

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170111-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 19. Juni 2017

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Pensionskasse Genossenschaft,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. Mai 2017 (EK170077)

Erwägungen:

1.

Am 24. Mai 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen den Konkurs über die Schuldnerin (vgl. act. 3 = act. 6 = act. 7/13, nachfolgend zitiert als act. 6). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 8. Juni 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 7/14/1). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 9. Juni 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (vgl. act. 8). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin rechtzeitig bevorschusst (act. 4/8 und act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich 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. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 22'056.10 nebst Zins zu 5% seit 20. Januar 2017 abzüglich zweier Teilzahlungen (Fr. 2'000.– vom 27. Februar 2017 und Fr. 2'000.– vom 28. März 2017) und Betreuungskosten von Fr. 214.60 (vgl. act. 6). Die Schuldnerin bringt in ihrer Beschwerdeschrift vor, der Gläubigerin sowohl am 24. April 2017 als auch am 26. Mai 2017 Fr. 2'000.– (total Fr. 4'000.–) und am 2. Juni 2017 Fr. 3'000.– be-

zahlt zu haben. Diese Zahlungen sind belegt (vgl. act. 4/2 und act. 4/3). Von der ersten Teilzahlung der Schuldnerin vom 27. Februar 2017 ist die Gläubigerin berechtigt, die Betreuungskosten zu beziehen (vgl. Art. 68 Abs. 2 SchKG), so dass diese Teilzahlung nur noch im Umfang von Fr. 1'785.40 (Fr. 2'000.– ./ Fr. 214.60) zu berücksichtigen ist. Abzüglich sämtlicher Teilzahlungen (Fr. 1'785.40 + Fr. 2'000.– + Fr. 2'000.– + Fr. 2'000.– + Fr. 3'000.–) und zuzüglich Zinsen von Fr. 350.60 ergibt dies eine noch offene Forderung von insgesamt Fr. 11'621.30. Beim Konkursamt Meilen hat die Schuldnerin einen Betrag von Fr. 11'602.50 zuhanden der Gläubigerin hinterlegt (vgl. act. 4/6 und act. 4/7). Damit ist die Konkursforderung im Betrag von Fr. 18.80 noch nicht sichergestellt bzw. hinterlegt (Fr. 11'621.30 ./ Fr. 11'602.50). Da die Schuldnerin den üblichen Kostenvorschuss von Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens bereits an die Obergerichtskasse überwiesen hat (vgl. act. 4/8), ist (ausnahmsweise) davon auszugehen, dass damit auch der geringfügige noch fehlende Betrag von Fr. 18.80 hinterlegt ist. Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Meilen zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'250.– sichergestellt (act. 4/4 und act. 4/5). Damit ist der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

2.3. 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 Zahlungsschwie-

rigkeiten 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).

2.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der eingereichte Auszug vom 31. Mai 2017 umfasst den Zeitraum vom 31. Juli 2013 bis 12. Mai 2017 (vgl. act. 4/9). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin insgesamt 42 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 309'335.10. Auffallend ist zunächst, dass es sich bei 35 Beteiligungen um öffentlich-rechtliche Forderungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und des Kantons Zürich sowie der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich handelt. Der Schuldnerin scheint bekannt zu sein, dass öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht der Konkursbeteiligung 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 beteiligungsrechtliche Forderungen aktuell noch offen sind und wie liquid die Schuldnerin ist (vgl. KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 14).

Von den erwähnten 42 Beteiligungen ist die der vorliegenden Konkursöffnung zugrunde liegende Beteiligung nicht mehr zu berücksichtigen. Zwölf Beteiligungen (alles öffentlich-rechtliche Forderungen) wurden durch Zahlung an das Beteiligungsamt erledigt (total: Fr. 153'941.75) und sechs Beteiligungen sind bereits erloschen (total: Fr. 33'422.60). In drei Fällen wurde die Beteiligung eingeleitet (total: Fr. 9'697.20) und weitere fünf Beteiligungen befinden sich im Stadium der

Pfändung (total: Fr. 19'411.60). Hinzu kommt die Forderung gemäss Betreuung Nr. ... (Fr. 3'510.80). Der Vermerk "Konkursöffnung" dürfte unzutreffend sein, da in der Vergangenheit über die Schuldnerin nie der Konkurs eröffnet wurde. Drei weitere Betreibungen befinden sich bereits im Stadium der Konkursandrohung (total: Fr. 20'687.25). In den elf Betreibungen, die den Status Verwertung aufweisen (total: Fr. 46'607.80), leistete die Schuldnerin Teilzahlungen von insgesamt Fr. 13'790.35 (vgl. act. 14/10-19), so dass noch Fr. 32'817.45 offen sind. Gegenwärtig verbleiben damit noch 23 offene in Betreuung gesetzte Forderungen von Fr. 86'124.30 (= Fr. 9'697.20 + Fr. 19'411.60 + Fr. 3'510.80 + Fr. 20'687.25 + Fr. 32'817.45).

2.3.2. Um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft darzulegen, reichte die Schuldnerin die Bilanzen per Ende 2015 und per Ende 2016, die Erfolgsrechnungen für die Jahre 2015 und 2016 sowie Kontoauszüge von Januar 2017 bis Mai 2017 ein (vgl. act. 4/20+21).

a) Die Bilanz 2016 weist auf der Aktivenseite ein Umlaufvermögen von Fr. 27'235.53 und ein Anlagevermögen von Fr. 534'656.07 auf. Das Umlaufvermögen umfasst neben geringen Kontoguthaben und einem Lohndurchlaufkonto mit Negativsaldo (- Fr. 6'000.-) Forderungen aus Lieferung und Leistungen (Debitoren) in Höhe von Fr. 29'909.75, wobei gemäss Bilanz ein Delkredere-Abzug von 10% vorzunehmen ist. Beschwerdeweise bringt die Schuldnerin vor, dass sich die Debitoren aktuell auf Fr. 35'000.- belaufen würden (vgl. act. 2 S. 4). Obwohl unklar ist, ob im vorgebrachten Betrag das Delkredereerisiko bereits berücksichtigt ist und die Fälligkeits- oder Rechnungsstellungsdaten nicht bekannt sind, darf zugunsten der Schuldnerin in absehbarer Zeit von Zuflüssen in ungefähr der vorgebrachten Grössenordnung ausgegangen werden. Im Zusammenhang mit zu erwartenden Zahlungseingängen bringt die Schuldnerin vor, dass sie demnächst die Vergütung des Restbetrages der Verrechnungssteuer aus dem Jahr 2015 erwartet. Die Schuldnerin liefert dafür keine objektiven Anhaltspunkte, mithin ist nicht ersichtlich, woraus sich dieser Betrag ergeben sollte. Er hat damit ausser Acht zu bleiben. In Bezug auf das bilanzierte Anlagevermögen fällt insbesondere die namhafte Position "KK C. _____" in Höhe von Fr. 1'356'654.58 auf, die um

Fr. 850'000.– wertberichtigt wurde ("WB KK C._____"). Um was es sich bei diesem Anlagewert handelt, der 88% der gesamten Aktiven ausmacht, und wie es sich mit dessen Realisierbarkeit verhält, führt die Schuldnerin mit keinem Wort aus. Die bilanzierten Mieter- und Mietkautionen müssen ebenfalls weitgehend unberücksichtigt bleiben. Einerseits ist offen, ob bzw. in welcher Höhe diese der Schuldnerin nach der erfolgten Auflösung des Mietvertrages bzw. der Mietverträge ausbezahlt werden und andererseits wird die Schuldnerin beim Abschluss eines neuen Vertrages wiederum eine Kautionsleistung (Sicherheitsleistung) leisten müssen. Auf der Passivseite der Bilanz 2016 ist einzig kurzfristiges Fremdkapital vorhanden und mit Fr. 187'811.10 bilanziert und weist namhafte Verbindlichkeiten gegenüber Steuerbehörden sowie Sozialversicherung und Vorsorgeeinrichtung auf. Der Schuldnerin gelang es jedoch im Jahr 2016 die kurzfristigen Verbindlichkeiten im Vergleich zum Vorjahr von Fr. 249'881.20 auf Fr. 187'811.10 zu reduzieren. Langfristiges Fremdkapital ist keines vorhanden und das Eigenkapital ist – wie bereits im Vorjahr – mit Fr. 329'479.84 bilanziert. Der Reingewinn 2016 ist mit Fr. 53'600.66 verbucht, derjenige des Vorjahres mit Fr. 0.– (vgl. act. 4/20+21).

Insgesamt sprechen die Bilanzen bzw. die Bilanz 2016 nicht gerade für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Das kurzfristige Fremdkapital ist durch die flüssigen Mittel und die Forderungen weitgehend ungedeckt. Ausgehend von den im Jahr 2016 bilanzierten Zahlen resultiert ein Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) von 14.5% ($[(\text{liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}) \times 100 : \text{kurzfristiges Fremdkapital}]$). Diese Kennzahl drückt die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens aus und sollte 100% ergeben, was hier bei weitem nicht der Fall ist. Damit ist klar, dass das Unternehmen zu wenig liquid ist. Der Anlagendeckungsgrad 2 ($[(\text{Eigenkapital} + \text{langfristiges Fremdkapital}) \times 100 : \text{Anlagevermögen}]$) beträgt 60.6%. Auch dieser Wert liegt also unter dem Richtwert von 100%, welcher von einer sog. gesunden Unternehmung verlangt wird. Es spricht nicht für eine gesunde Finanzstruktur, wenn das Anlagevermögen nicht vollständig mit dem Eigenkapital und dem langfristigen Fremdkapital finanziert werden kann.

b) Gemäss der eingereichten Erfolgsrechnung für das Jahr 2016 betrug der monatliche Aufwand (Personal-, Raum-, Sach- und Sozialversicherungsaufwand

etc.) – berechnet auf einen Monat – rund Fr. 32'000.– (im Vorjahr Fr. 46'900.–) und lag damit leicht unter dem durchschnittlichen Betriebsertrag von monatlich rund Fr. 37'700.– (im Vorjahr Fr. 52'400.–). Der Unternehmenserfolg nach Steuern betrug im Jahr 2016 rund Fr. 53'600.– (d.h. im Monat Fr. 4'466.–) und im Jahr 2015 rund Fr. 37'500.– (d.h. im Monat Fr. 3'125.–). Zu den aktuellen monatlichen Einnahmen äussert sich die Schuldnerin nicht. Den eingereichten Auszügen des Postfinance-Konto, welche die Bewegungen von Januar 2017 bis Ende Mai 2017 enthalten, lässt sich einzig entnehmen, dass sich der Saldo per Ende Monat jeweils zwischen Fr. 745.65 und Fr. 4'721.41 bewegte. Dies ergibt im Durchschnitt ein Saldo von Fr. 2'500.– pro Monat (act. 4/22).

c) Die Schuldnerin führt in ihrer Beschwerdeschrift aus, dass sie der Zukunft positiv entgegen schaue. Sie sei sich bewusst, dass ihr Geschäftsmodell den heutigen Bedürfnissen angepasst werden müsse. Deshalb habe sich ihre Verwaltungsratspräsidentin mit einer strategischen (Neu)Ausrichtung befasst. Diese beabsichtige, den Dienstleistungskatalog um die Dienstleistung Relocation zu erweitern, um den Kunden einen noch besseren Service bieten zu können. Ferner kehre in der zweiten Jahreshälfte ihr Top-Verkäufer von einer Weiterbildung zurück (vgl. act. 2 S. 4). Mit welchen Einnahmen künftig zu rechnen ist und inwiefern sich durch die Rückkehr ihres Top-Verkäufers ihre finanzielle Lage ändern bzw. verbessern wird, erklärt die Schuldnerin nicht. Mit Ausnahme der vorerwähnten Kontoauszüge gibt es zu Ersterem auch keine Anhaltspunkte. Die von der Schuldnerin angesprochenen Veränderungen sind mithin nicht genügend konkret dargelegt und können nicht berücksichtigt werden.

d) Die ausgewiesenen Gewinne wurden nach Angaben der Schuldnerin zur teilweisen Rückzahlung der in Betreuung gesetzten Forderungen verwendet (vgl. act. 2 S. 4). Für die weitere Schuldentilgung können bzw. müssen sie ausser Acht gelassen werden. Selbst wenn in naher Zukunft mit den behaupteten Zahlungseingängen aus Lieferung und Leistungen (Debitoren) gerechnet werden kann, vermag die Schuldnerin damit noch nicht sämtliche in Betreuung gesetzten Forderungen zu tilgen. Offen blieben nach wie vor rund Fr. 50'000.– (Fr. 85'000.– ./ Fr. 35'000.–). Diese Schulden könnten allenfalls mit den monatlichen Umsätzen

von aktuell Fr. 2'500.– getilgt werden. Dies würde aber langfristig betrachtet am hohen Bestand ihres kurzfristigen Fremdkapitals und am geringen Umlaufvermögen und damit an der Liquidität nichts Wesentliches ändern. Sodann fehlen konkrete Angaben zur Auftragslage sowie zu prognostizierten Einnahmen. Die Aktenlage liefert keine Anhaltspunkte, die für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage sprechen würden. Insgesamt vermochte die Schuldnerin mit den eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft darzutun, dass die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehender Natur sind und sie in Zukunft einen Umsatz wird erreichen können, mit dem sie ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können. Die Erwartung, es werde der Schuldnerin gelingen, die bestehenden Schulden in absehbarer Zeit zu tilgen und gleichzeitig den laufenden Verpflichtungen nachzukommen, rechtfertigt sich deshalb nicht. 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.

3.

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 **19. Juni 2017, 10.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Meilen wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 700.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den Restbetrag des Kostenvorschusses (Fr. 50.–) dem Konkursamt Meilen zuhanden der Konkursmasse zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Meilen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach, 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:
19. Juni 2017