

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130219-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 6. Februar 2014

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____,

gegen

B._____ Stiftung Berufliche Vorsorge ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. Dezember 2013 (EK130370)

Erwägungen:

1. a) Am 4. Dezember 2013 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 8). Der Entscheid wurde ihr am 5. Dezember 2013 zugestellt (act. 9/2). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach am 16. Dezember 2013 (Montag) ab. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde (Poststempel 16. Dezember 2013) beantragte sie die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 17. Dezember 2013 entsprochen (act. 10). Mit Schreiben vom 23. Januar 2014 gab Rechtsanwalt X1._____ dem Gericht bekannt, dass er neu die Beschwerdeführerin vertrete (act. 12). Rechtsanwalt X2._____ teilte in der Folge seine Mandatsniederlegung mit (act. 16).

b) Die Vollmacht an Rechtsanwalt X1._____ wurde von C._____ am 22. Januar 2014 unterschrieben (act. 13). Zwar hatte letzterer dem Notariat Thalwil mit Schreiben vom 13. Dezember 2013 mitgeteilt, dass er neu zusammen mit D._____ kollektiv unterschriftsberechtigt sei (vgl. act. 5/19), jedoch wurde der Handelsregistereintrag noch nicht angepasst (act. 17). Deshalb ist die allein von C._____ unterzeichnete Vollmacht als gültig zu den Akten zu nehmen und das Rubrum entsprechend dem Vertreterwechsel anzupassen.
2. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin mit der Einreichung der Postquittung über den Betrag von Fr. 27'783.90 die Zahlung

der Konkursforderung (inkl. Zins und Kosten) innert der Beschwerdefrist belegt (act. 5/4 i.V.m. act. 8 und 15). Ferner liegt eine Verzichtserklärung der Gläubigerin auf Durchführung des Konkurses vor (act. 5/5). Die Schuldnerin stellte ausserdem beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 5/6). Überdies hat die Schuldnerin die erstinstanzliche Spruchgebühr im Umfang von Fr. 300.- (act. 8) am 16. Dezember 2013 am Postschalter einbezahlt (act. 5/7). Diese Zahlungen leistete die Schuldnerin innert laufender Rechtsmittelfrist. Die erstinstanzlichen Kosten wurden von der Schuldnerin zweimal abgegolten, einmal durch Sicherstellung beim Konkursamt und einmal durch Zahlung an die Bezirksgerichtskasse Horgen. Die Kasse des Bezirksamtes Horgen hat allerdings im Wissen um die Doppelzahlung der Schuldnerin die Fr. 300.- bereits wieder zurückbezahlt (act. 18).

Zu bemerken ist, dass das Obergericht im Beschwerdeverfahren betreffend Konkurseröffnung ab und an feststellen muss, dass ein Schuldner die Zinsen falsch berechnet bzw. die Kosten des Konkursamtes nicht sichergestellt hat. Läuft die Rechtsmittelfrist noch, kann der Schuldner die fehlenden Zahlungen nachholen. Ist die Frist abgelaufen, ist die Konkursforderung nicht vollständig getilgt worden, und es liegt kein Konkursverhinderungsgrund vor. Hat ein Schuldner beim Obergericht, beim Bezirksgericht oder beim Konkursamt zu viel einbezahlt, kann dieses Geld zur Tilgung der Schuld herangezogen werden. Dem Obergericht wäre daher gedient, wenn die Bezirksgerichtskassen das überschüssige Geld des Schuldners auf das Obergerichtsverfahren umbuchen würden (vgl. act. 18).

c) Die Schuldnerin hat eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan. Für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete sie einen Barvorschuss (act. 14).

3. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen be-

friedigt 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 zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

4. Die Schuldnerin brachte vor, die eingeschossenen Mittel zur Bezahlung der Betreuungsschulden stammten vom wirtschaftlichen Eigentümer, dem Verwaltungsrat C._____, welcher damit einen erheblichen Teil seiner Kontokorrentschuld gegenüber der Gesellschaft zurückbezahlt habe. Die Geschäftsleitung habe bereits im laufenden Jahr (2013) die Schwierigkeiten auf die Schuldnerin zukommen sehen und per 30. Juni 2013 eine Zwischenbilanz erstellen lassen. Bereits seien Sanierungsmassnahmen aufgenommen worden. Der Verwaltungsrat C._____ sei derzeit daran, eine seiner Gesellschaften sowie eine Liegenschaft in Israel zu veräussern, um die dadurch erhaltenen Mittel der Schuldnerin über die Kontokorrentschuld zur Verfügung zu stellen. Zudem sollten vermehrt Kontrollen im Geschäftsablauf eingebaut werden. In einem ersten Schritt sollten die Statuten geändert und Kollektivunterschriften eingeführt werden. Auch seien die Kosten der Gesellschaft zu prüfen und zu senken (act. 2 S. 8-9).

5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

Im Zeitraum vom 23. Juni 2010 bis 6. Dezember 2013 wurden 27 Beteiligungen im Betrag von Fr. 269'616.35 (inkl. Konkursforderung) eingeleitet, wobei in 5 Beteiligungen Pfändungsverlustscheine ausgestellt wurden (act. 5/8). Aus dem Betreibungsregister vom 6. Dezember 2013 ergibt sich ferner, dass die Schuldnerin 12 Beteiligungsforderungen bereits bezahlt hat (act. 5/8 Beteiligungen mit dem Code ... und ...). Überdies wurde die der vorliegenden Konkursöffnung zugrunde liegende Beteiligungsforderung getilgt (Betr. Nr. ...). Offen sind gemäss Betreibungsregister noch die Verlustscheinsforde-

rungen (Betr. Nrn. ..., ..., ..., ..., ...), drei mit Rechtsvorschlag behaftete Betreibungsforderungen (Betr. Nrn. ..., ..., ...) und vier Betreibungsforderungen, bei welchen die Zahlungsbefehle zugestellt oder das Einleitungs- bzw. Fortsetzungsbegehren gestellt wurde (Betr. Nrn. ..., ..., ..., ...). Zwei Betreibungen sind erloschen (Betr. Nrn. ..., ...). Zum Nachweis der Bezahlung dieser zwei Betreibungsforderungen reichte die Schuldnerin ein Schreiben der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2013 ein, worin diese der Schuldnerin die am 21. Januar 2011 erfolgte Tilgung zweier Rechnungen (inkl. aller Kosten) aus dem Jahre 2010 bestätigte (act. 5/11). Da für das Jahr 2010 zugunsten der Sozialversicherungsanstalt nur zwei Betreibungsforderungen im Betreibungsregister aufgeführt sind, ist mit diesem Schreiben glaubhaft dargetan, dass diese beiden (erloschenen) Betreibungsforderungen getilgt worden sind. Die 5 Verlustscheinsforderungen hat die Schuldnerin am 16. Dezember 2013 am Schalter der Raiffeisenbank ... bezahlt (act. 5/9 S. 1-5). Ferner hat sie am 16. Dezember 2013 die den Betreibungen Nrn. ..., ..., ..., ... zugrunde liegenden Forderungen am Post- bzw. Bankschalter einbezahlt (act. 5/9 S. 6-9). Bezüglich der Betreibung Nr. ... (Rechtsvorschlag), die eine ausländische Klientin der Schuldnerin betreffen soll, liegt ein Schreiben der betreffenden Gläubigerin vom 10. Dezember 2013 vor, worin der Zahlungseingang gemäss Vergleichsvertrag und damit die Tilgung der Betreibungsforderung bestätigt wird (act. 5/16). Unter Berücksichtigung all dieser Zahlungen sind zur Zeit noch zwei im Betreibungsregister aufgeführte Forderungen offen, nämlich eine zugunsten der Gläubigerin E._____ AG ... im Betrag von Fr. 6'844.40 (Betr. Nr. ...) und eine zugunsten des Gläubigers F._____ im Betrag von Fr. 4'540.00 (Betr. Nr. ...). In beiden Betreibungen wurde Rechtsvorschlag erhoben. Die Schuldnerin machte keine Ausführungen, weshalb sie diese Forderungen bestreitet. Da diesbezüglich keine plausiblen Gründe vorgebracht wurden, sind diese Betreibungsforderungen als Schulden im Betrag von Fr. 11'384.20 zu berücksichtigen.

b) Aus der Bilanz per 31.12.2012 geht hervor, dass im Geschäftsjahr 2012 ein Aufwandüberschuss von Fr. 84'564.23 (Fr. 594'626.90 - Fr. 510'062.67)

resultierte. Auch für das Jahr 2011 wurde ein Verlust verzeichnet, jedoch konnte dieser mit früheren Gewinnen kompensiert werden, so dass es für 2012 einen Gewinnvortrag von Fr. 40'867.51 gab (act. 5/17). Dies führte dazu, dass per 31.12.2012 ein reduzierter Bilanzverlust von Fr. 43'696.72 ausgewiesen wurde (act. 5/17). In der Zwischenbilanz per 30.6.2013 wird ein Gewinn von Fr. 34'979.00 deklariert (act. 5/18). Es wurde also im ersten Halbjahr 2013 wieder ein Gewinn erwirtschaftet. Wegen des Verlustvortrages aus dem Jahr 2012 ist aber immer noch ein Bilanzverlust von Fr. 8'717.72 (Fr. 43'696.72 - Fr. 34'979.00) zu verbuchen. Die Beschwerdeführerin rechnet für das Geschäftsjahr 2014 mit einem Gewinn (vor Steuern) von Fr. 78'156.- (act. 5/47). Werden die Aufwendungen und Erträge aus dem Vorjahr (act. 5/18) auf ein Jahr hochgerechnet, entsprechen die Aufwendungen unter Berücksichtigung der Steuern 88,82% des Gesamtertrages, während sie gemäss Budget 2014 ohne Berücksichtigung der Steuern (act. 5/47) 88,08% des Gesamtertrages ausmachen. Die budgetierten Aufwendungen von Fr. 577'840.- (act. 5/47) liegen somit im Rahmen des Vorjahres und erscheinen realistisch. Es kann offen bleiben, ob bei einer Ertragssteigerung von 4,81% gegenüber dem Vorjahr der budgetierte Mehrgewinn erreicht werden kann.

Die Einnahmen will die Beschwerdeführerin mit der Betreuung und Bewirtschaftung von Liegenschaften, mit Verwaltungsratsmandaten und mit Maklertätigkeit erzielen. Zum Nachweis, dass die veranschlagten Einnahmen aus Verwaltungsratsmandaten und der Betreuung und Bewirtschaftung von Liegenschaften für das Jahr 2014 zu erwarten sind, verweist die Beschwerdeführerin auf die mit der Mehrheit ihrer Auftraggebern abgeschlossenen Mandatsverträge (act. 5/20, 5/24, 5/26, 5/28, 5/30, 5/31, 5/34, 5/37) und die gestellten Quartalsrechnungen für den Zeitraum Januar bis März 2014 (act. 5/22, 5/25, 5/27, 5/29, 5/32-33, 5/35-36, 5/38-39). Aufgrund dieser Unterlagen lassen sich die budgetierten Einnahmen für diesen Arbeitsbereich nachvollziehen. Ausserdem ergibt sich aus dem eingereichten Kontoauszug der Credit Suisse für den Zeitraum 1. Dezember 2013 bis 12. Dezember 2013 (act. 5/21), dass tatsächlich Gutschriften einzelner Vertragspartner eingin-

gen (act. 5/21). Zum Nachweis der Einnahmen aus Maklertätigkeit reichte die Beschwerdeführerin zwei Rechnungen an die G._____ AG bzw. eine Kopie des Kaufvertragsentwurfes (act. 5/42-44) ein und wies auf ein weiteres Projekt in ... hin (act. 5/45-46). Ob die Beschwerdeführerin mit ihrer Maklertätigkeit ca. Fr. 240'000.- erzielen wird, ist ungewiss, jedoch erlaubt die Zwischenbilanz aus dem Jahr 2013 zusammen mit den eingereichten Unterlagen für die Glaubhaftmachung der Einnahmen aus den Mandatsverträgen und Verwaltungsrats honoraren den Schluss, dass die vorgesehenen Einnahmen für das Jahr 2014 realistisch sind (act. 5/47). Der Beschwerdeführerin wird es aufgrund des zu erwartenden Gewinnes für das Jahr 2014 möglich sein, die beiden ausstehenden Betreibungsforderungen nebst den noch ausstehenden unbekanntem Zinsbeträgen für die bezahlten Betreibungsforderungen zurückzuzahlen (vgl. act. 2 S. 6).

c) Aus den Bilanzen per 31. 12.2012 und per 30.6.2013 ergibt sich, dass die Schuldnerin grosse Liquiditätsschwierigkeiten hatte. Sie hatte kaum flüssige Mittel zur Verfügung, nämlich per Ende 2012 lediglich Fr. 36.36 (Bankguthaben, act. 5/17) und per 30.6.2013 Fr. 983.99 (Bankguthaben, act. 5/18). Die Summe aus kurzfristigen Forderungen und liquiden Mitteln – Fr. 51.65 (Bankguthaben und Guthaben Verrechnungssteuer, act. 5/17) per Ende 2012 bzw. Fr. 999.28 (Bankguthaben und Guthaben Verrechnungssteuer, act. 5/18) per 30.6.2013 – reichten nicht aus, das kurzfristige Fremdkapital (2012: Fr. 36'396.93; 2013: Fr. 53'615.58) zu decken. Nebst dem schlechten Geschäftsgang erwies sich die Gewährung eines Darlehens an den bislang einzigen Verwaltungsrat C._____ (act. 17) als problematisch. Dieses betrug per 31.12.2012 Fr. 203'239.31 (act. 5/17) und erhöhte sich per 30.6.2013 auf Fr. 228'831.76 (act. 5/18). Am 16. Dezember 2013 hat C._____ zur Tilgung der Betreibungsforderungen Fr. 69'424.65 (act. 5/9) an privaten Mitteln eingeschossen und damit teilweise das ihm von der Schuldnerin gewährte Darlehen zurückbezahlt. Wie hoch dieses zur Zeit ist, ergibt sich nicht aus den eingereichten Unterlagen. Gemäss Bankbeleg der Credit Suisse wies das Kontokorrent der Schuldnerin am 13. Dezember 2013 ein Guthaben von Fr. 12'706.78 aus (act. 5/10). Damit dürfte der finanzielle Engpasse vorerst

überwunden sein. Es sind allerdings weitere Sanierungsmassnahmen nötig. Insbesondere wird C._____ das ihm gewährte Rest-Darlehen (vgl. Kontokorrent C._____) in naher Zukunft zurückzahlen haben. Dies sollte aber möglich sein, hat doch C._____ in Aussicht gestellt, eine seiner Gesellschaften sowie eine Liegenschaft in Israel zu veräussern und mit dem Erlös seine Kontokorrentschuld zu begleichen.

d) Die Prüfung der eingereichten Unterlagen erlaubt den Schluss, dass die Schuldnerin zahlungsfähig ist, und es sich offensichtlich nur um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten gehandelt hat.

6. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkursurteil ist aufzuheben.
7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.- anzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. Dezember 2013, 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 Thalwil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.- (Fr. 1'000.- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.- und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: