

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110244-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 10. Januar 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ und lic. iur. Y._____

gegen

Sammelstiftung BVG der B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 7. Dezember 2011
(EK111794)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Zürich eröffnete mit Urteil vom 7. Dezember 2011 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 2). Mit Beschwerde vom 22. Dezember 2011 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 27. Dezember 2011 entsprochen (act. 8). Ferner leistete die Beschwerdeführerin bereits am 14. Dezember 2011 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 4/40).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Kumulativ zu einem der Konkurshinderungsgründe hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zumachen. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer eine Quittung der Obergerichtskasse vom 22. Dezember 2011 eingereicht, aus welcher hervorgeht, dass ein Betrag in Höhe von Fr. 48'925.50 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegt wurde (act. 4/28). Ferner reichte die Beschwerdeführerin eine Bestätigung des Konkursamtes C. _____ vom 14. Dezember 2011 ein, wonach die Beschwerdeführerin zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet hat (act. 4/39). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der

Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat ein Schuldner wie ausgeführt zudem seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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 Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile vom Schuldner beglichen wurden, darf als Indiz dafür gelten, dass keine dauerhafte Illiquidität vorliegt.

5.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Beteiligungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamtes C. _____ vom 8. Dezember 2011 weist für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis zum Wegzug der Beschwerdeführerin am 10. November 2011 insgesamt 27 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 198'145.05 aus, wovon 9 Beteiligungen im Betrag von Fr. 31'401.20 durch Zahlung erledigt wurden (act. 4/27). Weitere 4 Beteiligungen in Höhe von Fr. 15'200.65 wurden wegen Wegzugs der Beschwerdeführerin und 2 Beteiligungen in Höhe von Fr. 16'669.85 wegen unzustellbaren Zahlungsbefehls erledigt. Abzüglich der Konkursforderung (Fr. 46'247.30) bestehen gemäss diesem Beteiligungsregisterauszug derzeit somit noch 11 offene Beteiligungen in der Höhe von Fr. 88'626.05. Offene Verlustscheine bestehen nicht. Bei den offenen Beteiligungen handelt es sich um 4 Forderungen der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich im Gesamtbetrag von Fr. 14'783.80, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, um Forderungen der Stiftung Altersparkonten D. _____ über Fr. 12'478.30 und des Polizeisekretariats der Stadt E. _____ über Fr. 105.--, bei welchen ebenfalls der Zahlungsbefehl zugestellt wurde,

um Forderungen der F._____ GmbH über Fr. 46'726.85, der G._____ AG über Fr. 7'520.-- und des Steueramts des Kantons ... über Fr. 2'623.60, bei welchen Rechtsvorschlag erhoben wurde, sowie um Forderungen der H._____ AG über Fr. 196.50 und der B._____ AG über Fr. 4'192.--, bei welchen bereits der Konkurs angedroht wurde. Ein Betreibungsregisterauszug für die Zeit seit dem Wegzug der Beschwerdeführerin bis zur Einreichung der Beschwerde wurde nicht eingereicht, was in Anbetracht der relativ kurzen Zeitdauer hier aber vernachlässigbar ist.

5.2 Zu den Forderungen der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt bemerkt die Beschwerdeführerin, dass ihr die Gläubigerin dafür Stundung bis Ende Januar 2012 gewährt habe (act. 1 S. 8). Als Beleg reicht sie ein Schreiben der SVA Zürich ein, worin diese Stundung bestätigt wird, unter der Voraussetzung, dass bis zu diesem Zeitpunkt sämtliche offenen Forderungen in der Höhe von Fr. 72'307.10 beglichen würden (act. 4/29). Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie diesen Betrag mit bis dahin erhältlich gemachten Debitoren wird decken können (act. 1 S. 8). Auch mit der F._____ GmbH wurde am 14. Dezember 2011 ein Zahlungsaufschub vereinbart. Die Beschwerdeführerin verpflichtete sich dabei, einen Betrag von Fr. 20'000.-- bis zum 31. Januar 2012 zu bezahlen und die Restforderung, Fr. 26'726.85, bis zum 28. Februar 2012 zu begleichen (act. 4/37).

5.3 In Bezug auf die Forderung der G._____ AG macht die Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf ein Schreiben ihrerseits an die Gläubigerin vom 29. Mai 2011 geltend, es handle sich bei der Gläubigerin um die ehemalige Vermieterin des Lagerraumes, gegenüber welcher sie aus Schäden am Material und einer Mietminderung infolge Wasserschäden eine Forderung von Fr. 25'000.-- habe. Diese Forderung werde nach der Beschwerde gerichtlich geltend gemacht und mit der gegen sie bestehenden Forderung verrechnet, womit letztere als getilgt zu betrachten sei (act. 1 S. 8 f.). Fraglich bleibt in diesem Zusammenhang, warum die Beschwerdeführerin, nachdem sie die rechtlichen Schritte bereits in ihrem Schreiben vom 29. Mai 2011 angekündigt hatte, damit bis zum heutigen Datum zuwartete. Zugunsten der Ausführungen der Beschwerdeführerin ist aber zu bemerken, dass der Rechtsvorschlag in der am 17. Mai 2011 eingeleiteten Betreibung bis zum heutigen Datum, also während rund sieben Monaten, von der Gläubigerin nicht be-

seitigt worden ist. Damit erscheinen die Ausführungen der Beschwerdeführerin glaubhaft, weshalb dieser Betrag hier nicht weiter zu berücksichtigen ist.

5.4 Die Beschwerdeführerin macht überdies die Tilgung weiterer Forderungen geltend (act. 1 S. 9 f.). Sie belegt mit eingereichten Abrechnungen des Betriebsamtes C._____, dass sie die Forderungen des Polizeisekretariats der Stadt E._____ und der H._____ AG am 14. Dezember 2011 bezahlt hat (act. 4/31 sowie act. 4/33). Überdies ergibt sich aus dem Kontokorrentauszug der Stiftung Alterssparkonten D._____ und dem eingereichten Zahlungsbeleg vom 22. Dezember 2011, dass auch diese in Betreuung gesetzte Forderung bezahlt worden ist (act. 4/34-35). Ferner bezahlte die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich die Grundforderung der B._____ AG in Höhe von Fr. 4'092.-- (act. 4/36). Offen sind in dieser Betreuung somit noch Fr. 100.--.

5.5 Insgesamt bestehen damit gegen die Beschwerdeführerin offene in Betreuung gesetzte Forderungen im Umfang von Fr. 64'234.25, wobei Zahlungsaufschübe im Umfang von Fr. 14'783.80 und Fr. 20'000.-- bis Ende Januar 2012 und Fr. 26'726.85 bis 28. Februar 2012 gewährt wurden und demgegenüber die nicht in Betreuung gesetzte Restforderung der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt in Höhe von Fr. 57'523.30 ebenfalls bis Ende Januar 2012 zu bezahlen ist und die Durchsetzung von Fr. 100.-- unmittelbar droht.

5.6 Zu beachten sind weiter die 6 gemäss Betreibungsregisterauszug erledigten Betreibungen, die aber nicht durch Bezahlung erledigt worden sind. Es handelt sich dabei um drei Forderungen der eidgenössischen Steuerverwaltung in Höhe von Fr. 21'162.55, eine Forderung des Polizeiamtes der Stadt E._____ in Höhe von Fr. 105.--, eine Forderung der Stadt I._____ in Höhe von Fr. 933.10 und eine Forderung des Steueramtes des Kantons ... in Höhe von Fr. 9'669.85 (act. 4/27). Die Zwangsvollstreckung dieser Forderungen steht zwar nicht (mehr) unmittelbar bevor, die Schulden bestehen aber dennoch. Zu diesen Forderungen macht die Beschwerdeführerin auf der einen Seite teilweise Stundung geltend (act. 1 S. 9 und S. 11). Das mag zutreffen, ist vor dem Hintergrund, dass sie zur Zeit ohnehin nicht mehr betrieben sind, hier aber nicht von Belang. Auf der anderen Seite behauptet die Beschwerdeführerin die Tilgung der Forderung der Stadt I._____ über

Fr. 933.10 (act. 1 S. 10). Das wurde von der Beschwerdeführerin angesichts dessen, dass es sich beim hierzu eingereichten Beleg bloss um einen Zahlungsauftrag handelt (act. 4/32), aber nicht glaubhaft gemacht. Denn ein Zahlungsauftrag ist abänderbar und damit zum Nachweis einer Zahlung nicht geeignet. Demgegenüber ist der von der Beschwerdeführerin behauptete Nichtbestand der Forderung des Polizeiamtes der Stadt E._____, bei der es sich gemäss ihren Angaben um die gleiche Forderung handelt (act. 1 S. 9), deren Bezahlung sie bereits nachgewiesen hat (vgl. E. 5.4), in Anbetracht des identischen Gläubigers und des exakt gleichen Betrages glaubhaft. Demnach bestehen gegen die Beschwerdeführerin weitere Forderungen im Umfang von Fr. 31'765.50.--. Dazu kommen gemäss der eingereichten und vom Gesellschafter und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin unterzeichneten Kreditorenliste per 21. Dezember 2011 weitere Forderungen im Umfang von Fr. 70'864.65.-- (act. 4/5).

6. 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, so dass es ihr möglich ist, die bestehenden Schulden innerhalb einer voraussehbaren Zeit abzutragen. Dies lässt sich zunächst anhand der Kennzahlen der Bilanz ermitteln. Die Beschwerdeführerin verzichtete allerdings auf das Einreichen einer Bilanz, weshalb weder der Liquiditätsgrad 2, welcher die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens darstellt, noch der Anlagedeckungsgrad 2, welcher Aufschluss über die Finanzierungsstruktur einer Unternehmung ergibt, ermittelt werden. Von der Beschwerdeführerin einzig eingereicht wurde die Erfolgsrechnung vom 1. Januar 2011 bis 21. Dezember 2011 (act. 4/4), die bei einem Betriebsertrag von Fr. 1'274'705.45 und einem Aufwand von Fr. 1'051'266.30 einen Gewinn in Höhe von Fr. 240'820.45 ausweist. Das relativiert die Beschwerdeführerin insofern, als dass darin die Löhne der neun Angestellten für den Monat Dezember 2011 nicht enthalten seien (act. 1 S. 4). Die Brutto-Lohnsumme im Monat Dezember 2011 beläuft sich auf Fr. 44'396.20 (act. 4/14-22). Auch abzüglich dieser Löhne wird dennoch ein namhafter Gewinn ausgewiesen, was immerhin einen positiven Geschäftsgang erahnen lässt.

7. Der eingereichten und vom Gesellschafter und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin unterzeichneten Debitorenliste ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin über Forderungen in Höhe von insgesamt Fr. 467'157.35 verfügt (act. 4/5). Offen bleibt deren Erhältlichkeit. Hierzu führt die Beschwerdeführerin nichts Konkretes aus. Sie äussert sich lediglich zum gegenwärtigen Stand der Rechnungsstellung und geht somit inzident von der Einbringlichkeit der Forderungen aus (act. 1 S. 5). Aus der eingereichten Übersichten über die Rechnungsstellung vom 12. Dezember 2011 ist ersichtlich, dass zu diesem Zeitpunkt von den bestehenden Forderungen Fr. 229'195.40 in Bearbeitung sind und Fr. 147'188.95 bereits in Rechnung gestellt wurden (act. 4/6). Es handelt sich bei diesen Schuldnern ausschliesslich um juristische Personen, in der überwiegenden Mehrheit um die im Bereich der Haustechnik tätigen J._____ AG, K._____ AG, L._____ AG und M._____ AG (im Umfang von insgesamt Fr. 95'938.60). Aus den entsprechenden Handelsregisterauszügen und Angaben auf den Homepages (http://www.J._____.ch/; http://www.K._____.ch/; http://www.L._____.ch/; http://www.M._____.ch/) ergibt sich, dass es sich bei diesen Schuldnern um grössere Betriebe handelt, die mindestens seit über 40 Jahren auf dem Markt erfolgreich bestehen. Damit erscheint es glaubhaft, dass die entsprechend in Rechnung gestellten Forderungen auch tatsächlich und zwar innert einer angemessenen Zeit eingebracht werden können. Ausgehend von der üblichen Zahlungsfrist von 30 Tagen ist bis Mitte Januar 2012 daher mit dem Eingang von mindestens Fr. 95'938.60 zu rechnen. Als weiteres Aktivum verfügt die Beschwerdeführerin über ein Kontokorrent bei der N._____ [Bank] (Nr. ...), welches per 22. Dezember 2010 einen Saldo von Fr. 30'813.65 ausweist (act. 4/23).

8. Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin geltend, sie überarbeite derzeit zur Vermeidung weiterer Liquiditätsengpässe die bestehende Kostenstruktur, insbesondere in Bezug auf den bestehenden Fahrzeugpark (act. 1 S. 5 f.). Die Beschwerdeführerin verfügt derzeit über insgesamt sechs, teilweise geleaste Fahrzeuge, wovon eines dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin auch zum privaten Gebrauch zur Verfügung steht (act. 1 S. 5, act. 4/8). Ziel sei es, nur so viele Fahrzeuge zu unterhalten, als es geschäftsnotwendig sei (act. 1 S. 5). Die Beschwerdeführerin verminderte gemäss eigenen Angaben ferner bereits mit dem

Umzug von der ...strasse ... in C._____ an die ...strasse ... in O._____ (Büro) und die ...strasse ... in P._____ (Lager) per 1. Juni 2011 die monatlichen Mietkosten für Büro und Lager auf Fr. 2'403.-- (act. 1 S. 6, act. 4/9-10).

9. Im vorliegenden Fall stehen den ausgewiesenen Schulden in Höhe von Fr. 224'387.70 (Fr. 64'234.25 + Fr. 57'523.30 + Fr. 31'765.50 + Fr. 70'864.65), wovon Fr. 100.-- sofort, Fr. 92'307.10 bis 31. Januar 2012 und Fr. 26'726.85 bis 28. Februar 2012 zu bezahlen sind, Aktiven in Höhe von Fr. 497'971.-- (Fr. 467'157.35 + Fr. 30'813.65) gegenüber. Davon flüssig sind derzeit Fr. 30'813.65 und weitere Fr. 95'938.60 bis Fr. 147'188.95.-- stehen voraussichtlich ab Mitte Januar 2012 zur Verfügung. Die Beschwerdeführerin vermag damit die betriebenen beziehungsweise die sofort, bis Ende Januar 2012 und Ende Februar 2012 zu begleichenden Verbindlichkeiten zu decken. Ferner bestehen weitere Debitorenforderungen in der Höhe von Fr. 319'968.40, wovon gegenwärtig solche im Umfang von Fr. 229'195.40 bearbeitet und in Rechnung gestellt werden. Bei diesen Debitoren handelt es sich ebenfalls fast ausschliesslich (im Gesamtumfang von Fr. 197'608.45) um die bereits genannten Unternehmen (J._____ AG, K._____ AG, L._____ AG und M._____ AG), deren Bonität nach dem Gesagten als gut einzustufen ist. Bei dieser Ausgangslage, insbesondere auch angesichts des bilanzierten Gewinnes und den vorgenommenen oder geplanten Anpassungen der Kostenstruktur, ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auch ihre laufenden Kosten wird bestreiten können. Damit liegt glaubhafterweise ein lediglich vorübergehender Liquiditätsengpass vor und die Beschwerdeführerin erscheint im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zahlungsfähig. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Beschwerdeführerin eröffneten Konkurses.

10. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Kosten beider Instanzen durch die Beschwerdeführerin zu tragen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 7. Dezember 2011, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 48'925.50 an die Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 1, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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. K. Wili

versandt am: