

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170269-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 9. Januar 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur.
X2._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarisches Verfahren des
Bezirksgerichtes Winterthur vom 23. November 2017 (EK170581)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Einzelgerichtes im summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) vom 23. November 2017 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 4'229.70 einschliesslich Zinsen und bisherigen Betreibungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 12 = act. 13/5; nachfolgend zitiert als act. 12). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 7. Dezember 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 13/6) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 8. Dezember 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 13/1-9). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. 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 durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Dabei kann er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Die Begründung der Beschwerde ist allerdings innert der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) abschliessend vorzunehmen; Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3). Im Übrigen können mit der Beschwerde auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens gerügt werden. Diese sind von der Rechtsmittelinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7).

3.1. Die Schuldnerin bringt zunächst vor, ihr sei die Vorladung nicht korrekt zugestellt worden, indem sie nach dem ersten gescheiterten Zustellungsversuch an ihrem Sitz an der C.____-Strasse ... in ... Winterthur an die private Adresse des Geschäftsführers gesandt worden sei. Zwar sei sie dort am 6. November 2017 von der Ehefrau des Geschäftsführers abgeholt worden, doch sei dies keine gülti-

ge Ersatzzustellung, zumal sie dem Geschäftsführer erst nach der Konkursverhandlung vom 23. November 2017 zur Kenntnis gelangt sei. Damit habe die Schuldnerin ihr rechtliches Gehör nicht wahren können, was zu einer Aufhebung des Konkursdekretes führen müsse (act. 2 Rz 7 ff.).

3.2. Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig – mindestens drei Tage im Voraus – angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Für die Zustellung der entsprechenden Anzeige gelten die Bestimmungen von Art. 136 ff. ZPO (BSK SchKG II-Nordmann, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 10). Die Zustellung erfolgt demnach durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Richtet sich die Vorladung an eine juristische Person, muss sie einer zu deren Entgegennahme berechtigten Person zugestellt werden, also an jemanden, der zur Vertretung befugt ist (BSK SchKG II-Nordmann, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 10). Dies kann sowohl an der Adresse des Sitzes oder einer Geschäftsniederlassung der juristischen Person als auch an der Privat- oder Geschäftsadresse des Vertreters erfolgen (BGE 125 III 384; BGE 134 III 112 E. 3.1; ZK ZPO-Staehelin, 3. Aufl. 2016, Art. 138 N 5; vgl. auch ZR 1973 (72) Nr. 61). Eine Sendung gilt im Übrigen als zugestellt, wenn sie vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegen genommen wurde (Art. 138 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

3.3. Es ist richtig, dass die Verhandlungsanzeige der Schuldnerin an deren Sitz nicht zugestellt werden konnte, worauf die Vorinstanz sie in einem zweiten Versuch als Gerichtsurkunde an die private Adresse von D._____, gemäss dem Handelsregister Geschäftsführer und einziger Gesellschafter der Schuldnerin mit Einzelzeichnungsberechtigung (vgl. act. 6/19, act. 9 und act. 13/4), sandte (vgl. act. 3/13). D._____ ist damit offensichtlich zur Vertretung der Schuldnerin befugt, weshalb dieses Vorgehen entgegen der Schuldnerin nicht zu beanstanden ist. An der genannten Adresse wurde die Verhandlungsanzeige wie von der Schuldnerin dargelegt am 6. November 2017, also über 15 Tage vor der Konkursverhandlung vom 23. November 2017 und damit rechtzeitig, von E._____ entgegengenommen (vgl. act. 13/3). Da es sich bei ihr um die Ehefrau von D._____ und eine Hausge-

nossin im Sinne von Art. 138 Abs. 2 Satz 1 ZPO handelt, galt die Sendung dann als zugestellt und deren Kenntnis ist der Schuldnerin anzurechnen. Somit liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, weshalb der Konkurs nicht aus diesem Grund aufzuheben ist. Es ist daher zu prüfen, ob die Schuldnerin durch Urkunden einen Konkurshinderungsgrund nachweisen und ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen kann.

4. Die Schuldnerin überwies der Gläubigerin am 27. November 2017 und damit innert Beschwerdefrist Fr. 4'229.70 (act. 6/8 = act. 13/9). Dieser Betrag deckt die in Betreuung gesetzte Forderung (Betreibung Nr. 1) einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten (act. 3 und act. 13/2/1-2). Ausserdem leistete die Schuldnerin beim Konkursamt ...-Winterthur fristgerecht einen Vorschuss von Fr. 800.–, der nach der Bestätigung des Konkursamts ...-Winterthur vom 5. Dezember 2017 ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 6/9). Schliesslich bezahlte sie am 5. Dezember 2017 der Obergerichtskasse den mutmasslichen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– ein (act. 5). Damit weist die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nach. Im Übrigen reichte die Schuldnerin ein Schreiben der Gläubigerin vom 28. November 2017 ein, in welchem diese erklärt, sie ziehe das Konkursbegehren zurück, der Konkurs könne aus ihrer Sicht wieder aufgehoben werden (act. 6/8 = act. 13/9). Damit ist auch der Konkursaufhebungsgrund des Verzichtes des Gläubigers auf die Durchführung des Konkurses im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

5.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf

unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich aber ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

5.2. Die Schuldnerin ist seit dem 5. November 2015 als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Betrieb eines Malergeschäfts sowie eines Lackier- und Spritzwerks inklusive Ausführungen von Industrielackierungen und Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung ist wie bereits erwähnt D._____ (act. 13/4, act. 6/19 und act. 9). Die Schuldnerin lässt ausführen, sie sei aus einer über mehrere Jahre erfolgreich geführten Einzelfirma des Geschäftsführers hervorgegangen. So habe sie den langfristig aufgebauten guten Ruf bei den Kunden und Lieferanten sowie den breit gestreuten, treuen Kundenkreis der Einzelfirma übernehmen können. Sie habe sich auf eine Marktnische spezialisiert, indem sie – anders als die meisten Malergeschäfte, abgesehen von den grössten Ketten – über eine eigene Spritzkammer verfüge und damit Spritz- und Lackierarbeiten ausführen könne. Folglich agiere sie häufig als Subunternehmerin von Malergeschäften, indem sie deren Unterkapazitäten überbrücke und die von ihnen nicht durchführbaren Aufträge übernehme. Ihr Ge-

schäftsmodell sei erfolgreich, ihre Auftragsbücher seien voll. In Liquiditätsschwierigkeiten sei sie deshalb geraten, weil die zu Beginn aufzuwendenden Anschaffungskosten für ihre Spritzkammer und die nötigen zusätzlichen technischen Komponenten sehr hoch gewesen seien. Zwar habe sie die Spritzkammer verhältnismässig günstig für USD 40'000.– erwerben können – was sie mit entsprechenden Unterlagen glaubhaft macht (vgl. act. 6/20) –, zusätzlich seien aber noch mehrere Spritzpumpen, deren Kosten pro Stück zwischen Fr. 3'500.– und Fr. 6'000.– lägen (vgl. act. 6/21), und Heizgeräte nötig gewesen. Insgesamt habe sie nach der Gründung in den Jahren 2016 und 2017 zusammen Fr. 134'587.98 in Material investiert (vgl. act. 6/22-23), womit grossmehrheitlich die entsprechenden Anlagen finanziert worden seien. Nachdem diese Anschaffungen getätigt worden seien, folge nun die Zeit, in der die Investitionen über abgewickelte Aufträge amortisiert und Gewinne erzielt werden könnten (zum Ganzen act. 2 N 33 ff.).

5.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug. Daraus ergibt sich vorliegend, dass offene Beteiligungen mit einem Totalbetrag von Fr. 33'424.40 (ohne die Konkursforderung) bestehen. Bei Beteiligungen im Umfang von Fr. 19'583.75 erfolgten dabei bereits Konkursandrohungen, gegen eine Beteiligung über Fr. 1'049.– wurde Rechtsvorschlag erhoben und die restlichen Beteiligungen über insgesamt Fr. 12'791.65 wurden erst eingeleitet. Weitere Beteiligungen mit einem Gesamtbetrag von Fr. 13'421.60 sind aufgrund von Zahlungen an das Betreibungsamt erloschen. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind sodann keine registriert (act. 6/10). Die Schuldnerin macht zu einzelnen der noch offenen Beteiligungen Ausführungen, worauf sogleich im Einzelnen einzugehen ist:

a) Beteiligung Nr. 2

Es handelt sich dabei um eine Beteiligung der F._____ AG über Fr. 1'049.–, gegen welche die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhob (act. 6/10). Die Schuldnerin macht geltend, dies habe sie getan, weil sie die entsprechende Zahlung bei Beteiligungseinleitung bereits geleistet habe. Die F._____ AG habe die Beteiligung

mittlerweile zurückgezogen (act. 2 Rz 20). Diese Behauptungen sind durch ein Schreiben der F. _____ AG an das Betreibungsamt vom 5. Dezember 2017 belegt (act. 6/11) und die Tilgung der Forderung damit glaubhaft gemacht.

b) Betreuung Nr. 3

Für diese Forderung über ursprünglich Fr. 10'727.35 der G. _____ AG, vertreten durch die H. _____ AG (act. 6/10), besteht gemäss der Schuldnerin eine Abzahlungsvereinbarung, wonach sie monatliche Raten von Fr. 1'000.– leisten müsse, was sie bisher lückenlos getan habe (act. 2 Rz 22 und 24). Sie legt eine entsprechende Zahlungsvereinbarung vom 4. Juli 2017 für einen Totalbetrag von Fr. 11'825.05 (inklusive Betreuungskosten und weitere Gebühren) ins Recht, welche allerdings nicht unterzeichnet ist (act. 6/12). Es liegt jedoch auch ein Buchungsbeleg vom 6. Dezember 2017 des Firmenkontos der Schuldnerin bei der Credit Suisse AG vor, aus welchem ersichtlich ist, dass die in der Zahlungsvereinbarung aufgeführten Raten bis anhin beglichen wurden, womit die Schuldnerin bereits Fr. 5'000.– bezahlte (act. 6/14). Somit sind die entsprechenden Ausführungen der Schuldnerin glaubhaft und es ist von einem noch offenen Betrag von Fr. 6'825.05 auszugehen.

c) Betreuung Nr. 4

Gemäss der Schuldnerin besteht für die Forderung von Fr. 2'109.05 der I. _____ AG (act. 6/10) ebenfalls ein Abzahlungsvertrag, der jedoch nicht schriftlich vorliegt. Demgemäss müsse sie monatliche Raten von Fr. 700.– bezahlen, was sie bisher lückenlos getan habe (act. 2 Rz 23 f.). Zum Nachweis reichte die Schuldnerin die Kopien von den Einzahlungsscheinen der zweiten und dritten Rate ein (act. 6/13; vgl. "2/3" und "3/3" beim Zahlungszweck), welche wohl ein Indiz für das Vorliegen einer entsprechenden Abzahlungsvereinbarung mit der I. _____ AG darstellen, allerdings noch nichts über die tatsächliche Begleichung der Raten aussagen. Diesbezüglich liegt ein Buchungsbeleg vom 6. Dezember 2017 des Kontos der Schuldnerin bei der Credit Suisse AG vor, aus dem hervorgeht, dass am 30. November 2017 die zweite Rate bezahlt wurde (vgl. act. 6/15, siehe Vermerk Zahlungszweck). Womöglich ist auch die erste Rate bereits bezahlt, doch ist

dies mangels konkreter Anhaltspunkte dafür eine blosser Behauptung der Schuldnerin. Entsprechend ist von einem noch offenen Betrag von Fr. 1'409.05 auszugehen.

d) Betreuung Nr. 5

Dabei handelt es sich um eine Forderung der J._____ Schweiz AG über Fr. 2'652.80 (act. 6/10), von welcher die Schuldnerin behauptet, sie inklusive eines Zuschlages von Fr. 300.– für Bearbeitungsgebühren bzw. zusätzliche Kosten bezahlt zu haben (act. 2 Rz 25). Als Beleg dafür liegt ein Buchungsbeleg des Kontos der Schuldnerin bei der Credit Suisse AG vom 6. Dezember 2017 vor, welcher eine am 27. Oktober 2017 erfolgte Zahlung von Fr. 2'921.35 an die J._____ Schweiz AG ausweist (act. 6/16). Dieser Betrag entspricht allerdings nicht genau der von der Schuldnerin geltend gemachten Zahl von Fr. 2'952.80 (Fr. 2'652.80 + Fr. 300.–) und es ist auch nicht ersichtlich, ob es sich bei der Zahlung um die Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderungen handelt. Ein Indiz für die Tilgung im behaupteten Umfang liegt immerhin im Umstand, dass keine weiteren Betreibungen vorhanden sind, bei welchen die J._____ Schweiz AG als Gläubigerin fungiert (vgl. act. 6/10). Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Schuldnerin über sonstige Schulden bei dieser Gläubigerin verfügt. Angesichts dessen, dass die Schuldnerin bei Vorliegen von Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung kaum andere Schulden getilgt haben wird, ist es jedoch wahrscheinlicher und damit glaubhaft gemacht, dass sie tatsächlich die betriebenen Forderungen der J._____ Schweiz AG beglich.

e) Betreuung Nr. 6

Mittels eines vom Betreibungsamt ... als "bezahlt" abgestempelten Exemplars der Konkursandrohung macht die Schuldnerin glaubhaft, dass sie die dieser Betreuung zugrunde liegende Forderung von Fr. 631.25 der K._____ AG (vgl. act. 6/10) tilgte (vgl. act. 2 Rz 25 und act. 6/17).

f) Betreibungen Nr. 7 und Nr. 8

Hinsichtlich dieser beiden Betreibungen über Forderungen von je Fr. 866.– der B1._____ AG (act. 6/10) bringt die Schuldnerin vor, der diesen Forderungen zugrunde liegende Versicherungsvertrag sei dahingefallen und die B1._____ AG habe angekündigt, auf weitere Massnahmen zur Prämieinforderung zu verzichten. Entsprechend werde sie die in Betreibung gesetzten Forderungen wohl nicht mehr weiterverfolgen, sodass diese als erledigt betrachtet werden könnten (act. 2 Rz 26 f.). Zum Nachweis legte die Schuldnerin ein Schreiben der B1._____ AG vom 23. November 2017 bei, in welchem unter Bezugnahme auf ein früheres Mahnschreiben erklärt wird, die Personenversicherung Professional mit der Policen-Nr. ... sei mangels Zahlung der Prämien rückwirkend per 1. März 2017 annulliert worden und es werde auf weitere Massnahmen zur Prämieinforderung verzichtet (act. 6/18). Hinweise dafür, dass es sich bei den in Betreibung gesetzten Forderungen um die für diese Versicherung geschuldeten Prämien handelt, bestehen jedoch keine. Zwar deutet der Umstand, dass zweimal derselbe Betrag in halbjährlichem Abstand betrieben wurde, darauf hin, dass es sich dabei tatsächlich um Versicherungsprämien handelt, doch verfügt die B1._____ AG – wie aus den diversen von ihr eingeleiteten Betreibungen ersichtlich ist (vgl. act. 6/10) – über verschiedenste Forderungen gegenüber der Schuldnerin, womit die fraglichen Schulden durchaus auch aus einem anderen Rechtsverhältnis zwischen der B1._____ AG und der Schuldnerin stammen könnten. Dass die B1._____ AG telefonisch erklärt habe, das erwähnte Schreiben beziehe sich auf die Personenversicherung mit halbjährlichen Prämien von Fr. 766.– zuzüglich Gebühren (vgl. act. 2 Rz 27), ist einerseits eine blosser Behauptung der Schuldnerin, andererseits entspricht dies auch nicht den in Betreibung gesetzten Beträgen von Fr. 866.–, zumal die Höhe der Gebühren unbekannt ist. Schliesslich erscheint es aufgrund des Umstandes, dass im Schreiben vom 23. November 2017 auf ein vorhergehendes Mahnschreiben Bezug genommen wird, in welchem anscheinend erklärt wurde, bei Zahlungsverzug werde die Versicherung annulliert (vgl. act. 6/18), doch fraglich, ob die B1._____ AG die entsprechenden Prämienforderungen überhaupt in Betreibung setzte und sich nicht vielmehr einfach damit begnügte,

bei Nichtbezahlung die Versicherung zu annullieren. Insgesamt erscheint es als nicht glaubhaft gemacht, dass die Forderungen von Fr. 866.– nicht mehr weiter verfolgt werden.

5.4. Zusammenfassend ist von betriebenen, noch offenen Forderungen von Fr. 24'488.75 auszugehen, wobei sich Fr. 11'697.10 im Stadium der Konkursandrohung befinden und damit dringendst zu bezahlen sind. Bei weiteren Fr. 12'791.65 wurde wie bereits erwähnt die Betreuung eingeleitet und von der Schuldnerin kein Rechtsvorschlag erhoben, sodass auch hier bald Zahlungen erfolgen müssen, damit es nicht zu neuen Konkursandrohungen kommt. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Schuldnerin über ausreichende liquide Mittel verfügt, um die aufgeführten Forderungen begleichen und darüber hinaus auch ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen zu können. Dazu sind zunächst die finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin darzustellen.

5.5. Die Schuldnerin verfügt gemäss ihren Aussagen über flüssige Mittel auf einem Geschäftskonto bei der Credit Suisse AG von Fr. 14'178.62 (act. 2 Rz 30 und 51). Diese Zahl lässt sich der von ihr eingereichten provisorischen "Bilanz per 31.12.2017", welche am 4. Dezember 2017 erstellt wurde, entnehmen (act. 6/7) und es ist anhand der diversen oben erwähnten Buchungsbelege (vgl. E. 5.3) auch dokumentiert, dass die Schuldnerin bei der Credit Suisse AG über ein Konto verfügt. Allerdings ist die Bilanz nicht unterzeichnet, was ihre Beweiskraft schmälert, handelt es sich so doch grundsätzlich bloss um eine Parteibehauptung. Einen Auszug des fraglichen Kontos reichte die Schuldnerin nicht ein, obwohl das ein Leichtes gewesen wäre. Für sich alleine betrachtet reichen die genannten Unterlagen damit nicht aus, um das behauptete Kontoguthaben glaubhaft zu machen.

Weiter macht die Schuldnerin geltend, es bestünden Debitoren im Umfang von Fr. 39'724.95 (act. 2 Rz 51). Dies entspricht der in der erwähnten Bilanz aufgeführten Zahl (act. 6/7). Ein Screenshot der Rubrik "Rechnungen" der Buchhaltungssoftware der Schuldnerin zeigt eine Auflistung bereits erstellter Rechnungen für geleistete Arbeiten über gesamthaft Fr. 30'884.20 (netto) bzw. Fr. 33'354.95 (brutto), wobei nur 15 von 16 Rechnungen abgebildet sind und die letzte Rechnung vom 27. November 2017 datiert (vgl. act. 6/24). Die Schuldnerin macht gel-

tend, seit dann seien Zahlungen eingegangen und weitere Leistungen in Rechnung gestellt worden, was die Differenz zu den Fr. 39'724.95 erkläre (act. 2 Rz 52). Zusammen mit dem Umstand, dass in der Rechnungsübersicht eine Rechnung nicht abgebildet ist und damit der Rechnungsbestand auch per 27. November 2017 höher als aufgeführt gewesen sein muss, scheint es als durchaus möglich, dass bei Erhebung der Beschwerde tatsächlich Forderungen im behaupteten Umfang von Fr. 39'724.95 offen waren. Genauso gut könnte es sich aber auch um eine beliebige andere Zahl gehandelt haben. Auszugehen ist daher vom sich aus der Buchhaltung ergebenden Betrag von rund Fr. 33'000.–, zumal die diese Zahl ergebenden Rechnungen im Einzelnen und mit zahlreichen Details dargestellt sind, was sie plausibel erscheinen lässt und für die Glaubhaftigkeit ihres Bestandes spricht.

In derselben Bilanz sind übrigens noch nicht erfüllte kurzfristige Verbindlichkeiten von Fr. 13'989.26 aufgelistet (act. 6/7). Diese sind zu berücksichtigen, auch wenn es sich grundsätzlich um blosser Behauptungen handelt, die durch keine weiteren Anhaltspunkte gestützt sind, wirken sie sich doch zu Ungunsten der Schuldnerin aus (act. 6/7). Nach Abzug der Verbindlichkeiten resultieren in naher Zukunft zu erwartende Einnahmen von rund Fr. 19'000.–.

5.6. Was die laufende und künftige Geschäftstätigkeit der Schuldnerin betrifft, so geben insbesondere die – allerdings ebenfalls nicht unterzeichneten – definitive Erfolgsrechnung des Jahres 2016 (act. 6/22) sowie die am 4. Dezember 2017 soweit wie möglich erstellte provisorische Erfolgsrechnung des Jahres 2017 Aufschluss (act. 6/23). Auch wenn es sich mangels Unterschrift für sich alleine betrachtet lediglich um Parteibehauptungen handelt, bestehen doch Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Angaben. So passen die ausgewiesenen Zahlen – insbesondere die in beiden Jahren ähnlich hohen Einnahmen – ins von der Schuldnerin gezeichnete Bild der durch die Übernahme eines bestehenden guten Rufes und treuen Kundenkreises sowie der Ansiedlung in einer Marktnische bedingten guten Auftragslage und des grundsätzlichen Erfolgs des gewählten Geschäftsmodelles (vgl. E. 5.2). Weiter fällt auf, dass die Aufstellungen mit gewissen Ausnahmen Zahlen in ähnlicher Höhe ausweisen, was ebenfalls mit den erwähnten schuldne-

rischen Ausführungen übereinstimmt, und die Schuldnerin für die vereinzelt grösseren Schwankungen – wie sogleich zu zeigen sein wird – nachvollziehbare und schlüssige Erklärungen vorbringt. Im Übrigen erscheint die Höhe der fraglichen Zahlen – soweit dies anhand der Akten und der Ausführungen der Schuldnerin, etwa zu den Material- und den Personalkosten, beurteilbar ist – als realistisch. Schliesslich liegen keine Hinweise für die Unwahrheit der Angaben vor. Insgesamt kann daher auf die Erfolgsrechnungen abgestellt werden.

Unter der Annahme, dass im Dezember 2017 nochmals der durchschnittliche Ertrag eines Monats eingehen werde bzw. eingegangen ist, wovon die Schuldnerin ausgeht (vgl. act. 2 Rz 41), weisen die Erfolgsrechnungen für beide Jahre einen Bruttoerlös von Fr. 320'000.– bzw. um Erlösminderungen bereinigt einen solchen von rund Fr. 312'000.– aus (act. 6/22-23).

Den Erträgen gegenüber stehen Aufwände von insgesamt Fr. 293'000.– für das Jahr 2016 und Fr. 222'000.– für das Jahr 2017 bis anfangs Dezember gegenüber (act. 6/22-23). Unter der Annahme von durchschnittlich gleich hohen Ausgaben pro Monat ergibt sich ein Aufwand von rund Fr. 242'000.– per Ende 2017 (Fr. 222'000.– \cdot 11 \cdot 12). Hinzu zu rechnen sind die in der noch nicht vollständig erstellten Erfolgsrechnung noch nicht aufgeführten Abschreibungen/Wertberichtigungen, welche im Jahr 2016 mit rund Fr. 15'000.– zu Buch schlugen (vgl. act. 6/22). Entsprechend resultiert für das Jahr 2017 mutmasslich ein Aufwand von insgesamt rund Fr. 257'000.–.

Ein Vergleich der Aufwandspositionen der beiden vergangenen Jahre zeigt, dass der Aufwand für Material, Handelswaren und Dienstleistungen leicht rückläufig ist und im Unterschied zu den Fr. 75'000.– des Jahres 2016 im Jahr 2017 noch knapp Fr. 60'000.– (vgl. act. 6/22-23) bzw. per Ende Jahr voraussichtlich rund Fr. 65'000.– beträgt. Die Höhe dieser Kosten erklärt sich aus der Anschaffung der für die Arbeit der Schuldnerin benötigten Spritzkabine und Gerätschaften (vgl. E. 5.2 oben). Gemäss der Schuldnerin wird die Höhe dieser Position im kommenden Jahr voraussichtlich stark zurückgehen, da die Spritzkabine vollumfänglich bezahlt sei und derzeit kein Erneuerungsbedarf bei den Geräten bestehe (act. 2 Rz 45). Diese Erklärung erscheint einleuchtend, sodass für die Zukunft von sin-

kenden Material- und Warenaufwänden auszugehen ist, wobei allerdings Ungewissheit darüber besteht, wie stark diese sich reduzieren werden.

Weiter fällt auf, dass der Personalaufwand im Jahr 2016 rund Fr. 80'000.– betrug, im Jahr 2017 hingegen bloss Fr. 26'000.– (vgl. act. 6/22-23) bzw. per Ende Jahr wohl rund Fr. 28'000.–. Die Schuldnerin führt dazu aus, sie verfüge nur über einen Festangestellten, den Geschäftsführer. Um die Liquiditätsengpässe zu überbrücken, habe sie ihm im Jahr 2017 nur einen stark reduzierten Lohn ausbezahlt. In Zukunft werde der Lohn aber – sofern die finanziellen Verhältnisse dies zulassen würden – wieder in der ursprünglichen Höhe entrichtet werden (act. 2 Rz 46). Angesichts der Liquiditätsprobleme der Schuldnerin ist dies eine überzeugende Erklärung, sodass in Zukunft voraussichtlich wieder mit einem Personalaufwand von rund Fr. 80'000.– zu rechnen ist, zumal diese Lohnhöhe eine plausible Zahl ist. Die übrigen betrieblichen Aufwände scheinen im Verhältnis zum Jahr 2016, in welchem sie Fr. 137'000.– betragen (vgl. act. 6/22), leicht gestiegen zu sein, per Ende Jahr werden sie sich vermutlich auf rund Fr. 146'000.– belaufen (vgl. act. 6/23), wozu noch mutmassliche Fr. 15'000.– an Abschreibungen/Wertberichtigungen kommen werden. Die Schuldnerin rechnet damit, dass diese Aufwände auch in Zukunft etwa gleichbleibend sein werden (vgl. act. 2 Rz 47), was gestützt auf die bisherigen Zahlen durchaus wahrscheinlich ist.

Insgesamt rechnet die Schuldnerin für das nächste Jahr mit einem ungefähr gleich bleibenden Aufwand, da sie davon ausgeht, der Rückgang beim Materialaufwand werde sich mit den wieder zunehmenden Personalkosten die Waage halten (act. 2 Rz 48). Dies ist nach dem Gesagten dahingehend zu konkretisieren, dass auch in kommenden Jahren von einem Aufwand von rund Fr. 290'000.– wie im Jahr 2016 auszugehen ist: Die sinkenden Materialkosten werden wohl eher den um rund Fr. 24'000.– gesteigerten übrigen Aufwand ausgleichen als mit den potentiell um über Fr. 50'000.– wiederansteigenden Personalkosten.

Aus den dargelegten Aufwand- und Ertragszahlen ergibt sich für das Jahr 2016 ein Gewinn von gut Fr. 19'000.–. Für das Jahr 2017 rechnet die Schuldnerin ausgehend von den bisherigen Zahlen mit einem solchen von Fr. 63'000.– (act. 2 Rz 49). Dies ist jedoch anhand des mutmasslichen definitiven Aufwandes von

rund Fr. 257'000.– zu korrigieren, entsprechend wird der Gewinn schätzungsweise in der Grössenordnung von rund Fr. 55'000.– ausfallen. Dieser Gewinn ist – wie die Schuldnerin selbst ausführt (vgl. act. 2 Rz 49) – zum grossen Teil den reduzierten Personalkosten zuzuschreiben.

5.7. Schliesslich bringt die Schuldnerin vor, es seien derzeit noch mehrere Aufträge mit einem Wert von total Fr. 39'072.40 in Bearbeitung oder gerade abgeschlossen, aber noch nicht fakturiert worden (act. 2 Rz 54). Durch ein Schreiben der L._____ AG vom 28. November 2017 belegt sind Aufträge über Fr. 23'610.– (vgl. act. 6/27). Für die weiteren Arbeiten liegen teils keine Unterlagen vor, teils wurden zwar Belege eingereicht, die jedoch bloss den Bestand des Auftrags nachweisen, jedoch nichts über die Höhe der entsprechenden Rechnungen aussagen (vgl. act. 6/25-26). Folglich sind grundsätzlich lediglich noch nicht fakturierte Aufträge von Fr. 23'610.– glaubhaft gemacht, bei den übrigen handelt es sich um Parteibehauptungen.

Weiter liegen glaubhafte Hinweise dafür vor, dass die Schuldnerin auch in Zukunft Umsätze machen wird, wenn auch über deren Höhe keine sicheren Aussagen möglich sind. So hält etwa die L._____ AG im erwähnten Schreiben vom 28. November 2017 fest, in welchem sie die Zuverlässigkeit und Flexibilität der Schuldnerin und die Qualität ihrer Arbeit lobt und darauf hinweist, dass sie seit bald zwei Jahren sämtliche Hochglanzlackierereien durch die Schuldnerin ausführen lasse und der Konkurs der Schuldnerin für sie ein grosser Verlust wäre, bereits im Januar 2018 werde sie wieder Aufträge an die Schuldnerin erteilen und es sei gegenüber dem Jahr 2017 eine Auftragssteigerung um 15 % geplant (act. 6/27, vgl. auch act. 2 Rz 56). Auch ist durch entsprechende Belege nachgewiesen, dass Offerten in einem Umfang von Fr. 13'503.40 (inkl. Mehrwertsteuern) pendent sind (vgl. act. 6/28; vgl. auch act. 2 Rz 57). Durchaus möglich, obwohl mangels weiteren Anhaltspunkten dafür grundsätzlich eine blosser Behauptung, ist sodann, dass verschiedene Kunden mündlich bereits weitere Aufträge zugesichert hätten (act. 2 Rz 56).

5.8. Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin mit den in naher Zukunft zu erwartenden Einnahmen von rund Fr. 19'000.–, welche sie nicht

sogleich für bestehende Verbindlichkeiten benötigen wird, insbesondere die dringendst zu bezahlenden betriebenen Forderungen über Fr. 11'697.10 innert kurzer Frist wird begleichen können. Zudem wird sie mit dem für das Jahr 2017 zu erwartenden Gewinn von über Fr. 50'000.– auch die restlichen Schulden von Fr. 12'791.65 in absehbarer Zeit tilgen können. Anhand der dargelegten Zahlen der beiden vergangenen Jahre und der weiteren Hinweise (aktueller Auftragsbestand, zu erwartende Aufträge, gute Referenz eines grösseren Kunden) dafür, dass auch in Zukunft sowohl Erträge in der Höhe der bislang erzielten als auch im Ergebnis Aufwände wie bisher zu erwarten sind, darf damit gerechnet werden, dass die Schuldnerin künftig einen Gewinn in der Grössenordnung von Fr. 20'000.– erzielen wird. Folglich ist anzunehmen, dass sie ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können.

Im Übrigen erscheint es als glaubhaft, dass die durch die teuren Anschaffungskosten der von ihr benötigten Ausrüstung verursachten Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin vorübergehend sind, da derartige Kosten in Zukunft nicht mehr anfallen werden. Damit bestehen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage. Auf jeden Fall erscheint die Schuldnerin nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid, selbst wenn sich doch einige der erwähnten Betreibungen bereits im Stadium der Konkursandrohung befinden. Gerade hinsichtlich dieser Forderungen trat die Schuldnerin mit ihren Gläubigern in Kontakt und es wurden teils Abzahlungsvereinbarungen geschlossen, welche von der Schuldnerin grundsätzlich regelmässig erfüllt wurden. Dies spricht für ihre Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft (vgl. act. 2 Rz 24). Auch erhob die Schuldnerin nicht systematisch Rechtsvorschlag (vgl. auch act. 2 Rz 19), sondern bloss einmal mit gutem Grund, und sie bezahlte auch in Betreuung gesetzte Forderungen, welche gemäss Art. 43 SchKG nicht zum Konkurs geführt hätten (vgl. act. 6/10), was – wie sie richtig ausführt (vgl. act. 2 Rz 19) – ebenfalls ein Indiz für ihre Bereitschaft ist, sämtliche Ausstände zu begleichen, und gegen ihre dauerhafte Zahlungsunfähigkeit spricht. Ebenfalls positiv ist, dass weder Verlustscheine noch frühere Konkurse registriert sind. Dass die Schuldnerin die zum Konkurs führende Forderung nicht bezahlte, beruht sodann glaubhaft auf einem Versehen, weil sie die Vorladung aus – wenn auch ihr selbst zuzuschreibenden – unglücklichen Umständen nicht zur Kenntnis

nahm (vgl. act. 2 Rz 9). Die Schuldnerin erscheint somit effektiv darum bemüht, ihre Schulden zu tilgen und gewillt, ihren Verbindlichkeiten auch in Zukunft nachzukommen.

5.9. Auch wenn die Angaben der Schuldnerin nicht in allen Punkten eindeutig belegt sind, entsteht gesamthaft betrachtet doch der Eindruck, dass die Schuldnerin einen rentablen Betrieb führt und auch in Zukunft mit Einnahmen und einem Gewinn rechnen kann, welche es ihr erlauben werden, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin kann nicht ausgeschlossen werden und es erscheint die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit.

6. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteienschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 23. November 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. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt ...-Winterthur 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im summarisches Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Grundbuchamt ...-Winterthur und an das Betreibungsamt ..., 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:

MLaw C. Funck

versandt am:
10. Januar 2018