

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140198-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

Urteil vom 11. September 2014

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 6. August 2014 (EK140961)

Erwägungen:

1.1 Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 6. August 2014 für eine Forderung von Fr. 1'020.60 nebst Zins zu 9 % seit 22. Dezember 2013 — abzüglich der am 4. März 2014 erfolgten Teilzahlung von Fr. 1'020.60 — sowie Fr. 85.-- Mahnspesen, Fr. 150.-- Bearbeitungsgebühren und Fr. 281.20 (recte 272.20) Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 1) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 8/8 = act. 7). Mit gleichentags überbrachter Eingabe vom 13. August 2014 (act. 2) samt Beilagen (act. 5/3-22) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Des Weiteren wurde beantragt, es sei das Konkursamt Enge-Zürich superprovisorisch anzuweisen, auf die Durchführung des Konkurses der Schuldnerin bis zur Rechtskraft des Rechtsmittelentscheides zu verzichten und es sei das Handelsregisteramt des Kantons Zürich bis spätestens am 13. August 2014 um 14 Uhr anzuweisen, auf die Publikation des Konkurses über die Schuldnerin bis zur Rechtskraft des Rechtsmittelentscheides zu verzichten (act. 2 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 13. August 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Die Schuldnerin wurde sodann darauf hingewiesen, dass die in Aussicht gestellte Nachreichung von Unterlagen innerhalb der Beschwerdefrist zu erfolgen habe (act. 10). Mit Schreiben vom 15. August 2014 (vorab per Fax, act. 17) erklärte die Beschwerdegegnerin und Gläubigerin Verzicht auf Durchführung des Konkurses (act. 12; act. 13/1-2). Mit Poststempel vom 16. August 2014 reichte die Schuldnerin innerhalb der Rechtsmittelfrist (vgl. act. 8/9) eine Beschwerdeergänzung (act. 14) sowie diverse weitere Unterlagen ein (act. 15/23-33). Der Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- wurde innert Frist geleistet (act. 11/1 und act. 16).

1.2 Mit verspäteter Eingabe vom 29. August 2014 (act. 18) wurde ein Zahlungsbeleg für die offene Betreuungsforderung der Gläubigerin C._____ AG in

Zürich (Betreibungs-Nr. ...) eingereicht (vgl. act. 19/1-2), welcher sich indes bereits bei den Akten befand (act. 5/22 Blatt 3).

2. Die der Beschwerde mit Verfügung vom 13. August 2014 zuerkannte aufschiebende Wirkung (act. 10) hemmt sowohl die Vollstreckung, d.h. das Konkursamt kann keine Zwangsvollstreckungshandlungen durchführen, als auch den Eintritt der Konkurswirkungen (BSK SchKG II-Giroud, 2. Aufl. 2010, N 30 zu Art. 174 SchKG), womit der prozessuale Antrag der Schuldnerin, das Konkursamt Enge-Zürich sei superprovisorisch anzuweisen, auf die Durchführung des Konkurses der Schuldnerin bis zur Rechtskraft des Rechtsmittelentscheides zu verzichten (act. 2 S. 2), gegenstandslos wurde.

3. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung betreffen die Forderung samt Zinsen und Kosten. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

4. Die dem Konkurs zugrundeliegende Hauptforderung von Fr. 1'020.60 wurde mit Teilzahlung vom 4. März 2014 und somit vor der Konkursöffnung beglichen, während der Zins von 9 % seit 22. Dezember 2013 sowie die Mahnkosten von Fr. 85.--, die Bearbeitungsgebühren von Fr. 150.-- und die Betreibungskosten Fr. 272.20 unbezahlt blieben (act. 7). Gemäss Empfangsschein der Poststelle ... zahlte die Schuldnerin am 13. August 2014 zuhanden der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) die Summe von Fr. 12'530.90 ein (act. 5/17c), welcher Betrag nicht nur die Zinsen und Kosten der

dem Konkurs zugrundeliegenden Hauptforderung sondern sämtliche ausstehenden Forderungen der Gläubigerin gegenüber der Schuldnerin deckt (vgl. act. 5/17b, act. 5/18a-f). Weiter leistete die Schuldnerin gemäss Bestätigung des Konkursamtes Enge-Zürich vom 13. August 2014 die erforderlichen Sicherheiten (Gebühren und Auslagen inklusive erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.–) im Umfang von Fr. 1'000.– (act. 6; act. 5/19). D. _____ und E. _____, beide mit Kollektivprokura zu zweien (vgl. act. 13/2), bestätigten für die Gläubigerin am 14. August 2014 die Bezahlung der gesamten ausstehenden Konkursforderung samt Kosten und erklärten Verzicht auf Durchführung des Konkurses (act. 12 und act. 13/1). Innerhalb der Beschwerdefrist konnte die Schuldnerin somit mit Urkunden die Zahlung der Konkursforderung sowie die Sicherstellung der Konkurskosten als auch den Konkursverzicht der Gläubigerin nachweisen. Die Konkurshindernisgründe der Tilgung und des Konkursverzichtes sind ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

5.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.2.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Betreibungsamtes Zürich 1 vom 12. August 2014 (Zuzug in

den Betreuungskreis am 4. Mai 2010, Wegzug aus dem Betreuungskreis am 5. Juni 2014, act. 5/22) und der Auskunft Nr. ... aus dem Register des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 15. August 2014 (act. 15/32) wurden im Zeitraum März bis Juli 2014 (die Schuldnerin wurde am 17. Februar 2010 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, act. 9) — ohne die in Betreuung gesetzte Konkursforderung — 4 Betreibungen im Gesamtbetrag von knapp über Fr. 71'000.-- gegen die Schuldnerin eingeleitet. Sämtliche dieser Betreibungsforderungen (Betreibungs-Nrn. ... = ..., ... = ... [vgl. act. 5/22 und act. 15/32], ... [vgl. act. 15/32] und ... [vgl. act. 5/22]) wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen (act. 5/20-21, act. 5/22 Blatt 1 und 3 sowie act. 15/33). Die Schuldentilgung erfolgte grossmehrheitlich nach der vorliegenden Konkursöffnung; wenn auch die Betreuung-Nr. ... für eine Forderung von Fr. 7'127.-- der Gläubigerin C._____ AG im Betreibungsregisterauszug vom 12. August 2014 als erloschen vermerkt ist (act. 5/22 Blatt 2), erfolgte am 13. August 2014 eine entsprechende Zahlung von Fr. 7'496.20 an die vorerwähnte Gläubigerin (vgl. act. 18 und act. 5/22 Blatt 3). Die Schuldnerin konnte sodann mit Urkunden belegen, dass neben der Konkursforderung der Gläubigerin des vorliegenden Verfahrens (Betreibungs-Nr. ..., act. 5/22) auch die Zinsen und Kosten vollständig beglichen wurden (act. 12 und act. 13/1).

5.2.2 Am 15. August 2014 waren somit keine Betreibungen mehr offen.

5.3 Zur aktuellen finanziellen Lage des Unternehmens liess die Schuldnerin zusammenfassend ausführen, sie sei seit dem Jahre 2010 in der Finanzberatung und -vermittlung bzw. im Private Equity-Bereich tätig und beschäftigte über 30 auf Provisionsbasis tätige Mitarbeiter. Im Jahre 2012 sei ein Gewinn von Fr. 214'647.91 und im Jahre 2013 ein solcher von über Fr. 900'000.-- erzielt worden. Im ersten Halbjahr 2014 habe sie durch ihre Vermittlungsarbeit im Bereich Private Equity dank ihres Hauptkunden, der F._____ AG mit Sitz in Zug, Provisionsgänge bzw. einen Umsatz von rund Fr. 5 Mio. generiert (act. 2 S. 4 f. und 8). Aus der Umsatzprognose gehe sodann hervor, dass für die Monate Juli bis August 2014 gestützt auf die abgeschlossenen Aktienkaufverträge Provisionszahlungen von über Fr. 1 Mio. zu erwarten seien. Aufgrund der Sommerpause seien diese Debitoren der F._____ AG noch nicht in Rechnung gestellt worden (act. 14

S. 3). Weil die Kunden der Schuldnerin nach wie vor grosses Interesse an Private Equity-Aktien, d.h. noch nicht börsenkotierten Aktien haben, gehe die Geschäftsleitung der Schuldnerin davon aus, dass der Gewinn dieses Jahr noch höher ausfallen werde (act. 2 S. 5 f.).

Per 13. August 2014 habe die Schuldnerin über liquide Mittel in der Höhe von Fr. 367'410.30 verfügt. Diese würden auch ohne weitere Einnahmen die Fixkosten, welche monatlich rund Fr. 170'000.-- betragen, für die nächsten zwei Monate decken. Der Lohn der Mitarbeitenden setze sich zusammen aus einem tiefen Fixlohn und einem Lohnanteil aus Provisionen. Da Letzterer erst nach Eingang der Vermittlungsprovision an die Mitarbeiter ausbezahlt werde, bestehe diesbezüglich kein Liquiditätsrisiko für die Schuldnerin. Sodann verfüge die Schuldnerin über 50'000 F.____-Inhaberaktien im Wert von Fr. 210'000.--. Es bestünden keine offene Rechnungen, und sämtliche Betriebsforderungen seien bezahlt (act. 14 S. 3 f.).

Die Gläubigerin arbeite mit der G.____ AG und der H.____ AG zusammen. Herr I.____, Kundenberater der Schuldnerin, arbeite für die H.____ AG und habe bisher auch die Rechnungen an die Schuldnerin gestellt. Auf ihre Anfrage habe I.____ eine Zusammenstellung sämtlicher offenen Forderungen der Schuldnerin gegenüber den GH.____-Unternehmen (Gläubigerin, G.____ AG und H.____ AG) zusammengestellt. Der offene Betrag von Fr. 12'530.90 sei sodann am 13. August 2014 zuhanden der Gläubigerin bezahlt worden. Ebenfalls beglichen seien sämtliche Betriebsforderungen gemäss den Betriebsregisterauszügen (act. 2 S. 6; act. 18 S. 3 f.).

Zur Konkureröffnung sei es nur infolge einer Verkettung von unglücklichen Umständen, d.h. wegen intern mangelhafter Postverteilung, gekommen (act. 2 S. 8).

5.4.1 Auf der Vermögensseite wies die Schuldnerin gemäss Vermögensübersicht der PostFinance per 13. August 2014 ein Guthaben von Fr. 367'410.33 auf (act. 15/24). Ihre Debitorenausstände (zu erwartende Provisionszahlungen gestützt auf die mit ihren Kunden abgeschlossene Aktienkaufverträge) für die Mo-

nate Juli bis August belaufen sich gestützt auf die nicht unterzeichnete Umsatzprognose der Schuldnerin vom 13. August 2014 auf ca. Fr. 1,3 Mio. (act. 14 S. 3; 15/27 S. 1). Gemäss selbigem Dokument verfügte die Schuldnerin sodann per 13. August 2014 über keine Kreditoren (act. 15/27 S. 2; vgl. auch act. 14 S. 4).

Somit resultiert unter Berücksichtigung der aktuellen Debitoren und des Guthabens bei der PostFinance per 13. August 2014, denen keine Betreibungsforderungen (mehr) und mit Ausnahme der laufenden monatlichen Fixkosten von ca. Fr. 170'000.-- (act. 15/26) wie geltend gemacht auch keine weiteren Kreditoren gegenüber stehen, ein Guthaben der Schuldnerin von mehreren hundert tausend Franken.

5.4.2 Die Schuldnerin reichte Jahresrechnungen für die Geschäftsjahre 2012 und 2013 (act. 5/6-7) sowie mit den nachträglich eingereichten Beilagen die revidierte Jahresrechnung für das Geschäftsjahr 2013 ein (aus welcher auch die Vorjahreszahlen ersichtlich sind, act. 15/25), ohne sich näher zu diesen Dokumenten zu äussern. Dies erstaunt vor dem Hintergrund, als die Jahresrechnung und die revidierte Jahresrechnung betreffend das Jahr 2012 zwar nur unwesentlich (act. 5/6 und act. 15/25), betreffend das Jahr 2013 jedoch wesentlich voneinander abweichen (act. 5/7 und act. 15/25).

Während in der Bilanz per 31. Dezember 2013 im Umlaufvermögen unter den kurzfristigen Forderungen zahlreiche Darlehen (u.a. an ehemalige Verwaltungsratsmitglieder, vgl. act. 5/7 S. 1 und act. 9 S. 2) im Gesamtumfang von knapp Fr. 1,2 Mio. verbucht sind und das Anlagevermögen nur Sachanlagen enthält, sind die Debitoren in der revidierten Bilanz der Schuldnerin (act. 15/25) per 31. Dezember 2013 mit Fr. 0.-- bilanziert und enthält das Anlagevermögen auch Finanzanlagen im Umfang von Fr. 713'949.-- (act. 15/25). Der Gewinn wurde sodann mit Fr. 943'591.19 (act. 5/7) bzw. in der revidierten Bilanz mit Fr. 289'765.-- (act. 15/25) ausgewiesen.

Die revidierte Bilanz der Schuldnerin weist per 31. Dezember 2013 flüssige Mittel von Fr. 225'669.--, Debitorenausstände von Fr. 0.-- sowie aktive Rechnungsabgrenzungen im Umfang von Fr. 1'734.-- aus. Das Anlagevermögen ist mit

total Fr. 832'949.-- bilanziert, wobei allein Fr. 713'949.-- auf Wertschriften entfallen und die restlichen Fr. 119'000.-- Sachanlagen betreffen. Das kurzfristige Fremdkapital ist mit Fr. 650'348.-- verbucht. Unter Berücksichtigung des Aktienkapitals von Fr. 100'000.--, der allgemeinen Reserven von Fr. 20'000.-- und des Gewinnes von Fr. 289'765.-- beträgt das Eigenkapital Fr. 410'005.-- (act. 15/25). Gemäss Erfolgsrechnung betrug der Betriebsertrag für das Jahre 2013 Fr. 3'612'822.--. Die Aufwände sind verbucht mit: Aufwand für Material, Waren und Dienstleistungen Fr. 267'475.--, Personalaufwand Fr. 2'165'397.--, übriger Betriebsaufwand (insb. Miet-, Fahrzeug-, Verwaltungs-, Informatik- und Werbeaufwand) Fr. 725'984.--, Abschreibungen Fr. 61'570.--, Zinsaufwand Fr. 3'076.--, ausserord. Aufwand Fr. 19'555.-- sowie Steuern Fr. 80'000.-- (act. 15/25 Blatt 4).

5.4.3 Ein Vergleich der (revidierten) Bilanzen der Jahre 2012 zu 2013 zeigt eine Gewinnsteigerung von Fr. 214'648.-- auf Fr. 289'765. Im Jahre 2011 war dieser mit Fr. 36'920.30 bedeutend geringer (act. 5/6 S. 3). Die Schuldnerin hat nach der Konkureröffnung die betreibenden Gläubiger inkl. die Gläubigerin des vorliegenden Verfahrens im Umfang von über Fr. 70'000.-- befriedigt (vgl. vorstehend Ziff. 5.2.1). Daneben wies sie per 13. August 2014 liquide Mittel von knapp über Fr. 367'000.-- und somit bedeutend mehr als per Stichtag 31. Dezember 2013 aus. All diese Umstände lassen auf einen Gewinn im ersten und zweiten Quartal des laufenden Geschäftsjahres schliessen. Gemäss der (nicht unterzeichneten) Umsatzprognose vom 13. August 2014 verzeichnete die Schuldnerin in den Monaten Juli bis August einen Umsatz von knapp über Fr. 2 Mio., wovon ca. Fr. 1,3 Mio. an Provisionserträgen aus bereits abgeschlossenen Aktienkaufverträge noch ausstehend sind (act. 15/27). Ihre Aufwendungen bezifferte die Schuldnerin mit Fr. 168'482.-- pro Monat (act. 15/26), womit diese ca. Fr. 100'000.-- unter dem monatlichen Durchschnittswert gemäss Erfolgsrechnung 2013 liegen (act. 15/25). Doch selbst wenn man vom letzteren Wert ausgehen würde, würden die Aufwendungen den Bruttogewinn nicht aufzehren. Nach dem Gesagten kann gesamthaft von einer positiven Geschäftsentwicklung ausgegangen werden.

6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft und mit zahlreichen Belegen dargetan hat. Es ist

davon auszugehen, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehender Natur waren. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der über die Schuldnerin am 6. August 2014 eröffnete Konkurs aufzuheben.

7. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

8. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. August 2014, 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 Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Enge-Zürich 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 Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 14, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zü-

rich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Enge-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 2, 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. D. Tolic Hamming

versandt am: