

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180206-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 11. Dezember 2018

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 15. Oktober 2018 (EK180465)

Erwägungen:

1. Die A. _____ AG (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2001 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt die Planung, Herstellung, Montage, Reparatur, Wartung sowie den Vertrieb von ...-Systemen (act. 6). Gestützt auf das Konkursbegehren der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 6. August 2018 (Poststempel) gegen die Schuldnerin (act. 8/1) eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach mit Urteil vom 15. Oktober 2018 für eine Forderung von Fr. 6'268.65 nebst Zins zu 5% seit 14. Mai 2018, 5% Verzugszins vor Betreuung Fr. 72.25 und Fr. 246.60 Betreuungskosten über die Schuldnerin den Konkurs (act. 7). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 18. Oktober 2018 zugestellt (8/9 S. 2). Unter Berücksichtigung der Regelung des Fristenablaufs am Wochenende lief die 10tägige Beschwerdefrist demnach am 29. Oktober 2018 ab (Art. 142 ZPO). Mit Eingabe vom 19. Oktober 2018 erhob die Schuldnerin gegen diesen Entscheid Beschwerde und verlangte (act. 2 S. 2):

"1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 15. Oktober 2018 bezüglich Eröffnung des Konkurses aufzuheben;

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nebst 7.7% Mehrwertsteuer zu Lasten der Staatskasse."

2. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2018 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt unter Hinweis, dass die Zahlungsfähigkeit bislang, mit der Einreichung einer Debitorenliste, äusserst dürftig glaubhaft gemacht sei (act. 10). Mit Eingabe vom 24. Oktober 2018 (act. 14) reichte die Schuldnerin weitere Unterlagen ein (act. 15/10-19) und mit Poststempel vom 30. Oktober 2018 stellte sie dem Gericht ihre Bilanz per 31. Dezember 2017 zu (act. 17 i.V.m. act. 16). Diese Bilanz bleibt allerdings im vorliegenden Verfahren unberücksichtigt, da die Zustellung nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgte.

3. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat.

b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin mit Einreichung der Posteinzahlungsquittung vom 18. Oktober 2018 die Sicherstellung der Forderung im Betrag von insgesamt Fr. 6'719.75 bei der Obergerichtskasse belegt (act. 5/6, act. 13). Dieser Betrag reicht aus, um die in Betreuung gesetzte Forderung zu tilgen (act. 9). Sodann brachte die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamts Bassersdorf bei, wonach sie am 17. Oktober 2018 Fr. 700.– einbezahlt habe, was ausreichte, um die Kosten des Konkursverfahrens inkl. des Konkursgerichts zu decken (act. 5/9). Damit hat die Schuldnerin den Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. SchKG). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete die Schuldnerin einen Barvorschuss (act. 5/6).

4. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurs hinderungsgrundes 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 befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in ab-

sehbarer 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.

Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

b) Die Schuldnerin brachte vor, ihr Mehrheitsaktionär und Geschäftsführer, B._____ befinde sich derzeit aufgrund der bevorstehenden Scheidung in einer rechtlich und persönlich schwierigen Phase. Aus diesem Grund habe C._____, die Schwester von B._____ ihren neuen Freund D._____ als Berater engagiert. Dieser hätte ihrem Bruder helfen müssen, die durchaus vorhandene Liquidität in Zahlungen der fälligen Rechnungen umzuwandeln. Zu diesem Zweck habe ihm B._____ Fr. 40'000.– in bar übergeben. Er sei davon ausgegangen, dass damit auch die gesamte Schuld der A._____ AG bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG bezahlt werde. Dies sei leider nicht geschehen, da D._____ das Geld in die eigene Tasche genommen habe, obwohl er B._____ zugesichert habe, die Zahlung auszuführen bzw. behauptet habe, alles sei bezahlt worden. D._____ sei den Betreibungsämtern ein bekannter Mann, dessen Betreibungsregister bereits epische Ausmasse angenommen habe. Bereits am tt.mm.2006 habe der Beobachter einen Artikel über D._____ veröffentlicht, der aufzeige, dass dieser bereits damals Leute über den Tisch gezogen habe. Der Geschäftsführer der A._____ sei ein neues Opfer von D._____ geworden (act. 2 S. 3-4). Es sei keineswegs so, dass die A._____ AG finanziell "aus dem letzten Loch pfeife", sondern sie habe eine Vielzahl von offenen Debitoren, jedoch sei der Geschäftsführer

aufgrund von Scheidungswirren bei der Fakturierung in Rückstand geraten und von D. _____ kaltblütig über den Tisch gezogen worden (act. 2 S. 4).

5. Zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit reichte die Schuldnerin einen Auszug über offene Betreibungen des Betreibungsamtes Bassersdorf-Nürens Dorf ein (act. 15/16). Danach sind für den Zeitraum vom 19. Dezember 2014 bis zum 23. Oktober 2018 noch 9 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 35'240.92 (inkl. der vorliegenden Konkursforderung) offen. Nach Abzug der vorliegenden Konkursforderung (Fr. 6'759.60, vgl. act. 15/16) sind somit noch 8 Betreibungsforderungen in der Höhe von Fr. 28'481.32 offen. Für zwei Forderungen wurde der Zahlungsbefehl ausgestellt (insgesamt Fr. 7'009.42), für eine Forderung (Fr. 3'918.75) das Fortsetzungsbegehren gestellt und in drei Betreibungsverfahren wurde Rechtsvorschlag erhoben (insgesamt Fr. 7'867.80). Zwei Betreibungsforderungen befinden sich im Stadium der Konkursandrohung (insgesamt Fr. 9'685.35). Bezüglich der mit einem Rechtsvorschlag behafteten drei Betreibungsforderungen der Gläubigerin E. _____ Schweiz AG bzw. F. _____ GmbH machte die Schuldnerin geltend, die beiden Forderungen zugunsten F. _____ GmbH, je im Betrag von Fr. 2'187.50, stammten aus dem Jahre 2014 und würden vollumfänglich bestritten. Es rechtfertigt sich deshalb, diese beiden Forderung nicht zu berücksichtigen. Mit der E. _____ Schweiz AG – so die Schuldnerin – habe eine gütliche Einigung erzielt werden können und die Betreuung sei zurückgezogen worden. Dazu reichte die Schuldnerin eine E-Mail der betreffenden Gläubigern vom 4. September 2018 ein (act. 15/18). Daraus geht hervor, dass die Gläubigerin das Inkasso für die Rechnung von G. _____ AG übernommen hat. Ob diese Forderung der Betreuung Nr. 1 der E. _____ Schweiz AG zugrunde liegt, ergibt sich aus dem E-Mailverkehr nicht. Zudem wird die Betreuung im eingereichten Auszug immer noch als offene Betreuung aufgeführt. Diese Betreibungsforderung ist deshalb als noch geschuldet zu betrachten. Hinsichtlich der Forderung der H. _____ im Betrag von Fr. 1'690.65, welche sich im Stadium der Konkursandrohung befindet, wies die Schuldnerin nach, dass sie Fr. 1'406.20 der Gläubigerin überwiesen hat (act. 15/19 S. 2). Ob sich die Gläubigerin mit der Reduktion des Betrages zufrieden gibt,

ergibt sich aus dem E-Mailverkehr nicht (vgl. act. 15/19). Im Restbetrag von Fr. 284.45 ist deshalb die Schuld zu berücksichtigen. Bezüglich der zweiten Konkursandrohung im Betrag von Fr. 7'994.70 wies die Schuldnerin darauf hin, dass D._____ statt die ganze Forderung nur Fr. 5'000.- bezahlt habe und das Bezirksgericht Bülach die Parteien zur Konkursverhandlung auf den 12. November 2018 vorgeladen habe (act. 14 S. 3 i.V.m. act. 15/17). Selbstverständlich – so die Schuldnerin – werde diese Restforderung vor dem 12. November 2017 bezahlt. Bezüglich dieser Gläubigerin ist somit eine Restforderung von Fr. 2'267.15 (act. 15/17) zu berücksichtigen. Demnach sind heute noch Betreibungsforderungen im Gesamtbetrag von 16'972.57 (4'371.85 + Fr. 2'637.57 + Fr. 3'492.80 + 2'267.15 + Fr. 284.45 + Fr. 3'918.75) offen.

Per 24. Oktober 2018 verfügt die Schuldnerin auf dem Kontokorrent bei der Raiffeisenbank über ein Guthaben von Fr. 912.98 (act. 15/14) und auf dem Geschäftskonto bei der PostFinance über ein Guthaben von Fr. 277.30 (act. 15/15). Die jährlichen Verlustvorträge (vgl. nachstehend) führten dazu, dass die Schuldnerin jedes Jahr ihre langfristigen Verbindlichkeiten mit Darlehen des Geschäftsführers und dessen Familie erhöhte. Der Rechtsvertreter der Schuldnerin führte in seiner Eingabe vom 24. Oktober 2018 u.a. aus, B._____ werde aus seinem Privatvermögen Fr. 50'000.- einschiessen und den Beleg mit eigener Post dem Gericht zustellen (act. 14 S. 2). Ein entsprechender Beleg wurde dem Gericht aber nicht eingereicht. Ferner soll sich die Schwester von B._____ bereit erklärt haben, Fr. 40'000.- zu bezahlen, wenn dies D._____ nicht tue (act. 14 S. 2). Auch für dieses Zahlungsverprechen wurden keine Belege eingereicht. Es ist zwar aufgrund der in der Bilanz aufgeführten Privatdarlehen (vgl. nachstehend) denkbar, dass auch zukünftig von B._____ und seiner Schwester Geld in den Betrieb einfließen wird, um dessen Zahlungsfähigkeit zu erhalten, allerdings reicht dies nicht für eine Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit aus, sodass diese Behauptungen bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden können.

In der Bilanz per 31. Dezember 2015 wird ein Reingewinn von Fr. 6'689.30 und per 31. Dezember 2014 ein solcher von Fr. 19'775.26 ausgewiesen. Aus den Vorjahren gibt es Verlustvorträge: für das Jahr 2014 resultierte ein Verlust von Fr. 79'077.35, für das Jahr 2015 ein solcher von Fr. 72'388.05 (act. 15/10 S. 6). Per 31. Dezember 2016 wird wiederum ein Verlust, nämlich Fr. 2'971.94, ausgewiesen. Mit dem Verlustvortrag ergibt sich für 2016 ein Verlust von insgesamt Fr. 75'359.99. Der Umsatz ging 2016 um mehr als Fr. 100'000.- zurück (act. 15/11 S. 4-5). Per 24. Oktober 2018 werden Kreditoren in der Höhe von Fr. 46'985.98 und € 14'821.10 (act. 15/12) aufgelistet, was unter Berücksichtigung des damals geltenden Umwandlungs-Kurses (Fr. 1,14), einem Betrag von Fr. 16'917.90 entspricht und somit einen Gesamtbetrag von Fr. 63'903.88 ergibt. Diesen Kreditoren stehen angefangene, noch nicht fakturierte Arbeiten in der Höhe von Fr. 98'500.- gegenüber (act. 15/13) und Debitoren per 18. Oktober 2018 von Fr. 123'088.78 (act. 5/8).

Die für das laufende Jahr angegebenen Posten für angefangene Arbeiten und Debitoren im Gesamtbetrag von Fr. 221'588.78 (Fr. 98'500 + Fr. 123'088.78) und Kreditoren für Materialaufwand und Dienstleistungen im Betrag von Fr. 63'903.88 entsprechen in etwa den in der Bilanz 2015 ausgewiesenen Zahlen für Kreditoren (Fr. 69'419.11) sowie für Debitoren (Fr. 64'553.36) und angefangene Arbeiten (Fr. 147'955.-) im Gesamtbetrag von Fr. 212'508.36. Unter Berücksichtigung, dass das Geschäftsjahr erst Ende Jahr abläuft, zeichnet sich für 2018 wieder ein Gewinn ab, welcher über Fr. 17'000.- liegen dürfte. Die Schuldnerin ist somit genügend liquid, um ihre laufenden Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die in Betreuung gesetzten Forderungen von Fr. 16'972.57 liessen sich mit dem Gewinn tilgen. Im Übrigen spricht auch die Langlebigkeit dieser Firma und der Umstand, dass bislang, mit vorliegender Ausnahme, noch nie ein Konkurs über sie eröffnet (vgl. act. 6) dafür, dass sie ihren aktuell laufenden Verpflichtungen nachzukommen vermag.

Aus heutiger Sicht ist es nicht abzusehen, wie die Schuldnerin die Privatdarlehen je wird zurückzahlen können. Praxisgemäss werden allerdings langfristige und ungekündigte Verbindlichkeiten für die Frage der Zahlungsfähigkeit im hier aktuellen Sinn nicht berücksichtigt. Das ist umso eher gerechtfertigt, wenn die Darlehensgeber aus dem nächsten Umfeld der Gesellschaft resp. ihrer massgebenden Organe kommen.

6. a) Gestützt auf obige Erwägungen hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG somit zum heutigen Zeitpunkt hinreichend glaubhaft gemacht. Bei einer weiteren Konkursöffnung würde das Gericht allerdings einen strengeren Massstab anlegen.

b) Die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses sind erfüllt, was zur Gutheissung der Beschwerde führt. Die Schuldnerin wird aber zur Abwendung einer neuen Konkursöffnung die (Rest-)Forderungen in den Betreibungen Nr. 2 (zugunsten I._____) und Nr. 3 (zugunsten der H._____ AG, beide Forderungen im Stadium der Konkursandrohung, act. 15/16) sofort zu begleichen haben.
7. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen den bei ihr zur Tilgung der Konkursforderung hinterlegten Betrag von Fr. 6'719.75 der Gläubigerin auszusahlen (act. 13).
8. 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 Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 15. Oktober 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kasse des Obergerichtes wird angewiesen den bei ihr zur Tilgung der Konkursforderung (Betreibung Nr. 4 des Betreibungsamtes Bassersdorf-Nürens Dorf) hinterlegten Betrag von Fr. 6'719.75 der Gläubigerin auszusahlen.
4. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 700.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und act. 14, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bassersdorf-Nürens Dorf, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: