

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120021-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 28. Februar 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Februar 2012 (EK120036)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt. März 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie die Erbringung von Dienstleistungen im Restaurationsbereich (vgl. act. 4/2 und act. 5).

1.2. Mit Urteil vom tt. Februar 2012, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 20'247.90 und Fr. 260.-- Betreuungskosten (act. 2 = act. 7/5 = act. 6). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit persönlich überbrachter Eingabe vom 10. Februar 2012 (act. 1) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 7/7). Sie verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben. Ferner ersuchte die Schuldnerin darum, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 1 S. 2).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 10. Februar 2012 (act. 9) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.-- angesetzt. Dieser traf rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (vgl. act. 10/1 und act. 11).

1.4. Mit Eingabe vom 17. Februar 2012 (Datum Poststempel; act. 12) ergänzte die Schuldnerin – noch innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist (vgl. act. 7/7) – ihre Beschwerde und reichte weitere Unterlagen ein (act. 13/1-12).

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

2.2. Vor Ablauf der Rechtsmittelfrist hat die Schuldnerin die Bestätigung der Gläubigerin vom 9. Februar 2012 (act. 13/12) eingereicht, dass diese auf die Durchführung des Konkurses verzichte. Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG nachgewiesen. Darüber hinaus hat sie neben Belegen für die Bezahlung der Konkursforderung der Gläubigerin samt Betreuungskosten und des von dieser an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.-- (vgl. 4/8, act. 13/12 und act. 13/5) auch zwei Bestätigungen des Konkursamts C._____ vom 17. Februar 2012 (act. 13/10 und act. 13/11) beigebracht, gemäss welchen die Schuldnerin dem Konkursamt einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet habe, welcher zusammen mit den bereits überwiesenen Fr. 1'400.-- die Kosten des Konkursamtes zu decken vermöge. Der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG liegt somit ebenfalls vor.

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. 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 D._____ vom 8. Februar 2012 (act. 4/10) eingereicht. Dieser weist neben der Konkursforderung der Gläubigern sieben weitere Betreibungsforderungen über insgesamt Fr. 126'120.25 aus.

Darunter befinden sich zwei weitere Forderungen der Gläubigerin von je Fr. 14'600.-- (Betr.-Nrn. ... und ...), welche inzwischen getilgt sind und bezüglich welcher die Betreibungsbegehren zurückgezogen wurden (vgl. act. 13/2 und act. 13/3). Hinsichtlich der Forderung der E._____ über Fr. 1'698.60 (Betr.-Nr. ...) hat die Schuldnerin behauptet, sie habe diese bezahlt (act. 1 S. 10), das jedoch nicht glaubhaft gemacht.

Zwei weitere Forderungen wurden von der I._____ über insgesamt Fr. 17'119.65 erhoben (Betr.-Nrn. ... und ...). Aufgrund der von der Schuldnerin eingereichten E-Mail-Korrespondenz erscheint es als glaubhaft, dass dieser Betrag durch Weiterüberweisung des ohne eine entsprechende Schuldverpflichtung an die Gläubigerin überwiesenen Betrages von rund Fr. 20'000.-- beglichen werden kann (vgl. act. 4/13 und act. 13/5). Mit Bezug auf die zwei Forderungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung von insgesamt Fr. 78'102.-- (Betr.-Nrn. ... und ...) ist zu bemerken, dass der Zahlungsbefehl für die Forderung über Fr. 43'102 noch nicht zugestellt wurde, während bezüglich derer über Fr. 35'000.-- bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt werden konnte (vgl. act. 4/10 S.2). Die Ausführungen der Schuldnerin, dass die erwähnten Forderungen das vierte Quartal 2010 sowie das erste Quartal 2011 betreffen sollen, erscheinen unter Berücksichtigung des Kontoauszuges der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 8. Februar 2012 (act. 4/14) als plausibel. Ebenso ist ihre Darstellung mit Hinblick auf die von ihr eingereichten Abrechnungsformulare Q04/2010 und Q01/2011 vom 8. Februar 2012 (vgl. act. 4/15) als glaubhaft zu erachten, dass der definitiv geschuldete Steuerbetrag für die fraglichen Abrechnungsperioden wesentlich tiefer ausfallen und lediglich rund Fr. 55'000.-- betragen könnte (vgl. auch Art. 71 f. MWSTG). Es ist somit von offenen Betreibungsforderungen der Schuldnerin von rund Fr. 57'000.-- auszugehen. Positiv zu werten ist, wie die Schuldnerin richtig bemerkt hat (vgl. act. 1 S. 12), dass im Betreibungsregister keine Zahlungsausstände gegenüber Lieferanten, der Vermieterschaft und dem Personal ersichtlich sind.

2.5. Die Schuldnerin liess eine Bilanz und Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2011 erstellen, welche ihre Zahlungsfähigkeit untermauern soll (act. 4/19 und act. 4/20; vgl. act. 1 S. 13). Aufgrund dieser Unterlagen ist von einem Jahresgewinn bzw. Unternehmenserfolg von rund Fr. 47'500.-- auszugehen. Würde man auf die in der Bilanz aufgeführten Zahlen abstellen, so wäre von einem Liquiditätsgrad

2 (Quick Ratio) der Schuldnerin von lediglich rund 55 % auszugehen ([liquide Mittel + kurzfristige Forderungen] x 100 : kurzfristiges Fremdkapital). Diese Kennzahl drückt die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens aus und sollte 100 % ergeben. Die Schuldnerin wäre folglich als illiquid zu qualifizieren.

Es fällt jedoch auf, dass in der Bilanz keine langfristigen Verbindlichkeiten aufgeführt sind. Hinsichtlich der Gläubiger F._____, G._____ und H._____ hat die Schuldnerin geltend gemacht, diese wären bei Bedarf auch dazu bereit, auf ihre Forderungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 94'000.-- zu verzichten (act. 1 S. 15). Dies erscheint unter Berücksichtigung des Umstands, dass F._____ und G._____ für die Schuldnerin bereits Solidarbürgschaften eingegangen sind (vgl. act. 13/7 und act. 13/9) als glaubhaft. Es erscheint deshalb als gerechtfertigt, die betreffenden Forderungen zu den langfristigen Verbindlichkeiten zu zählen. Ferner ist es – wie gezeigt (vgl. Ziffer 2.4 hiavor; vgl. auch act. 4/25) – glaubhaft, dass sich die Mehrwertsteuerforderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung noch etwas reduziert. Mit den entsprechenden Korrekturen in der Bilanz sollte die Schuldnerin einen Liquiditätsgrad 2 von annähernd 100 % erreichen.

Bezüglich des Jahres 2012 ist festzuhalten, dass die Schuldnerin gemäss dem von ihr eingereichten Bericht vom 1. Februar 2012 (act. 4/12) im Monat Januar einen Umsatz von rund Fr. 126'000.-- erzielt hat. Damit liegt sie zwar etwas unter demjenigen, welchen sie im Jahr 2011 mit rund Fr. 140'000.-- monatlich erreichen konnte (vgl. act. 4/20). Die Schuldnerin verweist in diesem Zusammenhang jedoch zu Recht darauf, dass der erste Monat des Jahres im Gastronomiebereich als schwierig gilt (vgl. act. 1 S. 13). Es erscheint deshalb als glaubhaft, dass die Schuldnerin auch in Zukunft einen Gewinn erzielen kann, der es ihr ermöglicht, ihre laufenden Verbindlichkeiten zu decken und ihre Schulden mittelfristig zu tilgen.

2.6. Auf Grund der dargelegten Erwägungen erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als glaubhaft. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des Konkurses. Hinsichtlich des von der Gläubigerin an die Vorinstanz einbezahlten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.-- bleibt zu bemerken, dass die Schuldnerin der Gläubigerin diesen bereits ersetzt hat (vgl. act. 8, act. 12 S. 2 und S. 6

sowie act. 13/5). Dies wird bei der Anweisung an das Konkursamt zu berücksichtigen sein.

3. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. Februar 2012, 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 C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Schuldnerin den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuführen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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: