

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110163-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw A.Schmoker.

Urteil vom 13. Oktober 2011

in Sachen

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

gegen

C._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Bülach vom 30.
August 2011 (EK110306)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2009 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und hat unter anderem die Erbringung von Dienstleistungen in den Sektoren Wirtschaftsprüfung, Unternehmensberatung, Steuerberatung und Treuhand, insbesondere Übernahme und Durchführung von Brokermmandaten im ... Bereich zum Zweck (act. 10).

1.2. Mit Urteil vom 30. August 2011 (13.45 Uhr) eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach in der Betreuung Nr. ... den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 11'140.– nebst Zins zu 5% seit dem 25. Januar 2010, Rechtsöffnungskosten von Fr. 450.– und Betreuungskosten von Fr. 233.– (act. 2 = act. 6/9 = act. 9). Gegen das ihr am 5. September 2011 zugegangene Urteil (act. 10) erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 15. September 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. Die Schuldnerin hat der Gläubigerin gemäss Quittung vom 15. September 2011 einen Betrag von Fr. 12'735.90 bezahlt. Diese Summe wurde für die Forderung (Fr. 11'140.–), für die Zinsen (Fr. 912.90), für die Rechtsöffnungs- (Fr. 450.–) sowie die Betreuungskosten (Fr. 233.–) geleistet (act. 3/2/1 und act. 3/2/3). Das Konkursamt D._____ bestätigte überdies mit Schreiben vom 15. September 2011 einen Kostenvorschuss von Fr. 500.– erhalten zu haben. Dieser Betrag reiche aus, um sämtliche bis heute entstandene und bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung entstehenden Konkurskosten zu decken (Gebühren und Auslagen des Konkursamtes D._____ und die Spruchgebühr des Bezirksgerichtes Bülach; act. 3/2/2). Die Kammer entsprach deshalb mit Verfügung vom 16. September 2011 dem Gesuch um aufschiebende Wirkung. Überdies wurde der Schuldnerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.– zu leisten (act. 7). Dieser ging am 22. September 2011 fristgerecht bei der Kasse des Obergerichtes ein (act. 11).

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 als auch die Kosten des Konkursamts und die erstinstanzlichen Gerichtskosten. Ebenso wurde der zweitinstanzliche Kostenvorschuss geleistet (act. 11). 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. Abseh-

bare 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 vermöge ihre laufenden Ausgaben jederzeit zu begleichen, da ihre Forderungen die laufenden Schulden um ein Mehrfaches übertreffen würden und sie keinesfalls die Gefahr der Überschuldung eingehen könne, obwohl sie seit einem Jahr ständig mit Liquiditätsproblemen zu kämpfen habe. In den nächsten zwei Monaten werde sie auch die Liquiditätsengpässe hinter sich haben. Überdies führte die Schuldnerin aus, die Forderung der Gläubigerin sei nun zwar beglichen worden, diese beruhe jedoch nicht auf geleisteter Arbeit. Die Forderung werde durch einen Rechtsanwalt mittels einer Rückforderungsklage demnächst eingeklagt werden. Wie die Rechtsöffnung in dieser Angelegenheit habe erteilt werden können, verstehe niemand, da die Leistung der Gläubigerin innert 2 bis 3 Wochen versprochen worden sei und die zweite Zahlung der Schuldnerin 5 Wochen nach Arbeitsbeginn hätte erfolgen sollen. Die Arbeiten seien bis heute nicht erledigt worden, nur ca. 20% vom Gesamtauftrag sei erledigt worden (act. 1).

2.3.2. Gemäss Beteiligungsregisterauszug vom 14. September 2011 sind gegen die Schuldnerin keine offenen Verlustscheine vorhanden (act. 3/3/8). Über die Periode vom 1. Januar 2009 bis zum 14. September 2011 hat die Schuldnerin jedoch insgesamt 20 Beteiligungen im Gesamtumfang von Fr. 95'181.15 erwirkt. Fünf der in Beteiligung gesetzten Forderungen, total Fr. 15'217.45, hat die Schuldnerin durch Zahlung an den Gläubiger getilgt (act. 3/3/8). Den eingereichten Belegen ist überdies zu entnehmen, dass die Schuldnerin weitere Forderungen im Umfang von total Fr. 19'497.05 durch Zahlung an den jeweiligen Gläubiger getilgt hat (Betr. Nr. ..., F. _____ AG, Fr. 2'082.05 [act. 3/3/9]; Betr. Nr. ... und ..., G. _____, Fr. 11'610.– und Fr. 5'805.– [act. 3/3/10, act. 3/3/12]). Gemäss "Statistik: Archivierte Zahlungen" hat die Schuldnerin am 17. Oktober 2010 sowie am 2. Dezember 2010 überdies total Fr. 5'805.– an G. _____ geleistet, was der Forde-

nung in der Betreuung Nr. ... entspricht (act. 3/3/11). Überdies hat die Schuldnerin gemäss eingereichten Unterlagen in der Betreuung Nr. ... einmal einen Betrag von Fr. 3'058.60 sowie einmal einen Betrag von Fr. 3'000.– geleistet (act. 3/3/13). Es erscheint deshalb glaubhaft, dass die betriebene Forderung von Fr. 5'805.– damit getilgt ist. Die eingereichten Belege vermögen hingegen nicht glaubhaft darzutun, dass die weitere Betreuung Nr. ... des Gläubigers G._____ im Umfang von Fr. 5'805.– auch getilgt worden ist. Eben so wenig geht dies aus dem eingereichten E-Mail-Verkehr hervor (act. 3/3/14). Die Schuldnerin hat zwar ein "Zahlungsprotokoll ..." eingereicht, dem weitere Zahlungen, vorgenommen am 25. August 2011 an den Gläubiger G._____, zu entnehmen sind. Da es sich bei diesem Gläubiger jedoch um den Vermieter der Geschäftsräume handelt, ist nicht klar, ob diese Zahlungen für laufende Mietzinsverpflichtungen vorgenommen wurden, oder ob sie zur Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderungen dienen. Dasselbe gilt für die am 14. September 2011 getätigte Zahlung von Fr. 3'000.– (act. 3/3/14). Betreffend der Betreuung Nr. ..., H._____, im Umfang von Fr. 3'556.50 wurde Rechtsvorschlag erhoben. Dieser wurde bis anhin nicht beseitigt (act. 3/3/8). Bei der Betreuung Nr. ... über eine Forderung von Fr. 11'140.– handelt es sich um diejenige, welche zur Konkursöffnung geführt hat. Diese wurde wie oben ausgeführt - vollständig beglichen. Zur Betreuung Nr. ... der Gläubigerin I._____ im Umfang von Fr. 4'434.85 führte die Schuldnerin aus, sie habe eine Teilzahlung geleistet (3/3/8). Das Betreibungsamt E._____ bestätigte, am 30. August 2011 eine Teilzahlung von Fr. 1'400.– erhalten zu haben. Gemäss Abrechnung sind davon Fr. 1'393.– an die Gläubigerin abgeliefert worden (act. 3/3/16). Zur Betreuung Nr. ... der Gläubigerin J._____ AG im Umfang von Fr. 2'469.80 führte die Schuldnerin aus, es sei eine Zahlung per 30. September 2011 vereinbart worden (act. 3/3/8). Dies entspricht dem Schreiben der K._____ AG vom 7. September 2011 (act. 3/3/15). Betreffend die übrigen fünf im Betreibungsregisterauszug ersichtlichen Betreibungen (Nr. ..., ..., ..., ..., ...) im Umfang von insgesamt Fr. 21'450.50 führte die Schuldnerin aus, diese würden sukzessive mit Vorrang beim Betreibungsamt beglichen. Voraussichtlich bis Ende September 2011; spätestens bis Ende Oktober 2011 (act. 3/3/8). Wie und von welchen Mitteln diese Forderungen bezahlt werden sollen, macht die Schuldnerin nicht geltend.

Somit ist glaubhaft dargetan, dass im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde Forderungen im Umfang von Fr. **64'883.80** getilgt respektive gestundet sind. Von den ursprünglich in Betreuung gesetzten Fr. 95'181.15 verbleiben somit offene Forderungen von Fr. **30'297.35**, respektive konnte deren Tilgung oder Stundung nicht glaubhaft dargelegt werden.

Die Schuldnerin reichte der Kammer zudem eine Aufstellung über ihre Forderungen und Schulden per 15. September 2011 ein (act. 3/3/1). Daraus ist ersichtlich, dass einem Total von Forderungen im Umfang von **Fr. 152'137.40** Schulden im Umfang von **Fr. 39'550.92** entgegen stehen. Die Schuldnerin untermauert diese Aufstellung mit zwei Rechnungslisten, in welchen die Kunden namentlich und die Auftrags- resp. Rechnungsdaten einzeln aufgelistet sind (act. 3/3/2 und act. 3/3/3), sowie einer Zusammenstellung der offenen Leistungen, Spesen und Vorschüsse nach Mandaten (act. 3/3/4). Überdies reichte die Schuldnerin eine Zusammenstellung der noch offenen Zahlungen, sprich ihrer noch offenen Schulden, ein (act. 3/3/6). Diese listet neben den in Betreuung gesetzten Forderungen auch weitere noch unbeglichene Forderungen im Gesamtumfang von Fr. 34'545.20 auf.

Entscheidend für die Aufhebung der Konkursöffnung ist aber nicht primär, wie hoch die offenen Forderungen bzw. Schulden sind, sondern wie liquid eine Unternehmung als solche ist. Fraglich ist, ob es ihr möglich ist, die bestehenden Schulden innerhalb einer voraussehbaren Zeit abzutragen. Dies lässt sich anhand der Kennzahlen der Bilanz ermitteln. Die Schuldnerin reichte der Kammer eine per 31. Dezember 2010 erstellte Bilanz und eine Erfolgsrechnung ein (act. 3/3/5). In diesen ist für das Jahr 2010 ein Gewinn von Fr. 96'341.72 ausgewiesen.

Betreffend der Bilanzkennzahlen stellt sich das Ganze wie folgt dar: Gemäss Bilanz beliefen sich die flüssigen Mittel der Schuldnerin per 31. Dezember 2010 auf Fr. 45'486.39. Die Forderungen beliefen sich auf Fr. 156'585.96, wobei die Schuldnerin selbst Fr. 14'099.– davon als "dubiose Debitoren" in der Bilanz aufführte. Das Risiko, dass die "dubiosen Debitoren" uneinbringlich sein werden, ist damit als sehr hoch einzuschätzen. Für die Berechnung des Quick-Ratio bleiben sie deshalb unberücksichtigt. Das kurzfristige Fremdkapital beläuft sich laut Bilanz

auf Fr. 140'662.15. Somit ergibt sich ein Quick-Ratio von 143.66 % (flüssige Mittel [45'486.39] und Forderungen [156'585.96] x 100 / kurzfristiges Fremdkapital [140'662.15]). Das kurzfristige Fremdkapital ist durch die flüssigen Mittel und die Forderungen ausreichend gedeckt. Das spricht grundsätzlich für eine sehr gute Liquidität der Schuldnerin. Der Anlagendeckungsgrad 2 (Eigenkapital [100'820.39] und langfristiges Fremdkapital [119'692.82] x 100 / Anlagevermögen [174'311.11]) beträgt 126.5 %. Auch dieser Wert liegt also über dem Richtwert von 100%, welcher von einer "gesunden Unternehmung" verlangt wird. Es spricht für die gesunde Finanzstruktur der Schuldnerin, dass das Anlagevermögen vollständig mit dem Eigenkapital sowie dem langfristigen Fremdkapital finanziert werden kann. Betreffend des Finanzierungsgrades der Schuldnerin ist gemäss Bilanz von einem Fremdkapital von insgesamt Fr. 260'354.97 gegenüber einem Eigenkapital von Fr. 100'820.39 auszugehen. Der Fremdfinanzierungsgrad beläuft sich damit auf 72,1% (Fremdkapital [260'354.97] x 100 / Gesamtkapital [361'175.36]) und ist demzufolge als eher hoch einzuschätzen. Insgesamt sprechen diese Bilanzkennzahlen aber eindeutig für eine gesunde Vermögensstruktur der Schuldnerin.

Grundsätzlich ist jedoch zu bedenken, dass die Schuldnerin keine Erklärung dafür abgibt, weshalb sie in der Bilanz per Ende 2010 einen Gewinn von knapp Fr. 100'000.– ausweist, jedoch nicht in der Lage sein soll, ihren laufenden Verpflichtungen nach zu kommen und von einem seit nunmehr bereits einem Jahr andauernden Liquiditätsproblem spricht (act. 1). Immerhin wird nach Durchsicht der Zusammenstellungen der Rechnungen klar, dass einige Schuldner der Schuldnerin ihre Rechnungen seit längerem nicht bezahlt haben (act. 3/3/2 und act. 3/3/3). In der Bilanz fällt zudem auf, dass im Anlagevermögen ein Posten "Goodwill" mit Fr. 40'000.– veranschlagt wurde. Dies erscheint im Verhältnis zu den übrigen Zahlen relativ hoch. Zudem werden das Mobiliar und die Einrichtung mit Fr. 53'372.70 veranschlagt, wobei für "Büromaschinen, EDV-Anlagen, Kommunikationssystem" noch einmal Fr. 21'976.– extra in der Bilanz aufgeführt sind und ein weiterer Posten von Fr. 8'125.– für Fahrzeuge und noch einmal Fr. 3'681.– für Büromaschinen, Werkzeuge und Geräte verzeichnet ist.

2.3.3. Insgesamt verbleiben Bedenken an der Liquidität der Schuldnerin. Allerdings gilt eine Tatsache schon dann als glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Die Zahlungsfähigkeit gilt demnach bereits dann als glaubhaft gemacht, wenn diese wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit (BGer 5A_80/2007 vom 4. September 2007, E. 3.1). Im vorliegenden Fall spricht gewichtig für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin, dass sie innert relativ kurzer Frist einen grösseren Teil der in Betreuung gesetzten Forderungen begleichen konnte. Überdies sprechen die Bilanzkennzahlen für ein gesundes Unternehmen. Schliesslich stehen den Schulden in der Höhe von Fr. 39'550.92 Forderungen von Fr. 152'137.40 gegenüber (act. 3/3/1). Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass die Schuldnerin innert absehbarer Frist ihre Schulden nicht wird abbezahlen und ihren laufenden Verbindlichkeiten nicht wird nachkommen können. Aus diesem Grund erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahrscheinlicher und mithin als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses. Die Schuldnerin darf aber nicht davon ausgehen, dass das bei einer weiteren Konkurseröffnung wieder so beurteilt würde. Kommt es innert relativ kurzer Zeit mehrmals zur Eröffnung eines Konkurses, wird diese Tatsache als starkes Indiz gegen die Zahlungsfähigkeit gewertet.

3. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Kosten beider Instanzen durch die Schuldnerin zu tragen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungsverweigerung verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes Bülach vom 30. August 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 Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– 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 auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirkes Bülach und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, je gegen Empfangsschein.
5. 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 A. Schmoker

versandt am: