

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110232-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 3. Januar 2011

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH in Liquidation,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 24. November 2011 (EK111744)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt. September 1990 – zuerst unter dem Namen C._____ AG, dann D._____ AG und schliesslich A._____ AG – als Aktiengesellschaft im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt die Schuldnerin Herstellung von und Handel mit Waren und Rechten im Bereich des Bildmediums; sie kann sich an anderen Unternehmungen beteiligen sowie Grundstücke erwerben, halten und veräussern (act. 9).

1.2. Mit Urteil vom 24. November 2011, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 12'032.-- nebst Zins zu 5 % seit 9. September 2007 und Fr. 41.40 sowie Betreuungskosten von Fr. 209.-- (act. 2 = act. 6/5 = act. 7). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 5. Dezember 2011 (Datum der Postaufgabe; act. 1) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 6/7). Sie verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben, eventualiter sei der Konkurs aufzuschieben und von einer Veröffentlichung des Aufschubes abzusehen. Ferner ersuchte die Schuldnerin darum, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 1 S. 2).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2011 (act. 7) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt, da auf Grund der von der Schuldnerin eingereichten Unterlagen davon auszugehen war, die Gläubigerin habe auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Gleichzeitig wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– angesetzt. Dieser traf rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (vgl. act. 8/1 und act. 10).

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nach-

weist. Ein solcher kann sich auch erst innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben (BGE 136 III 295).

2.2. Zusammen mit ihrer Beschwerdeschrift reichte die Schuldnerin eine Zahlungsvereinbarung zwischen der Gläubigerin und der E. _____ AG ein, welche am 29. November 2011 und am 1. Dezember 2011 unterzeichnet worden war (act. 4/3). Gemäss diesem Dokument verzichtete die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses über die Schuldnerin, unter der Bedingung, dass ihr bis spätestens am 29. November 2011 von der E. _____ AG ein Betrag von Fr. 10'000.-- überwiesen und eine Garantievereinbarung zwischen ihr und F. _____ unterzeichnet wird (act. 4/3 S. 3). Die Überweisung wurde am 29. November 2011, 10:48 Uhr, als Expressauftrag bei der G. _____ [Bank] erfasst (act. 4/4) und in der Folge von H. _____, dem Geschäftsführer und Gesellschafter der Gläubigerin (act. 4/6 S. 2), per E-Mail bestätigt (act. 4/7). Die Garantievereinbarung zwischen F. _____ und der Gläubigerin wurde ebenfalls am 29. November 2011 und am 1. Dezember 2011 unterzeichnet (act. 4/5). Durch Einreichen der entsprechenden Unterlagen hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG nachgewiesen.

2.3. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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 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. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile von der Schuldnerin beglichen wurden, darf als Indiz dafür gelten, dass keine dauerhafte Illiquidität vorliegt.

2.4. Die Schuldnerin liess von ihrer Buchhaltungsstelle per 30. November 2011 eine aktuelle Bilanz und Erfolgsrechnung erstellen, welche ihre Zahlungsfähigkeit un-

termauern soll (act. 4/8; vgl. act. 1 S. 4). Es ist der Schuldnerin beizupflichten, dass das bilanzierte Umlaufvermögen von Fr. 851'218.81 das in der Bilanz aufgeführte kurzfristige Fremdkapital von Fr. 839'869.77 übersteigt und das Aktienkapital von Fr. 50'000.-- zu mehr als der Hälfte gedeckt ist (act. 1 S. 5).

Die Behauptung der Schuldnerin, dass in der Bilanzposition "Beteiligungen" stille Reserven enthalten seien (act. 1 S. 5), wurde durch nichts glaubhaft gemacht, weshalb hier nicht näher darauf einzugehen ist. Es ist immerhin zu bemerken, dass die Schuldnerin als Muttergesellschaft zu 100 Prozent an der E._____ AG beteiligt ist, gegenüber welcher sie gemäss ihrer Bilanz über eine Forderung von Fr. 438'798.34 verfügt (vgl. act. 1 S. 5, act. 4/3 S. 2, act. 4/8 S. 1 und act. 4/13). Auch die E._____ AG war offenbar nicht dazu in der Lage, die Forderung der Gläubigerin von insgesamt Fr. 16'830.10 ohne Ratenzahlung zu begleichen (vgl. act. 4/3 S. 2 und S. 3). Die behauptete Stille Reserve erscheint deshalb zumindest mit Bezug auf diese Gesellschaft mehr als fraglich. Vielmehr drängt sich vor diesem Hintergrund die Überlegung auf, ob die Forderung von Fr. 438'798.34 (im vollen Umfang) erhältlich gemacht werden kann. Dies kann indessen offen bleiben.

Auf Grund der in der Bilanz aufgeführten Zahlen ist von einem Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) der Schuldnerin von 101.35 % auszugehen ($[(\text{liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}) \times 100 : \text{kurzfristiges Fremdkapital}]$). Diese Kennzahl drückt die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens aus und sollte 100 % ergeben. Insofern spricht nichts gegen die Liquidität der Schuldnerin. Der Anlagedeckungsgrad 2, welcher gemäss der goldenen Bilanzregel über 100% liegen sollte und relevante Kennzahl zur Finanzierung des Anlagevermögens darstellt, beträgt jedoch lediglich 94.11 % ($[(\text{Eigenkapital} + \text{langfristiges Fremdkapital}) \times 100 : \text{Anlagevermögen}]$). Das bedeutet, dass ein Teil des Anlagevermögens mit kurzfristigem Fremdkapital finanziert wird, was negativ zu werten ist. Als Zwischenergebnis ist jedoch festzuhalten, dass die Schuldnerin den mit der Bilanz per 30. November 2011 präsentierten Zahlen zufolge nicht als illiquid erscheint.

2.5. Aus der Bestätigung der Revisionsstelle I._____ AG vom 5. Dezember 2011 (act. 4/12), gemäss welcher die Bilanz per 30. November 2011 keine buchmässige Überschuldung ausweise und die Schuldnerin im Jahr 2011 operativ tätig ge-

wesen sei, vermag die Schuldnerin – entgegen ihrer Auffassung (act. 1 S. 5) – nichts zu Gunsten ihrer Zahlungsfähigkeit abzuleiten. Die Letztere wurde von I. _____ AG gerade nicht geprüft (vgl. act. 4/12).

2.6. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Gesellschaft vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Dies hat auch die Schuldnerin richtig erkannt und mit ihrer Beschwerdeschrift einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes J. _____ vom 30. November 2011 (act. 4/14) eingereicht. Diesbezüglich fällt vorab auf, dass er nicht einen Zeitraum von fünf Jahren, sondern lediglich die Periode vom 1. Januar 2009 bis Ende November 2011 erfasst (act. 4/14 S. 1). Er weist 13 Beteiligungen für einen Gesamtbetrag von Fr. 428'462.-- aus (act. 4/14 S. 2).

Die Schuldnerin hat die Bezahlung von fünf Beteiligungsforderungen (Betr.-Nrn., ..., ..., ...,) von insgesamt Fr. 12'143.15 bewiesen bzw. glaubhaft gemacht (act. 4/14 S. 2, act. 4/16 und act. 4/20; vgl. act. 1 S. 6). Zudem wurde die Forderung der Gläubigerin (Betr.-Nr. ...), welche der Konkursöffnung zu Grunde lag, durch die E. _____ AG im Umfang von Fr. 10'000.-- beglichen (act. 4/3 S. 3, act. 4/4 und act. 4/7). Darüber hinaus hat die Schuldnerin bezüglich der Beteiligungsforderung des Steueramtes der Stadt K. _____ über Fr. 52'567.25 (Betr.-Nr. ...) eine Abzahlungsvereinbarung und eine Schuldentilgung im Betrag von Fr. 36'528.80 glaubhaft gemacht (act. 4/21 und act. 4/23; vgl. act. 1 S. 6).

Die Forderungen der L. _____ GmbH .. von Fr. 50'434.90 (Betr.-Nr. ... sowie der M. _____ AG in Liquidation von Fr. 8'306.25 und Fr. 282'913.60 hat die Schuldnerin bestritten (act. 1 S. 7). Selbst wenn man ohne weiteres auf die entsprechenden Behauptungen der Schuldnerin abstellen könnte, so verblieben (berechtigte) Forderungen von rund Fr. 30'000.--, welche nach wie vor unbeglichen sind. Dies spricht nicht für eine positive Zahlungsbereitschaft bzw. -fähigkeit der Schuldnerin. Daran vermag auch der blosser Hinweis der Schuldnerin, sie werde einen Teil dieser Schulden noch bis Ende 2011 begleichen (act. 1 S. 7), nichts zu ändern.

Es kommt hinzu, dass es der Schuldnerin mit den von ihr eingereichten Unterlagen (vgl. act. 4/27-29) nicht gelingt, den Bestand der Forderungen der M. _____

AG in Liquidation in Zweifel zu ziehen. Vielmehr ist auf Grund der Vereinbarung vom 13. Januar 2009 (act. 4/29) davon auszugehen, dass sich die Schuldnerin (damals noch D. _____ AG genannt; vgl. act. 9) dazu verpflichtete, der M. _____ AG in Liquidation Fr. 263'175.45 zu bezahlen, zuzüglich 4 % Zins vom 1. Juli 2006 bis zum 31. Dezember 2008 und 9 % Zins vom 1. Januar 2009 bis zum 30. Juni 2009. In jenem Vertrag ist von Gegenforderungen nicht die Rede. Die Darstellung der Schuldnerin, wonach kurz nach dem erwähnten Vertragsschluss eine mündliche Saldovereinbarung getroffen worden, eventuell die Forderung durch Verrechnung getilgt worden sei (act. 1 S. 7 f.), hat die Schuldnerin in keiner Weise glaubhaft gemacht.

Demzufolge ist von offenen Forderungen gegenüber der Schuldnerin von rund Fr. 300'000.-- auszugehen. Selbst wenn die Schuldnerin ihren Gewinn von Fr. 21'823.33 verdoppeln könnte, würde dieser nicht dazu ausreichen, um ihre Schulden in absehbarer Zeit zu tilgen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erscheint somit nicht als glaubhaft, weshalb es an einer Voraussetzung zur Aufhebung des Konkurses mangelt. Für den (eventualiter) beantragten Konkursaufschub, weil gute Sanierungsaussichten bestünden (act. 1 S. 2 und S. 8), besteht kein Raum. Das Gericht kann den Entscheid über den Konkurs zwar aussetzen, wenn die Schuldnerin ein Gesuch um Bewilligung einer Nachlassstundung oder einer Notstundung anhängig gemacht hat (Art. 173a Abs. 1 OR). Ein entsprechendes Gesuch ist indessen vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung zu stellen (Art. 326 ZPO; BSK SchKG-Giroud Art. 173a N 5). Ebenso kann das Gericht den Entscheid über den Konkurs auch von Amtes wegen aussetzen, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen (Art. 173a Abs. 1 OR). Dieses Vorgehen ist jedoch ebenfalls der ersten Instanz vorbehalten (BSK SchKG-Giroud Art. 173a N 5a).

2.7. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2011 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über die Schuldnerin neu zu eröffnen.

3. Kosten

3.1. Die Kosten des Konkursverfahrens im Betrag von Fr. 750.– sind ausgangsgemäss der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.2. Der zum Konkurs führende Forderungsbetrag (inkl. Zinsen, Regl. Mahnkosten, Regl. Inkassokosten sowie Betreuungskosten) wurde weder beim Konkursamt noch bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Folglich sind diesbezüglich keine Anweisungen zu erteilen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und es wird über die Schuldnerin mit Wirkung ab **3. Januar 2012, 17.35 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt N. _____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt N. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt J. _____, 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:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: