februar 2013 verstorbenen Vaters im Kosovo zu kümmern. Die Beerdigungsaufwendungen, die der Geschäftsführer habe übernehmen müssen, würden auf Fr. 15'000.– geschätzt (act. 2 S. 4/5, 8). An der konkursamtlichen Einvernahme bezeichnete der Geschäftsführer den Umstand, dass wegen des Todesfalls einige Aufträge nicht hätten angenommen werden können, als Grund des Konkursausbruchs (act. 5/2 S. 9 Ziff. 21). Eine Quantifizierung der Umsatzeinbusse und des dem Geschäftsführer zur Deckung der Beerdigungskosten gewährten Darlehens liegt nicht vor. Die Erwähnung der Kosten legt die Annahme der Darlehensgewährung nahe. 2.2. Die bei den Akten liegende Jahresrechnung der Schuldnerin weist per Ende 2012 ein Umlaufvermögen von Fr. 68'175.36 aus (act. 5/12): Liquide Mittel Fr. Kasse 2'000.00 Bank 20'352.53 22'352.53 Forderungen Debitoren 28'900.00 Delkredere -2'900.00 KK/Darl. G._____ 19'822.83 45'822.83 68'175.36 Als kurzfristig realisierbar erscheinen davon Fr. 48'352.53 (= Fr. 68'175.36 – Fr. 19'822.83 Darlehen G._____). Anhaltspunkte für eine kurzfristige Einbringlichkeit des Guthabens gegenüber dem Gesellschafter G._____ gibt es nicht. Das kurzfristige Fremdkapital wurde wie folgt ausgewiesen (in Fr.): Kreditoren 13'649.55 Kreditor Sozialversicherungen 21'893.40 Kreditor EStV/MWSt 9'908.64 Trans. Passiven 5'500.00

- 6 - 50'951.59 Davon erscheinen somit rund 95 % als durch kurzfristig realisierbare Aktiven gedeckt. Die Jahresrechnung weist für das Jahr 2012 – das erste volle

Geschäftsjahr der Schuldnerin seit der Übernahme der Stammanteile durch G._____ und der Neuausrichtung der Gesellschaft – bei einem Bruttoerlös von Fr. 228'024.22 einen Verlust von Fr. 8'154.62 aus (Betriebsverlust: Fr. 10'889.82; act. 5/12 und act. 2 S. 5/6). 2.3. 2.3.1. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes C._____ für die Zeit ab 12. Oktober 2011 bis 16. Mai 2013 führt – das Verfahren, das zur Konkursöffnung geführt hat, wird hier weggelassen – folgende fünf offenen Betreibungsverfahren auf (act. 5/7; das in der Beschwerdeschrift erwähnte Verfahren Nr. ... ist erledigt): Betr.-Nr. Eingang Gläubiger Forderung/Fr. Stand a) ... 09.08.2012 J._____ AG 3'033.60 Rechtsvorschlag b) ... 25.02.2013 SVA ZH 2'340.00 Zahlungsbefehl c) ... 22.04.2013 Staat Zürich und 821.20 Zahlungsbefehl Stadt F._____ d) ... 26.04.2013 SVA ZH 2'340.00 Zahlungsbefehl e) ... 15.05.2013 K._____ AG 3'764.90 Zahlungsbefehl (nicht zugestellt) 12'299.70 Drei (weitere) Betreibungsverfahren mit dem Erledigungsdatum vom 11. April 2013 hatten laut Auszug zur Ausstellung eines Verlustscheines nach Art. 115 SchKG geführt (act. 5/7): Betr.-Nr. Eingang Gläubiger Forderung/Fr. f) ... 21.06.2012 SVA ZH 2'340.00 g) ... 30.10.2012 SVA ZH 2'340.00 h) ... 01.11.2012 Schweiz. 5'000.00 Eidgenossenschaft (MWSt) 9'680.00 Der offene Betrag der Verlustscheine beläuft sich laut Betreibungsregisterauszug auf Fr. 6'682.25 (act. 5/7 S. 1).

- 7 - Bezüglich der Betreuung lit. e (K._____ AG, Temporär- und Dauerstellen) behauptet die Schuldnerin, sich mit der Gläubigerin in einem Rechtsstreit zu befinden. Es gehe um Arbeitslohn eines Mitarbeiters, der ihr durch fahrlässige Beschädigung eines neuen Schweißgerätes einen Schaden von Fr. 7'900.– zugefügt habe (act. 2 S. 4). Der Betreuungsgläubigerin J._____ AG (Betreibung lit. a) behauptet der Schuldnerin zwei Raten Fr. 500.– bezahlt zu haben (act. 2 S. 4, S. 6 Ziff. 7.2.1). Ohne Berücksichtigung der streitigen Forderung der K._____ AG und nach Abzug der behaupteten Raten von zweimal Fr. 500.– sind Betreuungsforderungen von Fr. 7'534.80 offen (ohne Zinsen und Kosten). Dazu kommen die Verlustscheinforderungen von Fr. 6'682.25. 2.3.2. An Kreditoren "ausserhalb der Aufstellung des Betreibungsamtes" (Betreibungsregisterauszug) besteht nach Angabe der Schuldnerin einzig eine Mehrwertsteuerschuld von Fr. 5'814.53 für die Steuerperiode Oktober bis Dezember 2012, welche in vier Raten beglichen werden könne (act. 2 S. 6 Ziff. 7.2.1; act. 5/20). 2.3.3. Aktenkundig sind somit – neben dem vom Geschäftsführer der Schuldnerin gegenüber dem Konkursamt genannten laufenden Lohn eines Arbeitnehmers (act. 5/2 S. 8 Ziff. 17.1) – folgende Schulden: Gläubiger Fr. J._____ AG 2'033.60 (in Betreuung, angeblich zahlbar in monatlichen Raten von Fr. 500.–) SVA ZH 4'680.00 (in Betreuung) Staat Zürich und Stadt F._____ 821.20 (in Betreuung) Verlustscheinforderungen 6'682.25 Schweiz. Eidgenossenschaft 5'814.53 (angeblich zahlbar in vier Raten) (MWSt) 20'031.58 Ungewiss ist der Bestand der von der Schuldnerin bestrittenen Forderung der K._____ AG in Höhe von Fr. 3'764.90, wofür die Betreuung eingeleitet wurde (act. 2 S. 4).

- 8 - An der Einvernahme durch das Konkursamt nannte der Geschäftsführer "ungefähr" 2 Erst-Klass-Gläubiger mit einer Gesamtforderung ca. Fr. 6'500.– und "ungefähr" 2 Zweit-Klass-Gläubiger mit einer Gesamtforderung von "ca." Fr. 8'114.53 (act. 5/2 S. 13). 2.4. Die kurzfristigen Forderungen der Schuldnerin setzten sich nach den Ausführungen in der Beschwerdeschrift im Zeitpunkt der Konkursöffnung wie folgt zusammen (Beträge in Fr.): L._____ AG: Zahlungsrückbehalt, 18'900.00 fällig nach mängelfreier Abgabe bzw. – laut Vertrag – Abnahme des Werks gemäss Offerte vom 4. Juli 2012, welche unmittelbar bevorstehe, da die Fertigstellungsmeldung erfolgt sei (act. 2 S. 6/7, act. 5/13, act. 5/2 S. 12)

Rechnung vom 4. April 2013 für Zusatzarbeiten (act. 2 S. 7, 10'260.00 29'160.00 act. 5/14) M.____ AG: Erste Akontorechnung über Fr. 11'800.– vom 3. Mai 2013 11'800.00 11'800.00 (act. 2 S. 7, act. 5/16, act. 5/2 S. 12) N.____ AG: Garantierückbehalt aus einer vergangenes Jahr verrichteten 6'600.00 Arbeit (Montage Wärmeverteilung 3 Mehrfamilienhäuser zu je Fr. 22'000.–; act. 2 S. 8, act. 5/17–18) Fälliger Teil einer Rechnung aus neuem Auftrag von 15'000.00 21'600.00 Fr. 28'500.– zuzüglich MWST (act. 2 S. 8) 62'560.00 Dass die als Beilage eingereichte, an die L.____ AG adressierte Regie-Rechnung vom 6. Januar 2013 über Fr. 7'476.85 offen sei, wird nicht geltend gemacht (act. 2 S. 7, act. 5/14). Ob die Forderung gegen N.____ AG von Fr. 6'600.– (Garantierückbehalt aus einer vergangenes Jahr verrichteten Arbeit: Montage Wärmeverteilung in 3 von 5 Mehrfamilienhäusern) fällig ist oder demnächst fällig wird, mag dahingestellt bleiben (act. 2 S. 8, act. 5/17–18). Über nennenswerte flüssige Mittel verfügte die Schuldnerin im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht (Bank: Fr. 15, Kasse: Fr. 0; vgl. Protokoll Konkursamt vom 16. Mai 2013, act. 5/2 S. 12 und 13).

- 9 - 2.5. Die Schuldnerin behauptet, mit Aufträgen gut ausgestattet zu sein (act. 2 S. 8). Konkret lässt sich den Akten dazu Folgendes entnehmen: – An der konkursamtlichen Einvernahme gab der Geschäftsführer der Schuldnerin zu Protokoll, dass mit M.____ AG ein nicht oder nur teilweise erfüllter Vertrag bestehe (act. 5/2 S. 9 Ziff. 26; O.____-Strasse). In der Beschwerdeschrift behauptet die Schuldnerin konkret, dass auf der Baustelle O.____-Strasse ... der M.____ AG auf sieben Stockwerken Heizungsinstallationen vorzunehmen seien und, nachdem ein Stockwerk ausgeführt sei, die Diskussion über die Festsetzung des Pauschalwerkpreises bezüglich der weiteren Stockwerke laufe. Sie legt eine "erste Akontorechnung" über Fr. 11'800.– vom 3. Mai 2013 vor, worin das Stockwerk 2 des Neubaus O.____-Strasse erwähnt wird (act. 2 S. 7, act. 5/16). – Bei den Akten liegt ein von der Schuldnerin am 7. Oktober 2011 mit der Firma N.____ AG geschlossener Werkvertrag für die "Montage Wärmeverteilung" in fünf Häusern eines Bauprojekts zum Preis von Fr. 22'000.– pro Haus (act. 5/18). Einer Rechnung vom 7. September 2012 lässt sich entnehmen, dass die Arbeiten in drei Häusern erledigt sein dürften (act. 5/17). Die Schuldnerin behauptet, der Firma N.____ AG für einen neuen Auftrag im Betrag von Fr. 28'500.– zuzüglich MWST Rechnung gestellt zu haben, wovon Fr. 15'000.– fällig seien (act. 2 S. 8). – In einer "Auftragsbestätigung" vom 15. Mai 2013 erklärt die P.____ AG, ... [Ortschaft], dass sie der Schuldnerin im laufenden Jahr gerne noch mehrere Aufträge mit einem Volumen von Fr. 25'000 bis Fr. 50'000 übergäbe (act. 2 S. 7, act. 5/15; vgl. act. 5/2 S. 9 Ziff. 26). 3. Die Zahlungsfähigkeit ist nach der Rechtsprechung dann als glaubhaft zu beurteilen, wenn sie aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Zahlungsgewohnheiten des Schuldners wahrscheinlicher erscheint als seine Zahlungsunfähigkeit (BGer 5A_230/2011 vom 12. Mai 2011, E. 3 mit Hinweisen). Das Gericht muss aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit erhalten, dass in absehbarer Zeit genügend Liquidität vorhanden ist, um neben den laufenden Verbindlichkeiten die bereits fälligen Schulden zu decken.

- 10 - Laut Jahresrechnung 2012 standen Ende 2012 kurzfristigem Fremdkapital von Fr. 50'951.59 kurzfristig realisierbare Aktiven von Fr. 48'352.53 gegenüber (rund 95 %). Seit Ende 2012 bis zur Konkurseröffnung haben sich nach der Darstellung in der Beschwerdeschrift die für die Beurteilung der Liquidität massgeblichen Bilanzpositionen in etwa wie folgt entwickelt (vgl. act. 5/12; der aktuelle Stand der flüssigen Mittel ergibt sich aus dem Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes): 31.12.2012 Zeitpunkt der

Konkurseröffnung (Zahlen gem. Bilanz 2012) (Fr.) (Fr.) Flüssige 22'353 0 Mittel (Kasse, Bank) Debitoren 28'900 62'560 kurzfristiges 50'952 rd. 20'000 Fremdkapital (einschliesslich Forderung K. _____ AG: rd. 23'800) Auf der Basis dieser Zahlen, die aus den Angaben der Schuldnerin selbst folgen, muss die Schuldnerin wohl als zahlungsfähig eingeschätzt werden. Zu prüfen bleibt immerhin, ob sich in den Darlegungen der Schuldnerin weitere Anhaltspunkte ergeben, die ein abweichendes Bild zeigen, das als glaubhaft gewertet werden kann. Vorab ist festzuhalten, dass kein Zwischenabschluss vorliegt, welcher eine Übersicht über die im Jahre 2013 angefallenen Erträge und Aufwendungen vermitteln würde. Substanziertere und wenigstens insoweit plausible Ausführungen zum Geschäftsgang seit Januar 2013 finden sich auch in der Beschwerdeschrift nicht. Angaben zu den Geldflüssen in der fraglichen Zeit fehlen. Für die Abnahme des kurzfristigen Fremdkapitals im Jahre 2013 gibt es keine plausible, konkrete Gründe. Nach Darstellung der Schuldnerin hatte sich einerseits der dreiwöchige Ausfall des Geschäftsführers massiv auf den Betrieb ausgewirkt. Der Geschäftsführer habe andererseits aber im Zusammenhang mit

- 11 - dem Tod seines Vaters auch einen nicht unerheblichen Geldbedarf gehabt. Das spricht für die Annahme, dass Mittel der Schuldnerin für nicht geschäftlich begründete Zwecke eingesetzt wurden. Ob der Bezug akonto Lohn erfolgte, als Darlehen (und wenn ja unter Angabe welcher Laufzeit usw. sowie zur Solvenz des Borgers), wird nicht dargelegt und ist auch sonst nicht ersichtlich. Dergleichen Bezüge ohne Belege erwecken jedenfalls grundsätzliche Zweifel an der Seriosität der Buchführung der Schuldnerin und damit ebenso an ihrer Darstellung zum Geschäftsgang im Übrigen. Die Behauptung, dass an Kreditoren ausserhalb des Betreibungsregistrauszuges nur jene der Eidgenössischen Steuerverwaltung von Fr. 5'814.53 (MWST 4. Quartal 2012) offen seien, ist in keiner Weise belegt (act. 2 S. 6). Substanziertere Äusserungen der Schuldnerin zur Frage, wie sich die Abnahme des Fremdkapitals mit dem Umstand vereinbaren lässt, dass gemäss Betreibungsregistrauszug drei im April 2013 abgeschlossene Betreibungsverfahren zu einem Verlustschein nach Art. 115 SchKG geführt hatten, fehlen. Die vollständige Ungewissheit über den effektiven Bestand der vorhandenen Schulden steht der Annahme der Zahlungsfähigkeit entgegen. Angesichts der Betreibungsverfahren, die mit einem Verlustschein nach Art. 115 SchKG endeten, kann Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit nicht leichthin angenommen werden. Die Annahme, die von der Schuldnerin eingeräumten Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur, wäre unter den gegebenen Umständen Spekulation. Die Auftragslage der Schuldnerin lässt sich aufgrund der Akten schwer beurteilen. Die zukünftige Ertragsentwicklung kann jedenfalls nicht prognostiziert werden. Erwähnt sei schliesslich auch noch, dass der Eintritt der Voraussetzungen für die Fälligkeit der vorn erwähnten Zahlungsrückbehalte, ins- besondere die Mängelfreiheit der für die L. _____ AG ausgeführten Arbeiten, nicht dargetan ist. Die in den Debitoren per Datum der Konkurseröffnung enthaltenen Zahlungsrückbehalte beruhen im Übrigen wohl zu einem erheblichen Teil auf Arbeiten, die noch im Jahre 2012 verrichtet wurden. Bezüglich des Zahlungsrückbehalts der L. _____ AG, der seine Grundlage in einem im Jahre

- 12 - 2012 geschlossenen Werkliefervertrag hat (act. 5/13), findet sich der entscheidende Hinweis in der MWST-Verprobung des letzten Quartals 2012, worin Zahlungen der L. _____ AG von Fr. 142'500.- erfasst sind (act. 5/20). Der Zahlungsrückbehalt der N. _____ AG sodann wurde schon in einer Rechnung vom 7. September 2012 erwähnt (act. 5/17). Ob die Schuldnerin die Zahlungsrückbehalte im Jahre 2012 verbucht hat – in Frage

kommt nur das Debitorenkonto mit einem Saldo per Jahresende von Fr. 28'900.—, ist ungewiss, was die Aussagekraft des Jahresabschlusses 2012 schmälert. V. Da die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung nicht erfüllt sind, ist die Beschwerde abzuweisen. Weil dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs über die Schuldnerin neu zu eröffnen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Schuldnerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Der Gläubigerin ist für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.