

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170080-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 4. Mai 2017

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. März 2017 (EK170012)

Erwägungen:

1. Die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) setzte mit Zahlungsbefehlen des Betreibungsamtes Mittleres Tösstal vom 9. Juni 2015 sowie vom 8. September 2015 eine Forderung von Fr. 1'710.-- zzgl. 5% Zins seit 1. April 2015 und Fr. 50.-- Mahngebühren (Betreibung Nr. 1, act. 7/7/2) sowie eine Forderung von Fr. 1'710.-- zzgl. 5% Zins seit 1. Juli 2015 und Fr. 50.-- Mahngebühren (Betreibung Nr. 2, act. 7/2) gegen die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) in Betreibung.

2.1 Die Schuldnerin hatte die den Betreibungen zugrundeliegenden Forderungen mit Zahlung an das Betreibungsamt vom 20. Januar 2017 im Umfang von Fr. 4'395.60 und damit nicht vollständig getilgt, wobei die verbleibende Schuld Fr. 314.40 betrug (act. 7/7/7 und act. 13). Mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. März 2017 wurden die beiden zunächst separat angelegten Konkursöffnungsverfahren (Proz.-Nrn. EK170011 [=act. 7/7] und EK170012 [act. 7]) vereinigt, unter der Proz.-Nr. EK170012 weitergeführt und über die Schuldnerin für Forderungen von Fr. 2'344.40 inkl. Zins und Spesen (Betreibung Nr. 2) sowie Fr. 2'365.60 inkl. Zins und Spesen (Betreibung Nr. 1) sowie je Fr. 500.-- Gerichtskosten der Konkurs eröffnet. Die Spruchgebühren wurden wie folgt festgesetzt (act. 6 = act. 7/8):

"EK170012	Fr. 500.--
EK170011	Fr. 500.--
Total:	Fr. 1'000.--".

2.2 Zur Spruchgebühr drängt sich folgender Hinweis auf: Auch wenn, wie im vorliegenden Fall, zwei Konkursöffnungsverfahren vereinigt werden, wird mit dem Urteil der Konkurs über die Schuldnerin nur einmal eröffnet und wäre daher die Spruchgebühr entgegen Dispositiv-Ziffer 4 des vorerwähnten Entscheides (act. 6) auch nur einmal zu erheben gewesen. Mangels entsprechender Rüge ist von einer Korrektur im Rechtmittelverfahrens abzusehen.

3.1 Gegen die Konkureröffnung führte die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. März 2017 rechtzeitig (vgl. act. 7/9/1) Beschwerde und stellte den prozessualen Antrag, es sei dieser die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 und act. 5/2-7).

3.2 Diesem Antrag wurde mit Verfügung der Kammer vom 27. März 2017 einstweilen nicht entsprochen, da eine vollständige Tilgung der beiden Konkursforderungen nicht nachgewiesen worden war. Die Schuldnerin wurde sodann auf die Möglichkeit der Ergänzung ihrer Beschwerde hinsichtlich Tilgung und Zahlungsfähigkeit innert laufender Rechtsmittelfrist hingewiesen. Im Weiteren wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt (act. 9).

3.3 Am 29. März 2017 hinterlegte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 5'710.-- (act. 12). Damit waren neben dem noch offenen Restbetrag der Konkursforderungen von Fr. 314.40 sämtliche Kosten und der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren gedeckt. Gleichentags wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die der Schuldnerin angesetzte Frist zur Leistung des Kostenvorschusses abgenommen (act. 13). Innert der am 3. April 2017 endenden Rechtsmittelfrist reichte sie eine verbesserte Beschwerdeschrift (act. 15 = act. 17) sowie weitere Unterlagen ein (act. 5/8-12; act. 11/1-10 = act. 18/1 und /3-10; act. 18/4) und bezahlte auch den Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 19 und act. 20).

4.1 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 Konkurshinderungsgründe (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 Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist selbst dann erhe-

ben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

4.2 Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich die Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf (vollständige) Tilgung/Hinterlegung, muss sie innert der Beschwerdefrist nachweisen, dass sie neben der Spruchgebühr des erstinstanzlichen *Konkursgerichtes* insbesondere auch die Kosten des *Konkursamtes* bezahlt oder sicher gestellt hat (betr. Konkurskosten vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.2).

5.1 Die Schuldnerin hatte die dem Konkurs zugrundeliegenden Forderungen in Höhe von total Fr.4'710.-- (inkl. Zins und Kosten) bereits am 20. Januar 2017 im Umfang von Fr. 4'395.60 durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen (act. 7/7/7). Mit der am 29. März 2017 erfolgten Hinterlegung von Fr. 5'710.-- bei der Obergerichtskasse (act. 12) konnte sie sodann die Sicherstellung des offenen gebliebenen Restbetrages in Höhe von Fr. 314.40 nachweisen.

5.2 Weiter belegte die Schuldnerin, am 27. März 2017 den Betrag von Fr. 1'000.-- beim Konkursamt Turbenthal hinterlegt zu haben. Dieses bestätigte, den Betrag zwecks "Sicherstellung der konkursamtlichen Kosten i.S. B. _____ gegen A. _____ AG (Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 21. März 2017)" erhalten zu haben (act. 5/9). Dass der Betrag indes nicht die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 1'000.-- und zusätzlich auch die Kosten des Konkursamtes zu decken vermag, liegt auf der Hand. Das Notariatsinspektorat macht die Konkursämter seit April 2013 via Intranet darauf aufmerksam, dass mit dem hinterlegten Betrag sowohl die mutmasslichen Kosten der Konkursverwaltung als auch die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes gedeckt sein müssen und dies in den Bestätigungen auch ausdrücklich zu erklären ist. Das Konkursamt Turbenthal ist einzuladen, sich inskünftig daran zu orientieren und entsprechend eindeutige Quittungen auszustellen.

Eine Abweisung der Beschwerde lediglich aus diesem Grund würde sich jedoch nicht rechtfertigen, wenn der fristgerecht beim Obergericht hinterlegte Be-

trag von Fr. 5'710.-- nebst der Sicherstellung der Restforderung von Fr. 314.40 auch die Kosten des Konkursamtes zu decken vermag. Davon kann vorliegend ohne Weiteres ausgegangen werden.

5.3 Nach dem Gesagten ist der Konkursshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

6. 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, 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 finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass 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.

7.1.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage vermittelt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Beteiligungsamtes Mittleres Tösstal vom 24. März 2017 (act. 5/8 = act. 11/2) wurde die Schuldnerin im Zeitraum August 2014 bis März 2017 (die Schuldnerin wurde am tt. September 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, act. 8) insgesamt 116 Mal betrieben. Etwa die Hälfte aller Beteiligungen, nämlich 57, resultiert aus dem Zeitraum Januar 2016 bis März 2017 (davon entfallen 13 auf das erste Quartal des laufenden Jahres) und zwar für eine Gesamtsumme von knapp Fr. 681'500.-- (darin nicht enthalten sind die beiden dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Forderungen aus den Jahren 2015). Davon sind drei Beteiligungen im Umfang von Fr. 78'040.90 erloschen und

eine Betreibungsforderung in Höhe von Fr. 8'603.35 durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen. Drei weitere Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 48'706.80 sind im Beteiligungsregisterauszug mit dem Vermerk " Befriedigung nach Verwertung" versehen.

7.1.2 Sechs Beteiligungen im Umfang von Fr. 96'325.95 waren am 24. März 2017 im Stadium "ZB Beteiligung eingeleitet". In 26 Beteiligungen mit einer Gesamtsumme von Fr. 203'118.20 wurde Rechtsvorschlag erhoben. 18 Beteiligungen mit einer Forderungssumme von total Fr. 246'629.95 befinden sich im Stadium Pfändung/Verwertung, wobei es sich bei diesen Forderungen ausschliesslich um solche von öffentlich-rechtlichen Gläubigern handelt. Diese sind zwar von der Beteiligung auf Konkurs ausgeschlossen (Art. 43 SchKG), jedoch für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sehr wohl von Bedeutung (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 174 SchKG). Nach dem Gesagten sind offene Beteiligungsforderungen im Umfang von knapp über Fr. 546'000.-- zu berücksichtigen.

Der Umstand allein, dass in zahlreichen Beteiligungen Rechtsvorschlag erhoben wurde (vgl. act. 5/8 und act. 18/4 Blatt 1), reicht nicht aus, um den Nichtbestand dieser Beteiligungsforderungen glaubhaft darzutun. Die Schuldnerin äusserte sich zu keiner der noch offenen Beteiligungspositionen. Sie führte hiezuhediglich aus, dass umgehend nach Freischaltung ihres Kontos ca. Fr. 37'000.-- an das Beteiligungsamt bezahlt werden könnten und gemäss Liquidationsplan per Ende 2017 eine weitere Zahlung von mindestens Fr. 169'000.-- getätigt werden könne, so dass bis dann die "bis heute erkennbaren Positionen für dieses Kapitel getilgt sind" (act. 17 S. 2). Dabei verkennt sie, dass die offenen Beteiligungsforderungen von Fr. 546'000.-- weit über diesen beiden Beträgen liegen.

7.2 Zur finanziellen Lage des Unternehmens liess die Schuldnerin durch ihr einziges Mitglied des Verwaltungsrates, C._____ (vgl. act. 8), zusammenfassend ausführen, die angespannte Liquiditätssituation sei Folge von diversen Fehlern. Neben kaufmännischen Fehlern habe die Firma kurz nach der Gründung ca. 15 Mitarbeiter gezählt und die hiezuh erforderlichen Anfangsinvestitionen von über 1,2 Mio. Franken innert drei Jahren seien für den Kleinbetrieb nach dem heutigen

Kenntnisstand nicht tragbar gewesen. Hinzu sei eine ungenügende Arbeitsauslastung gekommen, was zur Reduktion des Personalbestandes auf 10 Mitarbeiter geführt habe. Die Konsolidierung der Firma auf dem heutigen Stand mit Maschinen, Personal und einem ausgewogenen, guten Auftragsbestand garantiere, dass die alten Schulden und Betreibungen innert nützlicher Frist abgebaut werden könnten und zu einem geordneten Geschäftsbetrieb übergegangen werden könne. Im laufenden Jahr stünden keine weiteren Investitionen zur Disposition (act. 17 S. 1-3).

In den sich auf Fr. 399'203.55 belaufenden Debitoren sei auch die Position des Hauptkunden, der Firma D._____ AG, mit einem Guthaben von Fr. 210'080.50 enthalten, was zeige, dass die Schuldnerin lange auf Zahlungen in der Baubranche warten müsse. Die Kreditoren in Höhe von Fr. 1'143'805.24 umfassten die lang-, mittel- und kurzfristigen Kreditoren sowie solche, mit welchen spezielle Vereinbarungen getroffen worden seien. Während die kurzfristigen Kreditoren fortlaufend bezahlt würden, werde die Begleichung der mittelfristigen Kreditoren bis September 2017 erfolgen (act. 17 S. 2 f.).

Per 1. März 2017 habe der Auftragsbestand Fr. 1'810'000.-- betragen bzw. belaufe sich zufolge weiterer Aufträge nunmehr auf Fr. 2'100'000.--. Die pendenten Offerten für das laufende Jahr hätten ein Volumen von ca. Fr. 9 Mio. Aufgrund der Auftragsliste und der technischen Möglichkeiten sei eine monatliche Umsatzaufstellung erarbeitet worden mit Vergleich zu Vorjahren. Die ersten drei Monate seien bereits erreicht und die weiteren Monate seien aufgrund des Auftragsbestandes vorgegeben. Die Auftragsliste bilde die Einnahmenbasis für das Budget 2017. Gemäss diesem sollten am Jahresende alle monetären Probleme gelöst sein (act. 17 S. 2 f.).

7.3.1 Zum Beleg ihrer liquiden Mittel reichte die Schuldnerin zwei Kontoauszüge ein. Der Saldo auf dem Konto PostFinance belief sich per 28. März 2017 auf Fr. 94'470.45 (act. 11/4 = act. 18/4). Dieses Konto scheint für den Geschäftsbetrieb nicht aktiv genutzt zu werden. So erfolgten im dargestellten Zeitraum Januar 2016 bis März 2017 nur zwei Gutschriften: Am 15. Dezember 2016 zahlte die Schuldnerin (vermutlich um den Negativsaldo von Fr. -38.00 auszugleichen)

Fr. 100.-- ein und am 28. März 2017 erfolgte eine Gutschrift von Fr. 94'479.30, einbezahlt von E._____, ... [Ortschaft]. Ausser den üblichen Kontoführungsspesen sind sodann auf diesem Konto seit Januar 2016 auch keine Lastschriften verbucht.

7.3.2 Das Konto bei der UBS wies per 28. März 2017 einen Saldo von Fr. 33'612.37 auf (act. 11/4 = act. 18/4). Aus einem weiteren Dokument der UBS ("Pendente Zahlungen") vom 20. März 2017 ist der Auftrag für Salärzahlungen per 24. März 2017 in Höhe von Fr. 58'809.65 ersichtlich (act. 11/4 = act. 18/4). Auffällig ist, dass der Kontoauszug der UBS für den Zeitraum 27. Dezember 2016 bis 28. März 2017 keine weiteren Belastungen in etwa der Höhe der Salärzahlungen erhält. Ob das Mitarbeitersalär allenfalls gestaffelt ausbezahlt wurde, was unüblich wäre, ist nicht bekannt.

Die Schuldnerin machte im Zusammenhang mit ihrer Liquidität geltend, zugesagte Geldeingänge von ca. Fr. 60'000.-- seien wegen der Publizierung im SHAB ausgeblieben, aber definitiv zugesagt worden, wenn weiter gearbeitet werden könne. Mit diesen Beträgen könnten die Löhne in Höhe von Fr. 58'809.65 für den Monat März 2017 bezahlt und eine Zahlung an das Betreibungsamt von ca. Fr. 37'000.-- geleistet sowie Einkäufe von Zement, Ankermaterial etc. getätigt werden (act. 17 S. 2). Woraus sich die von der Schuldnerin geltend gemachte Zusage der Zahlung von Fr. 60'000.-- konkret ergeben soll (bereits fällige Forderungen, verbindliche neue Aufträge etc.), wurde weder näher dargelegt noch dokumentiert und damit auch nicht glaubhaft dargetan. Es ist daher davon auszugehen, dass mit Ausführung der pendenten Salärzahlungen für März 2017 auf dem UBS Konto ein Negativsaldo von Fr. -25'197.28 resultiert, welcher indes durch das Guthaben auf dem Konto PostFinance gedeckt ist.

7.4.1 Gemäss Auszug aus der Buchhaltung der Schuldnerin "Offene Posten per 28. März 2017" stehen den Debitoren (fällig im Zeitraum April 2015 bis Mai 2017) in Höhe von Fr. 399'203.55 (lang-, mittel- und kurzfristige, vgl. act. 17 S. 2) Kreditoren (fällig im Zeitraum Juni 2014 bis April 2017) in Höhe von Fr. 1'143'805.24 gegenüber (act. 11/6 = act. 18/6). Dass, wie von der Schuldnerin behauptet (act. 17 S. 2 f.), die Position 21 der Kreditoren (= Fr. 87'619.25,

F._____ AG) vereinbarungsgemäss durch Arbeiten für diese Firma getilgt und sich die Position 49 (= Fr. 158'137.02, G._____ GmbH), für welche eine Bürgschaft von C._____ wie auch eine Zahlungsvereinbarung bestehen soll, zufolge Mängelrüge um ca. Fr. 35'000.-- verringern werde, wurde von der Schuldnerin weder näher dargelegt noch belegt, weshalb die Kreditoren im gesamten ausgewiesenen Betrag zu berücksichtigen sind. Dabei handelt es sich zum Grossteil um kurzfristige Kreditoren (vgl. nachstehend Ziff. 7.6.1).

7.4.2 Obschon sich die Schuldnerin nicht explizit dazu äussert, lassen sich die meisten Betreibungsforderungen den entsprechenden Kreditoren-Positionen zuordnen, weshalb zu ihren Gunsten vermutungsweise davon auszugehen ist, dass in den buchhalterisch erfassten Kreditoren für den Zeitraum Juni 2014 bis April 2017 (act. 11/6 = act. 18/6) auch sämtliche noch offenen Betreibungsforderungen enthalten sind.

7.4.3 Nicht nachvollziehbar ist die von der Schuldnerin eingereichte Excel-Tabelle zu den Debitoren ausschliesslich für den Zeitraum Januar bis März 2017 (act. 5/10 = act. 11/8). Diese Positionen mit Fälligkeiten bis Ende März 2017 müssten bereits im vorerwähnten Buchhaltungsauszug per 28. März 2017 (act. 11/6 = act. 18/6) enthalten sein. Ein Vergleich mit diesem zeigt, dass sich gemäss Buchhaltungsauszug die noch offenen Debitoren für das erste Quartal 2017 auf ca. Fr. 270'000.-- belaufen (Schuldner: H._____ AG, I._____ und E._____, act. 11/6 = act. 18/6), während die Schuldnerin in ihrer Excel-Tabelle Debitoren von knapp Fr. 422'000.-- für selbige Periode aufführt (act. 5/10 = act. 11/8). So sind denn auch in ihrer Excel-Tabelle zusätzliche Positionen enthalten, welche im unterzeichneten Buchhaltungsauszug nicht zu finden sind. Dies wäre erklärungsbedürftig gewesen. Es ist somit ausschliesslich vom Buchhaltungsauszug (act. 11/6 = act. 18/6) auszugehen.

7.4.4 Dass der Schuldnerin von Gläubigern ein Zahlungsaufschub gewährt worden wäre, wie sie in einer handschriftlichen Notiz festhält (vgl. act. 11/2 vorletztes Blatt) wurde weder belegt noch wurde erläutert, um welche Gläubiger und Beträge es sich konkret handelt. Ein Zahlungsaufschub wurde somit nicht glaubhaft gemacht.

7.5 Unter Berücksichtigung der Debitoren in Höhe von Fr. 399'203.55 sowie des Guthabens bei der PostFinance von Fr. 94'470.45 und des (nach Zahlung der Märzsaläre) negativen Saldo auf dem UBS Konto von Fr. -25'197.28 (vgl. vorstehend Ziff. 7.3.2), denen Kreditoren in Höhe von total Fr. 1'143'805.24 (inkl. der Betreuungsforderungen, vgl. vorstehend Ziff. 7.4.2) gegenüber stehen, hat die Schuldnerin noch Schulden im Umfang von knapp über Fr. 675'000.-- abzutragen.

7.6.1 In der Bilanz mit Stichtag 31. Dezember 2016 ist ihr Umlaufvermögen mit Fr. 637'699.32 bilanziert (flüssige Mittel Fr. 39'952.17, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen Fr. 357'737.15, übrige kurzfristige Forderungen Fr. 5'878.80, Warenvorräte/angefangene Arbeiten Fr. 234'131.20). Das Anlagevermögen hatte einen Wert von Fr. 986'532.--, wobei auf die mobilen Sachanlagen Fr. 936'532.-- (darunter insb. Baumaschinen und Geräte im Umfang von Fr. 810'000.--) und das nicht einbezahlte Aktienkapital Fr. 50'000.-- entfielen (act. 11/7 = act. 18/7).

Auf der Passivseite beträgt das kurzfristige Fremdkapital Fr. 1'442'121.23 (Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen Fr. 1'035'046.84, Verbindlichkeiten gegenüber verb. Unt./Organen Fr. 195'376.92, übrige Verbindlichkeiten Fr. 178'681.37, Rückstellungen Fr. 33'016.10). Das langfristige Fremdkapital ist mit Fr. 109'754.76 (Miete-Kauf Maschinen und Leasing Fahrzeuge) und das Eigenkapital mit Fr. 72'355.33 bilanziert (Aktienkapital Fr. 100'000.--, Verlustvortrag Fr. -27'757.17, Jahresgewinn Fr. 112.50, act. 11/7 = act. 18/7).

7.6.2 In der Erfolgsrechnung 2016 wurde ein Ertrag von total Fr. 2'613'559.45 ausgewiesen (Ertrag aus Arbeiten und Material Fr. 2'742'267.88, Bestandsänderungen an nicht fakturierten Leistungen Fr. -87'523.-- und Erlösminderungen Fr. -41'185.43). Die Aufwände von total ca. Fr. 2'613'445.-- sind verbucht mit: Materialaufwand Fr. 833'513.25, bezogene Dienstleistungen Fr. 34'011.48, Personalaufwand Fr. 1'062'108.52, Betriebsaufwand Fr. 550'613.15, Abschreibungen Fr. 118'801.16, Finanzaufwand Fr. 14'397.64, Staats- und Gemeindesteuern Fr. 1.75. Der Jahresgewinn betrug Fr. 112.50.

8.1 Es ist augenscheinlich, dass die beträchtlichen kurzfristigen Kreditoren mit dem Bankguthaben und den Debitoren bei weitem nicht gedeckt sind. Die Schuldnerin wies für ihre finanziellen Schwierigkeiten insbesondere auf die hohen Anfangsinvestitionen von ca. Fr. 1,2 Mio. hin (act. 17). Den eingereichten Unterlagen ist zu entnehmen, dass diese zum Grossteil in den Jahren 2013 bis 2015 erfolgten (act. act. 11/7 = act. 18/7; act. 11/9). Aus den Jahresrechnungen der vergangenen Jahre ist sodann ersichtlich, dass die Schuldnerin den Jahresverlust 2013/2014 von Fr. -21'483.-- im Folgejahr auf Fr. -6'274.-- reduzieren und im Geschäftsjahr 2016 erstmals einen Jahreserfolg von Fr. 112.50 ausweisen konnte, wenn auch zufolge des Verlustvortrages aus dem Vorjahr schliesslich ein Bilanzverlust von Fr. -27'644.67 resultierte. Fraglich ist, weshalb sie trotz grundsätzlich positiven Geschäftsgangs weiterhin zahlreiche Betreibungen (vgl. vorstehend Ziff. 7.1.1) in beträchtlichem Umfang generiert hat. Dies wurde von der Schuldnerin nicht erläutert.

8.2 Die Schuldnerin wies in ihrer Beschwerdeschrift auf diverse Veränderung im Geschäftsjahr 2016 im Vergleich zum Vorjahr hin, so auf die Reduktion ihrer langfristigen Kreditoren (Verbindlichkeiten aus Miete-/Leasing) von Fr. 271'949.64 auf Fr. 109'754.76 sowie des kurzfristigen Kreditorenpostens "KK Vorsorgeeinrichtung" von Fr. 99'906.50 auf Fr. 56'445.90 (act. 17 S. 3). Auch die kurzfristigen Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen konnte von Fr. 1'137'472.-- auf Fr. 1'035'046.-- gesenkt werden. Augenfällig ist, dass in der angespannten finanziellen Situation das der Schuldnerin von J._____ offenbar gewährte Darlehen nicht etwa gestundet oder in langfristiges Fremdkapital umgewandelt, sondern von Fr. 77'160.-- auf Fr. 3'717.-- zurückbezahlt wurde (act. 11/7 = act. 18/7).

8.3 Aus der Jahresrechnung ist weiter ersichtlich, dass der Umsatz aus "Arbeiten und Material" in den Geschäftsjahren 2015 und 2016 konstant bei ca. Fr. 2,7 Mio. lag, während der Aufwand 2016 im Vergleich zum Vorjahr um ca. 8% gesenkt werden konnte. Zwar führten die Positionen "Bestandsänderung nicht fakturierte Leistungen" mit Fr. -87'523.-- und Erlösminderungen Fr. -41'185.43 schliesslich zu einem leichten Ertragsrückgang, zufolge Kostenre-

duktionen (vgl. nachstehend Ziff. 8.4) konnte im Geschäftsjahr 2016 jedoch wie gesagt erstmals ein Jahreserfolg ausgewiesen werden.

8.4 Gemäss Aufstellung der Schuldnerin belief sich ihr Auftragsbestand per 1. März 2017 auf Fr. 1'810'000.-- (act. 5/12 = act. 11/5). Gestützt auf die Auftragsliste und ihre "technischen Möglichkeiten" habe sie eine monatliche Umsatzaufstellung erarbeitet (act. 11/8 = act. 18/8), welche die Einnahmebasis für das Budget 2017 (act. 11/10 = act. 18/10) bilde. Der Umsatz für das erste Quartal 2017 sei denn auch erreicht worden (act. 17 S. 3), welche Darstellung indes unbelegt blieb. Der Umsatz allein sagt jedoch noch nichts über den eigentlichen Geschäftserfolg aus. Konkrete Ausführungen zu Ausgaben bzw. Aufwendungen betreffend das erste Quartal 2017 machte die Schuldnerin nicht. Angesichts des Umstandes, dass der Umsatz für das erste Quartal 2017 unter jenem für die gleiche Vorjahresperiode liegt (vgl. act. 11/8 = act. 18/8), der Bestand der liquiden Mittel per 28. März 2017 im Vergleich zum Geschäftsabschluss 2016 zugenommen hat, ist davon auszugehen, dass der Geschäftsgang jedenfalls nicht defizitär war. Wenn auch gemäss Aufstellung der Schuldnerin der Umsatz für das erste Quartal 2017 im Vergleich mit dem Vorjahresquartal zurückgegangen ist, rechnet sie bis Jahresende mit einem Zuwachs um 8,3% auf Fr. 2,97 Mio. und damit bei fast unverändert bleibendem Aufwandvolumen (2016 = 2'613'445.--, 2017 = Fr. 2'621'000.--, act. 11/10 = act. 18/10) mit einem Jahresgewinn von Fr. 349'000.-- (act. 11/10 = act. 18/10). Dies erscheint im Vergleich zu den Erträgen (aus Arbeit und Material) der Vorjahre 2016 und 2015 in Höhe von je ca. Fr. 2,7 Mio. nicht unrealistisch, zumal die Schuldnerin bereits Sanierungsmassnahmen ergriffen hat. So wurden mit Ausnahme des Finanzaufwandes sämtliche Aufwandpositionen in den letzten beiden Jahren kontinuierlich gesenkt. In diesem Sinne wurde auch der Personalbestand angepasst und die entsprechenden Kosten von Fr. 1'189'954.72 auf Fr. 1'062'108.52 reduziert. Sodann stehen gemäss Darstellung der Schuldnerin für das Jahr 2017 keine grösseren Investitionen (mehr) an.

Die Offerten für das Jahr 2017 in Höhe von Fr. 9 Mio. (act. 11/5 = act. 18/5) müssen unberücksichtigt bleiben, da es sich bei diesen nicht um verbindliche Aufträge handelt.

8.5 Der Liquidationsplan der Schuldnerin, gemäss welchem der Saldo 2017 mit Fr. 726'000.-- veranschlagt ist und die alten Schulden bis in der zweiten Jahreshälfte bezahlt werden könnten (act. 18/4), erscheint indes wenig realistisch. Die darin aufgeführten Ausgaben sind einerseits zu tief (so ist z.B. der Lohnaufwand tiefer als im Budget 2017 und der Jahresrechnung 2016, obschon keine Bestandveränderungen erwähnt wurden) oder fehlen andererseits gänzlich (wie z.B. der Betriebsaufwand). Ebenfalls nicht nachvollziehbar ist sodann die vorgenommene Reduktion der Kreditoren. Dass gewisse Forderungen als bestritten aufgeführt werden, ist irrelevant, da sich die Schuldnerin hiezu nicht näher äusserte (vgl. Ziff. 7.1.2). Ausgehend von einem voraussichtlichen Gewinn für das Geschäftsjahr 2017 in Höhe von Fr. 349'000.-- wäre bei mindestens konstant bleibendem positiven Geschäftsgang mit der Abzahlung der restlichen Schulden erst in eineinhalb Jahren zur rechnen.

9. Die finanzielle Situation der Schuldnerin erscheint nach dem Gesagten als äusserst angespannt. Ihre kurzfristigen Kreditoren sind durch die vorhandenen flüssigen Mittel und bestehenden Debitoren bei weitem nicht gedeckt. Zahlreiche Betreibungen aus den Jahren 2016/2017 befinden sich im Stadium der Pfändung/Verwertung. Zu Gunsten der Schuldnerin ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Jahresverlust 2015 (= Fr. -6'274.--) gegenüber dem Verlust des ersten Geschäftsjahres 2013/2014 (= Fr. -21'483.--) bedeutend hat reduziert werden können und 2016 auch zufolge Sanierungsmassnahmen erstmals ein wenn auch marginaler Gewinn hat ausgewiesen werden können. Dieser vermochte zwar den seit Beginn der Geschäftstätigkeit bestehenden Verlustvortrag als Folge der u.a. hohen Anfangsinvestitionen nicht zu kompensieren, doch ist die Schuldnerin durchaus in der Lage, Überschüsse zu erzielen. Mit den eingereichten Unterlagen vermochte sie für das Geschäftsjahr 2017 eine realistischen Umsatzsteigerung bei gleich bleibenden Aufwendungen und damit einen positiven Geschäftsgang mit einem Jahresgewinn von knapp Fr. 350'000.-- glaubhaft zu machen. Zwar

konnten auch im ersten Quartal 2017 neue Betreibungen nicht vermieden werden, doch ist der Liquiditätsengpass auch unter dem Gesichtspunkt der hohen Investitionen in den ersten Jahren nach der Gründung zu würdigen, welche gemäss Darstellung der Schuldnerin im laufenden Jahr nicht mehr anfallen werden. Es bestehen nach dem Gesagten Anhaltspunkte für eine anhaltende Verbesserung ihrer finanziellen Situation, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass es ihr möglich sein wird, die restliche Schuld (bestehend zum Grossteil aus öffentlich-rechtlichen Forderungen) in eineinhalb Jahren abzutragen. Demzufolge erweist sich die Beschwerde – obschon es sich um einen Grenzfall handelt – als begründet und ist der über die Schuldnerin am 21. März 2017 eröffnete Konkurs aufzuheben.

10. Durch die verspätete (vollständige) Zahlung bzw. Hinterlegung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

11. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 21. März 2017, 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. 1'000.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 5'710.-- dem Konkursamt Turbenthal zu überweisen.
4. Das Konkursamt Turbenthal wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 9'310.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Schuldnerin, Fr. 2'600.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses sowie Fr. 5'710.-- gemäss Ziff. 3 vorstehend) der Gläubigerin Fr. 3'600.-- zzgl. Fr. 314.40 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2 und act. 15, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Turbenthal, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Mittleres Tösstal, 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. D. Tolic Hamming

versandt am:
5. Mai 2017