

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130061-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 15. Mai 2013

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ Personalvorsorgestiftung,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 16. April 2013 (EK130108)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.1975 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie in erster Linie die Projektierung und Ausführung von Bau-, Umbau- und Unterhaltsarbeiten aller Art, ferner den Betrieb eines Sanitär- und Heizungsinstallationsgeschäftes (vgl. act. 5/3 und act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 16. April 2013, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 19'102.40 nebst 5 % Zins seit 1. Oktober 2012, Fr. 153.-- Restanz aus Abrechnung 6.2012, Fr. 50.-- Mahnkosten und Fr. 239.-- Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/5). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit persönlich überbrachter Eingabe vom 19. April 2013 (act. 2) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 7/1). Sie verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben und es sei die Schuldnerin wieder in die Verfügung über ihr Vermögen einzusetzen. Überdies ersuchte die Schuldnerin darum, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2 und S. 18).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 19. April 2013 (act. 9) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.-- angesetzt. Offenbar am selben Tag nahm die Schuldnerin eine berichtigte Version des Urteils des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 16. April 2013, 10:00 Uhr, in Empfang, welche am 18. April 2013 zur Post gegeben worden war (vgl. act. 8/9, act. 14/1, act. 14/2 und act. 13 S. 2 f.). Während in der ersten Fassung die Spruchgebühr auf Fr. 200.-- angesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogen sowie der Rest des Vorschusses dem Konkursamt überwiesen wurde (vgl. act. 3 S. 2, Dispositivziffer 3), wurde in der neuen Version festgehalten, die Spruchgebühr von Fr. 200.-- sei von der

Schuldnerin bezahlt worden, und angeordnet, der Barvorschuss der Gläubigerin in der Höhe von Fr. 1'800.-- sei dem Konkursamt zu überweisen (vgl. act. 8/9 S. 2, Dispositivziffer 3).

1.4. Mit persönlich überbrachter Eingabe vom 26. April 2013 (act. 13) ergänzte die Schuldnerin – noch innerhalb der zehntägigen Rechtsmittelfrist (vgl. act. 7/1) – ihre Beschwerde und reichte weitere Unterlagen ein (act. 14/1-20). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 5/9, act. 10/1 und act. 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 Belege dafür eingereicht, dass sie der Gläubigerin die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten vollständig bezahlt hat (act. 5/4, act. 5/6 und act. 5/7). Überdies hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamts C._____ vom 18. April 2013 (act. 5/8) beigebracht, gemäss welcher die Schuldnerin dem Konkursamt einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- geleistet habe, der die Kosten des Konkursamtes zu decken vermag. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.-- hat die Schuldnerin noch vor der Konkursöffnung bei der Vorinstanz einbezahlt (act. 5/4 S. 2; vgl. auch 8/9 S. 2 und act. 13 S. 3). Mit den erwähnten Unterlagen hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 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 Beteiligungen 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 Beteiligungsregister. Dies hat auch die Schuldnerin richtig erkannt und mit Eingabe vom 19. April 2013 einen Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamtes D._____ vom 18. April 2013 (act. 5/23) über die letzten fünf Jahre eingereicht. Dieser weist neben der Konkursforderung der Gläubigerin 36 weitere Beteiligungsforderungen über insgesamt Fr. 340'323.70 aus.

Vorab ist zu bemerken, dass 12 Beteiligungen über insgesamt Fr. 104'401.30 bereits erloschen sind (Betr.-Nrn.,,,,,,,,,, ... und ...). Überdies wurden elf Forderungen über total Fr. 79'856.50 noch vor der Konkursöffnung beglichen (Betr.-Nrn.,,,,,,,,,, ...). Danach hat die Schuldnerin weitere sieben Forderungen im Umfang von Fr. 45'953.75 getilgt (Betr.-Nrn.,,,,, ... und ...; vgl. act. 5/23, act. 14/14-17). Zudem hat sie eine Forderung von Fr. 54'884.75 (Betr. Nr. ...) insoweit unbestritten im Umfang von Fr. 48'000.-- beglichen, wobei sich die Schuldnerin und die Vertreterin der betreffenden Gläubigerin darüber uneinig sind, ob heute noch ein Restbetrag von Fr. 2'699.75 (bzw. Fr. 3'336.15; act. 2 S. 16 und act. 14/18 S. 1) oder – wegen inzwischen aufgelaufener Zinsen und Kosten – ein solcher von Fr. 8'089.55 offen sei (vgl. act. 13 S. 7 und act. 14/18-20). Die von der Schuldnerin behauptete Verrechnung mit zwei Forderungen von Fr. 2'554.20 und Fr. 1'630.80 erscheint angesichts der ins Recht gereichten Unterlagen als plausibel (vgl. act. 14/18 und act. 14/20). Ebenso ihre Bestreitung, dass die geltend gemachten Verzugszinsen (Zinssatz und Zinsenlauf) und weiteren Kosten berechtigt seien (act.

13 S. 7). Es ist hier deshalb auf die glaubhafte Sachverhaltsdarstellung der Schuldnerin abzustellen, wonach lediglich noch ein Betrag von Fr. 2'699.75 geschuldet sei.

Folglich ist von offenen Betreibungsforderungen der Schuldnerin von Fr. 44'363.45 auszugehen. Positiv zu werten ist, wie die Schuldnerin zutreffend bemerkt hat (act. 2 S. 16), dass darunter weder Mietforderungen noch Arbeitnehmerforderungen zu finden sind.

Gemäss der von der Schuldnerin eingereichten Kreditorenliste bestehen ihr gegenüber per 17. April 2013 offene Forderungen in der Höhe von Fr. 869'167.46 (act. 5/13; vgl. auch act. 2 S. 11). Zu Recht weist die Schuldnerin darauf hin, dass zahlreiche der Forderungen noch nicht fällig sind (act. 2 S. 11; vgl. act. 5/13 S. 2 ff.). Es handelt sich hierbei um einen Gesamtbetrag von rund Fr. 60'000.--, der am Stichtag 17. April 2013 noch nicht fällig war. Dieser ist ebenfalls zu berücksichtigen, da auch noch nicht fällige Forderungen der Schuldnerin (im Betrag von total Fr. 488'491.30) in ihre Debitorenliste per 17. April 2013 Eingang gefunden haben (vgl. act. 5/12). Abzuziehen sind indessen die im Betreibungsregister vermerkten und zum Teil auch zwischenzeitlich bezahlten Forderungen, namentlich diejenigen der Schuldnerin von Fr. 12'250.20, Fr. 12'348.30 und Fr. 13'563.70, der E. _____ von Fr. 3'745.--, der F. _____ GmbH von Fr. 4'536.--, der G. _____ AG von Fr. 777.60 sowie der H. _____ Genossenschaft von Fr. 3'336.15 (vgl. act. 5/13 S. 14, S. 15, S. 26 und S. 27 sowie act. 5/23 S. 2 f.). Neben den offenen Betreibungsforderungen von Fr. 44'363.45 bestehen somit Kreditorenforderungen von Fr. 818'610.51.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Konto der Schuldnerin bei der ... Bank per 17. April 2013 einen negativen Saldo von Fr. 182'184.33 aufwies (vgl. act. 5/5 S. 1). Es ist folglich von Verbindlichkeiten der Schuldnerin von total rund Fr. 1'045'158.-- auszugehen.

2.5. Demgegenüber verfügt die Schuldnerin ihren eigenen Angaben zufolge per 17. April 2013 über offene Debitorenforderungen von insgesamt Fr. 895'744.15, wovon Fr. 231'316.05 seit mehr als 30 Tagen überfällig seien (act. 2 S. 11 und

act. 13 S. 7). Ihre Angaben untermauert die Schuldnerin mit einer entsprechenden Debitorenliste (act. 5/12). Es erscheint glaubhaft, wenn die Schuldnerin erklärt, in der Sanitär-Branche erfolge die Begleichung der Rechnungen traditionell mit Verspätung (act. 2 S. 11). Dennoch ist nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass die im fraglichen Dokument aufgeführten zwei Forderungen gegenüber der I. _____ AG aus dem Jahr 2006 und 2008 über insgesamt rund Fr. 137'000.-- (vgl. act. 5/12 S. 2) noch einbringlich sind. Es sind deshalb lediglich offene Debitorenforderungen im Umfang von rund Fr. 760'000.-- zu berücksichtigen.

2.6. Des weiteren führt die Schuldnerin finanzielle Ansprüche aus Rückbehalten und einem Stehbetrag von insgesamt rund Fr. 170'000.-- an, welche ihr aus der Durchführung von vier Bauprojekten zustehen sollen (act. 2 S. 14 und act. 13 S. 5). Entsprechende Forderungen, welche in der Debitorenliste nicht berücksichtigt wurden (vgl. act. 5/12, insbesondere S. 4, S. 5 und S. 15), erscheinen auf Grund der eingereichten Akontoabrechnungen und Werkvertragsauszüge als glaubhaft (vgl. act. 5/18-21 und act. 14/5-8).

2.7. Schliesslich macht die Schuldnerin geltend, sie habe noch weitere Forderungen, welche in der von ihr eingereichten Debitorenliste unberücksichtigt geblieben seien und sich auf total Fr. 28'926.40 belaufen würden. So habe sie vor der Konkurseröffnung Sanitärarbeiten für Fr. 8'358.65 ausgeführt und Waren im Wert von Fr. 8'015.50 geliefert, welche teilweise in Rechnung gestellt, aber in den Debitoren noch nicht erfasst worden seien. Überdies seien Arbeiten für Frau J. _____ im Wert von rund Fr. 4'200.-- ausgeführt worden, wobei bislang nur der Boiler im Wert von Fr. 1'625.-- in Rechnung gestellt worden sei. Ferner sei noch ein Rückbehalt von zehn Prozent gemäss der zweiten Akontorechnung ausstehend (act. 2 S. 14 f. und act. 13 S. 6). Die erwähnten Ansprüche aus Arbeiten und Lieferungen von Fr. 8'358.65 und Fr. 8'015.50 erscheinen unter Berücksichtigung der eingereichten Rechnungen (vgl. act. 14/9+10) als glaubhaft. Ebenso die geltend gemachte Forderung aus Rückbehalt, welche offenbar Fr. 8'352.45 beträgt (vgl. act. 14/12 S. 2). Mit Bezug auf den Arbeitsrapport betreffend Frau J. _____ (vgl. act. 14/11) ist indessen zu bemerken, dass dieser weder von der Kundin unterzeichnet ist noch einen Hinweis auf die von der

Schuldnerin behauptete Tatsache enthält, die Arbeiten seien Fr. 4'200.-- wert. Es erscheint daher lediglich ein zusätzlicher Betrag von Fr. 24'726.60 als plausibel.

Berücksichtigt man den Kassenbestand von Fr. 10'266.85, das ...-Konto mit Fr. 2'829.30 und das ...-Konto mit Fr. 37'786.24 (vgl. act. 5/14), stehen der Schuldnerin insgesamt rund Fr. 1'005'609.-- zur Begleichung der ihr gegenüber erhobenen Ansprüche zur Verfügung. Es fehlen somit rund Fr. 39'500.--.

2.8. Die Schuldnerin hat eine Bestätigung ihrer Buchhalterin K. _____ vom 19. April 2013 (act. 14/3) beigebracht, gemäss welcher die Buchhaltung ordentlich geführt werde und zur Zeit keine Überschuldung bestehe (act. 2 S. 13 und act. 13 S. 3 f.). Aus dem ebenfalls eingereichten provisorischen Zwischenabschluss per 17. April 2013 geht hervor, dass die Schuldnerin gemäss ihrer Bilanz über Aktiven von Fr. 1'803'907.07 verfügt, welchen ein kurzfristiges Fremdkapital von Fr. 1'187.249.07 gegenübersteht (act. 5/14; vgl. auch act. 2 S. 12). Daraus lässt sich indessen nichts zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ableiten. Würde man auf die in der Zwischenbilanz aufgeführten Zahlen abstellen, welche von einer für die Schuldnerin günstigeren Situation ausgehen als unter Ziffer 2.4 ff. hiervor beschrieben (vgl. act. 5/14), so wäre von einem Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) der Schuldnerin von lediglich 18,44 % auszugehen ($[\text{liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}] \times 100 : \text{kurzfristiges Fremdkapital}$). Diese Kennzahl drückt die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens aus und sollte 100 % ergeben. Die Schuldnerin wäre folglich als illiquid zu qualifizieren.

Es fällt auf, dass in der Bilanz keine langfristigen Verbindlichkeiten aufgeführt sind (act. 5/14; vgl. act. 2 S. 12). Würde man das Gesellschafterdarlehen von Fr. 46'942.40, für welches eine Rangrücktrittserklärung vom 19. April 2013 vorliegt (act. 5/14 S. 1 und act. 5/16; vgl. auch act. 2 S. 12), nicht zu den kurzfristigen, sondern zu den langfristigen Verbindlichkeiten zählen, so würde die Schuldnerin zwar einen etwas höheren Liquiditätsgrad 2 von annähernd 20 % erreichen. Dies liesse sie jedoch noch keineswegs als liquid erscheinen. Zu ihren Gunsten ist aber zu berücksichtigen, dass sie gemäss ihrer Zwischenbilanz derzeit über einen Lagerbestand (Montage, Service und Handel) von insgesamt Fr. 1'107'348.-- und angefangene Arbeiten von Fr. 385'650.-- verfügt. Selbst wenn sie in näherer

Zukunft nur einen geringen Anteil davon verkaufen können sollte, würde dies ihre Liquiditätsslage erheblich verbessern.

2.9. Der Erfolgsrechnung der Schuldnerin per 17. April 2013 ist zu entnehmen, dass diese seit dem 1. Januar 2013 mit einem Aufwand von Fr. 1'063'007.94 einen Ertrag von Fr. 1'373'831.35 d.h. einen Erfolg von Fr. 310'823.41 erzielte (act. 5/15). Auch wenn diverse Positionen wie Steuern etc. nicht berücksichtigt wurden (vgl. act. 5/15 S. 3), ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin in den vergangenen Monaten ihre laufenden Kosten zu decken vermochte.

2.10. Die Schuldnerin verweist schliesslich darauf, sie verfolge neu auch eine Diversifikationsstrategie, weil in ihrem Kernbereich, der Sanitärbranche, die Begleichung der Rechnungen durch die Debitoren traditionell mit Verspätung erfolge (act. 2 S.11, S. 12 und S. 15). Vor kurzem sei ihr der erfolgreiche Abschluss eines Vertrages mit dem Unternehmen L. _____ AG im Bereich Desinfektionsdienstleistungen für Dosieranlagen gelungen, welche insbesondere in Spitälern zum Einsatz kämen. Auf Grund dieses Vertrages werde sie rund 500 Einsätze im Jahr leisten und erwarte daraus eine Gewinnmarge von rund 40 % des Auftragswertes. Ihre diesbezüglichen Ausführungen untermauert die Schuldnerin durch Einreichen ihres Vertrages mit der L. _____ AG vom 18. März 2013 (act. 5/22). Es erscheint deshalb als glaubhaft, dass die Schuldnerin in Zukunft mit dem neuen Geschäftsfeld einen Gewinn erzielen kann, der es ihr ermöglicht, ihre Schulden zu tilgen.

2.11. Bei der vorhandenen Aktenlage ist somit davon auszugehen, dass sich die Schuldnerin lediglich vorübergehend in einem Liquiditätsengpass befindet. In der Zukunft sollte sie ihre laufenden Kosten bestreiten sowie ihre Schulden (innerhalb eines Jahres) tilgen können. Damit erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gerade noch als glaubhaft. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des Konkurses.

3. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Es ist jedoch vorzumerken, dass die Schuldnerin die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.-- noch vor der Konkursöffnung bezahlt hat (act. 5/4; vgl. auch act. 8/9 S. 2).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 16. April 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.-- wird der Schuldnerin auferlegt, wobei Vormerk zu nehmen ist, dass die Schuldnerin diesen Betrag bereits bei der Gerichtskasse des Bezirksgerichtes Dielsdorf einbezahlt hat.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 5'800.-- (Fr. 4'000.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'800.-- von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteter Barvorschuss) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) 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: