

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110134-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Fuchs Räber

Urteil vom 8. August 2011

in Sachen

A._____ AG, Mitglied des Verwaltungsrates: **B._____**,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

C._____Stiftung,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 8. Juli 2011
(EK110991)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2000 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und hat das Erbringen von Beratungen im Anlagebereich, namentlich Anlagestrategien, sowie die Erstellung von Finanzmarktanalysen und -prognosen zum Zweck. B. _____ ist Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 8. Juli 2011 (10:00 Uhr) eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Zürich in der Betreuung Nr. ... den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 41'399.35 nebst Zins zu 5% seit dem 11. August 2010, Verzugszins von Fr. 1'082.90, Mahn- und Inkassokosten von Fr. 150.–, Gerichtskosten von Fr. 500.– und Betreuungskosten von Fr. 273.– (act. 2). Insgesamt belief sich die Forderung bis am 8. Juli 2011 (Art. 209 Abs. 1 SchKG) auf Fr. 45'282.40. Gegen das ihr am 11. Juli 2011 zugegangene Urteil (act. 4/7) erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 16. Juli 2011 rechtzeitig Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses. Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 1).

1.3. Da die Schuldnerin die Konkursforderung der Gläubigerin inklusive Zinsen und Kosten gemäss Abrechnung des Betreibungsamts D. _____ vom 14. Juli 2011 im Betrag von Fr. 45'319.95 bezahlt (act. 3/7) und am 21. Juli 2011 überdies auch die vom Konkursamt E. _____ geforderten Sicherheiten von Fr. 1'500.– (Gebühren und Auslagen sowie erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.–) gemäss dessen Bestätigung vom 21. Juli 2011 fristgerecht geleistet hatte (act. 9), wurde dem Gesuch um aufschiebende Wirkung mit Präsidialverfügung vom 22. Juli 2011 entsprochen (act. 11).

1.4. Am 18. bzw. 19. Juli 2011 leistete die Schuldnerin auch bereits den gemäss Art. 98 ZPO zu erhebenden und gemäss der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (LS 211.11) in Verbindung mit Art. 1 lit. c und Art. 96 ZPO festzusetzenden Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren

(act. 3/8 und act. 10), womit ihr keine separate Frist hiezu mehr angesetzt wurde und folglich auf die Beschwerde einzutreten ist. Der von der Schuldnerin am 21. Juli 2011 der Obergerichtskasse einbezahlte Betrag von Fr. 1'500.– (act. 8), welcher offensichtlich der bereits erfolgten Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts dienen soll (vgl. Ziff. 1.3 vorstehend und act. 9), ist der Schuldnerin zurückzuerstatten.

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft macht und durch Urkunden *einen* der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (Tilgung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1, Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 oder Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Zwar ist die Beschwerde innert einer Frist von 10 Tagen ab Erhalt des erstinstanzlichen Entscheids einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 321 Abs. 1 i.V.m. Abs. 1 ZPO), womit die beiden genannten Voraussetzungen innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist darzulegen sind, doch sind im Beschwerdeverfahren neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen unbeschränkt, d.h. unabhängig davon, ob sie *vor* oder *nach* dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zugelassen. Die Rechtsmittelfrist ist aber stets einzuhalten. Nachfristen sind keine zu gewähren (vgl. dazu: BGE 136 III 294 zur Rechtslage bis Ende 2010 und ZR 110/2011 Nr. 5 zur Praxis unter der neuen ZPO).

2.2. Wie vorstehend in Ziff. 1.3 ausgeführt, decken die von der Schuldnerin geleisteten Zahlungen sowohl die in Betreuung gesetzte Forderung inklusive Zinsen und Kosten (act. 3/7) als auch die Kosten des Konkursamts und die erstinstanzlichen Gerichtskosten (act. 9). Ebenso wurde der zweitinstanzliche Kostenvorschuss geleistet (act. 3/8 und act. 10). Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Tilgung als Konkurshinderungsgrund) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

2.3. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner 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 bloss temporäre Illiquidität betrachtet werden.

2.3.1. Die Schuldnerin macht in ihrer Beschwerdeschrift geltend, sie sei mittlerweile wieder zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, denn einerseits seien die dazu notwendigen Zahlungen geleistet worden und andererseits seien die notwendigen Schritte zur Verbesserung der Geschäftsentwicklung in der Administration und in der Buchführung durch eine Treuhänderin erfolgt. Damit sei die Weiterführung der Geschäftstätigkeit möglich und sinnvoll, weshalb die Beschwerde gutzuheissen sei (act. 1, vgl. auch act. 3/9).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft Nr. ... vom 12. Juli 2011 aus dem Register des Stadtammann- und Beteiligungsamts D._____ vom 12. Juli 2011 (act. 3/5) wurden im Zeitraum vom 1. Januar 2005 bis zum 12. Juli 2011 34 Beteiligungen im Gesamtbetrag von **Fr. 334'048.-** angehoben. Abgesehen von einer einzigen Forderung (Beteiligung Nr. ...) handelt es sich allesamt um öffentlich-rechtliche Forderungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. der Steuerverwaltung, der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich bzw. der Ausgleichskasse sowie der Stadt H._____ und der C._____-Stiftung, Zweigstelle Offenbar beglich die Schuldnerin jeweils die privatrechtlichen Forderungen, liess sich aber für die öffentlich-

rechtlich geschuldeten Zahlungen systematisch bzw. regelmässig betreiben. Entsprechend scheint ihr bekannt zu sein, dass öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht der Konkursbetreibung unterliegen (Diejenigen Forderungen, welche von privatrechtlich organisierten Stiftungen eingetrieben werden, wie vorliegend die C.____-Stiftung-Beiträge für Arbeitnehmer, bilden eine Ausnahme [BSK SchKG I-Aocella, 2. Aufl., N 6 zu Art. 43 SchKG].), ihr aus derartigen Forderungen somit keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht. Dies spricht nicht für eine positive Zahlungsbereitschaft der Schuldnerin und ist negativ zu werten (dazu KuKo SchKG Diggelmann-Müller, Art. 174 N 14). Entscheidend ist aber nicht primär die Zahlungsmoral bzw. die Frage, welchen Forderungen die Schuldnerin bei deren Bezahlung Vorrang einräumte, sondern wie viele betreibungsrechtliche Forderungen aktuell noch offen sind bzw. wie liquid die Schuldnerin ist.

2.3.3. Insgesamt wurden 18 Betreibungen durch Zahlung an das Betreibungsamt ("Z") – so die Betreibungen Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 –, 1 Betreibung durch Zahlung an den Gläubiger bzw. Rückzug der Betreibung ("A") – so die Betreibung Nr. 19 – und 4 Betreibungen durch Zahlung und Löschantrag des Gläubigers ("AZ") – so die Betreibungen Nrn. 20, 21, 22 und 23 – erledigt, was einen Betrag von total Fr. 151'939.80 ergibt. Berücksichtigt man überdies, dass drei Betreibungen (Nrn. 24, 25 und 26) im Gesamtbetrag von Fr. 4'771.20 erloschen sind ("E") und die Schuldnerin die streitgegenständliche Betreibungsforderung Nr. 27 (Fr. 43'132.25) am 14. Juli 2011 dem Betreibungsamt D.____ zuhanden der Gläubigerin einbezahlt hat (act. 3/7), so reduziert sich der eingangs genannte Forderungsbetrag auf **Fr. 134'204.75**.

Da ein Zahlungsbefehl lediglich eine Gültigkeitsdauer von einem Jahr (Art. 88 Abs. 2 SchKG) hat, womit der jeweilige Gläubiger nach Ablauf dieser Zeitspanne kein Fortsetzungsbegehren mehr stellen kann, rechtfertigt es sich zugunsten der Schuldnerin sodann, weiter die Beträge der Betreibung Nr. 28 vom 23. März 2006 (F.____: Fr. 891.85), der Betreibung Nr. 29 vom 21. September 2006 (G.____: Fr. 21'529.58) und der Betreibung Nr. 30 vom 18. März 2008 (C.____-Stiftung: Fr. 18'662.75) in Abzug zu bringen. Es ist nicht mit einer baldigen Eintreibung die-

ser Forderungen zu rechnen. Ebenfalls in Abzug gebracht werden kann die Betreuungsforderung Nr. 31 der C._____-Stiftung vom 29. November 2005 (Fr. 9'253.35), denn jene führte dazu, dass über die Schuldnerin am 22. November 2006 der Konkurs eröffnet, allerdings am 31. August 2007 widerrufen wurde (vgl. dazu act. 3/5 S. 2 Mitte und den Handelsregisterauszug vom tt.mm.2011 als act. 5). Doch selbst wenn der Widerruf jenes Konkurses nicht auf der Tilgung der Schuld basiert, ist die genannte Forderung zugunsten der Schuldnerin nicht zu beachten, denn die Konkursandrohung hat (ebenfalls) lediglich eine Gültigkeitsdauer von 15 Monaten (Art. 166 Abs. 2 SchKG), welche längst abgelaufen ist. Entsprechend ist auch hier nicht mit einer baldigen Rückforderung zu rechnen. Damit verbleiben gemäss eingereichtem Betreibungsregisterauszug offene Forderungen von Fr. 83'867.20. Dieser Betrag ist aber nochmals um Fr. 80'000.– zu reduzieren, denn die Schuldnerin überwies dem Betreibungsamt D._____ am 18. Juli 2011 Fr. 80'000.– (act. 3/8 und act. 13) zur Tilgung der drei neuesten Betreibungen Nr. ... (H._____: Fr. 43'114.30), Nr. ... (F._____: Fr. 23'752.95) und Nr. ... (Schweizerische Eidgenossenschaft, Mehrwertsteuer: Fr. 14'000.–). Zwar reicht dieser Betrag nicht ganz aus, um diese drei Betreuungsforderungen zu tilgen (Fr. 867.25 zu wenig), doch verbleiben unter Berücksichtigung dieser Überweisung noch offene Forderungen im Umfang von **Fr. 3'867.20**. Selbst wenn der tatsächlich geschuldete Betrag insofern etwas höher sein dürfte, als die Zinsen und allfälligen Kosten noch nicht eingerechnet sind, so ist ohne Weiteres festzustellen, dass die noch offenen Forderungen einen relativ geringen Betrag darstellen. Nicht ins Gewicht fällt dieser Umstand dann, wenn die Schuldnerin gestützt auf ihre Kontoauszüge und die betriebswirtschaftlichen Finanzkennzahlen als so *liquid* erscheint, dass sie zukünftig auch ihren weiteren laufenden Verpflichtungen (Geschäftskosten) wird nachkommen können:

2.3.4. Gemäss dem Geschäftskontoauszug der I._____-Bank verfügte die Schuldnerin am 15. Juli 2011 über Fr. 21'648.95 an liquiden Mitteln (act. 3/3), womit sie nicht nur die noch offene Forderung von knapp Fr. 4'000.– begleichen, sondern auch zukünftigen, üblichen Verpflichtungen aus der Geschäftstätigkeit weitgehend nachkommen können. Weiter soll die Schuldnerin über ein zweites Geschäftskonto bei der J._____ verfügen, das einen Saldo von Fr. 76'114.– aufweist.

Einen Beleg hierfür reichte die Schuldnerin allerdings nicht ein mit der Begründung, dass das Konto aktuell nicht einsehbar sei, weil dem Verwaltungsrat aufgrund eines kürzlich verübten Diebstahls der Code abhanden gekommen und der neue noch nicht eingetroffen sei (act. 3/4). Selbst wenn dies durchaus zutreffen mag, kann der genannte Betrag im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden, denn Art. 174 Abs. 2 SchKG verlangt, dass die Zahlungsfähigkeit *glaubhaft* gemacht wird. Blosses Behaupten – wie dies hierbei der Fall ist – reicht nicht. Immerhin geht aus der Bestätigung der K. _____-Stiftung vom 15. Juli 2011 hervor, dass die Schuldnerin am 15. Juli ausstehende Honorarnoten im Betrag von Fr. 61'050.– (diese Forderung ist im Betreibungsregisterauszug nicht aufgeführt) beglichen haben soll (act. 3/6), was abgesehen davon, dass ein E-Mail keine Urkunde im Sinne des Gesetzes darstellt, ebenfalls für die Liquidität der Schuldnerin spricht. Offenbar basiert die Konkurseröffnung denn auch nicht primär auf Liquiditätsproblemen, sondern viel mehr auf einer bislang vernachlässigten Organisation des Kreditoren- und Debitorenmanagements bzw. der Buchhaltung. Diese Problematik soll mittlerweile aber behoben worden sein (vgl. dazu act. 1 und act. 3/9 Mitte). Jedenfalls zeichnet auch die eingereichte Bilanz (Jahresabschluss 2010) ein positives finanzielles Bild, denn der Liquiditätsgrad II als wichtigste Kennzahl ($[(\text{liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}) \times 100 : \text{kurzfristiges Fremdkapital}]$) ergibt einen Wert von 104,4% ($[(\text{Fr. } 62'346.- + 90'280.-) \times 100 : \text{Fr. } 146'129.- = \text{Fr. } 14'324.- + \text{Fr. } 131'805.-]$), liegt somit sogar etwas über den massgeblichen 100%, welche die goldenen Bilanzregeln verlangen. Ebenso ist das Umlaufvermögen (Fr. 294'069.–) deutlich grösser als das kurzfristige Fremdkapital (Fr. 146'129.–). Damit ist der Schuldnerin die erforderliche Liquidität klar zu attestieren.

3. Zusammenfassung

Da die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachwies als auch ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft und mit verschiedenen Belegen dartat, ist davon auszugehen, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten bloss vorübergehender Natur waren bzw. auf einer mangelhaften Buchführung be-

ruhten. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist gutzuheissen. Der über die Schuldnerin am 8. Juli 2011 (10:00 Uhr) eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

4. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Sie sind gestützt auf Art. 1 lit. c und Art. 96 ZPO in Verbindung mit der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 8. September 2011 (LS 211.11) auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirks Zürich vom 8. Juli 2011, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.– verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt E. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin am 19. Juli 2011 einbezahlten Betrag von Fr. 1'500.– der Schuldnerin zurückzuerstatten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirks Zürich, das Konkursamt E. _____ und die Obergerichtskasse, ferner mit

besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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:

Dr. M. Fuchs Räber

versandt am: