

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120085-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 20. Juni 2012

in Sachen

A._____ GmbH, Geschäftsführer: B._____,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 2. Mai 2012 (EK120107)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 2. Mai 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dietikon für eine Forderung von Fr. 5'577.50 nebst 5% Zins seit 31. März 2011 abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 413.-- (Valuta 27. Februar 2012) zuzüglich Fr. 50.-- Regl. Mahn- und Fr. 100.-- Regl. Inkassokosten sowie Fr. 146.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt diese die Aufhebung des Konkursdekretes und die Löschung der Einträge im Betreibungsregister (act. 2).

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Verfügung vom 10. Mai 2012 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass ihre Beschwerde unvollständig sei, sie diese aber bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Sie müsse die gesamte Konkursforderung samt Zinsen und Kosten – letztere würden auch die beim Konkursamt anfallenden sowie die erstinstanzlichen Kosten umfassen – begleichen bzw. sicherstellen und ihre Zahlungsfähigkeit nachweisen. Sodann wurde ihr Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt. Der Beschwerde wurde schliesslich die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert (act. 6).

Am 9. Mai 2012 reichte die Schuldnerin eine Eingabe sowie zahlreiche Beilagen ein (act. 8 und 9/2-8). Das am 13. Mai 2012 der Vorinstanz zugestellte fast identische Dossier leitete diese zuständigkeitshalber an die Kammer weiter (act. 12 und 13/1-8). Gemäss der Bestätigung des Konkursamtes C. _____ vom 9. Mai 2012 sind mit dem von der Schuldnerin bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 6'500.-- die Konkursforderung sowie die erstinstanzlichen Gerichtskosten und die Kosten des Konkursamtes gedeckt (act. 9/6 = 15/1). Damit liegt der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung vor. Mit Verfügung vom 11. Mai 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass die bislang eingereichten Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit nicht genügen dürften (act. 10). Daraufhin gelangte die Schuldnerin am 15. Mai 2012 und damit immer noch rechtzeitig mit weiteren Belegen an die Kammer (act. 14 und 15/1-11). Ebenso stellte sie die zweitinstanzlichen Gerichtskosten sicher (act. 15/3 und 16).

4. Überdies hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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 Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich 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.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der

vorgelegten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes C._____/D._____
(act. 9/5/1 = 13/5/1 = 15/2) wurden in der Zeit vom 23. Juni 2008 bis zum 4. Mai
2012 38 Betreibungen eingeleitet, wovon 21 durch Zahlung erledigt sind. Die An-
zahl Betreibungen sowie der Umstand, dass in mindestens vier Fällen die Kon-
kursandrohung erfolgte, lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schlies-
sen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betrei-
bung Nr. ... inzwischen beim Konkursamt hinterlegt. Damit sind gegenwärtig noch
16 Betreibungen von total Fr. 72'615.05 offen. Drei davon sind zufolge des Kon-
kursdekretes mit einem "K" für "Konkureröffnung" versehen. Im Beschwerdever-
fahren wies die Schuldnerin nunmehr die Bezahlung der Betreibungen Nr. ..., ...,
..., ..., ..., ... und ... nach (act. 15/4). Gemäss der Schuldnerin handelt es sich bei
den Betreibungen Nr. ... und ... von Rechtsanwalt Dr. iur. E.____ um die gleiche
Betreibung, die ebenfalls bezahlt sei (act. 14 S. 1, act. 15/4). Da erstere durch
Rechtsvorschlag gehemmt und die später eingeleitete beglichen ist, ist anzuneh-
men, der Gläubiger habe, anstatt den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen, die
Betreibung ein zweites Mal angehoben; dies umso mehr, als es sich um den glei-
chen Betrag handelt. Diese Betreibungen sind deshalb als getilgt zu betrachten.
Betreffend die Betreibung Nr. ... der F.____ AG verweist die Schuldnerin auf ein
E-Mail, mit welchem die F.____ AG bestätigt, ihre Forderung gegenüber der
Schuldnerin bestehe nicht mehr und sei somit erledigt (act. 15/5 = 13/7). Obwohl
das E-Mail weder die Betreibungsnummer noch den Forderungsbetrag nennt, darf
diese Betreibung als bezahlt erachtet werden, zumal im Auszug keine andere Be-
treibung der F.____ AG erscheint. Zur Betreibung Nr. ... der Sozialversiche-
rungsanstalt des Kantons Zürich erklärt die Schuldnerin, die beantragten Raten-
zahlungen seien ihr telefonisch zugesichert worden. Auch in den Betreibungen Nr.
..., ... und ... der Eidgenössischen Steuerverwaltung habe sie Ratenzahlungen
vereinbart (act. 14 S. 2, act. 15/6-7). Da sie es aber unterliess, die getroffenen
Vereinbarungen und allenfalls Belege für bereits erbrachte Abschlagszahlungen
einzureichen, sind diese Betreibungen nach wie vor als offen zu betrachten. Die
Betreibung Nr. ... wird seitens der Schuldnerin bestritten, sie sei mit der G.____
AG in Verhandlung (act. 14 S. 1). Obwohl letztere bis anhin keine weiteren Inkas-
soschritte unternommen hat, kommt zum Ausdruck, dass diese – im Übrigen nicht

durch Rechtsvorschlag gehemmte – Betreuung noch nicht erledigt ist. Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von ca. Fr. 43'140.--. Ferner besteht gegen die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 25'728.-- eine Eintragung im Eigentumsvorbehaltsregister (act. 9/7 = 15/2). Der Schuldnerin ist diese Forderung offenbar nicht bekannt (act. 8 S. 2). Der Eintrag erfolgte gestützt auf eine Vereinbarung vom August 2004 im April 2005 und die letzte Rate war per 31. Dezember 2008 fällig. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass diese Forderung (noch) besteht, zumal die Schuldnerin erst im Juni 2008 ins Handelsregister eingetragen wurde (act. 4, act. 9/8).

b) Die Schuldnerin importiert und verkauft Textilien und Accessoires. Sie beliefere unter anderem gemeinnützige Organisationen, aber auch die H._____, I._____, J._____ usw. Dabei bezahle sie ihre Ware stets bar. Da diese nicht immer sofort weiterverkauft werden könne, könne es zu Engpässen kommen. Die Schuldnerin reichte weder eine Kreditoren- noch eine Debitorenliste ein, erklärt aber, alle Rechnungen bezahlt zu haben. Zuzufolge Ferienabwesenheit der Buchhalterin liege die Bilanz 2011 noch nicht vor (act. 8 S. 2, act. 14 S. 2). Der eingereichte Abschluss per Ende 2010 ist mangels Aktualität nur sehr beschränkt aussagekräftig (act. 15/11). Das unter "langfristiges Fremdkapital" bilanzierte "Darlehen K._____" ist kaum kurzfristig zurückzuzahlen. Demnach fehlen Hinweise auf weitere nennenswerte Verpflichtungen. Die Schuldnerin hat somit offene Verbindlichkeiten von rund Fr. 43'140.--. Demgegenüber führt sie Debitoren von über Fr. 80'000.-- in Form von ausgestellten Rechnungen an, wobei sie die Rechnungen über kleine Beträge nicht eingereicht habe (act. 8 S. 3, act. 14 S. 2, act. 9/2, act. 15/10). Selbst wenn man die letztjährigen Rechnungen aufgrund allfälliger Uneinbringlichkeit ausser Acht liesse, darf mit Zuflüssen von über Fr. 60'000.-- gerechnet werden. Das schuldnerische Konto bei der L._____ wies per 15. Mai 2012 einen Saldo von Fr. 18'188.61 aus (act. 15/8). Sodann macht die Schuldnerin ein Lager im Wert von rund Fr. 260'000.-- geltend, wobei der Verkaufswert gar Fr. 1 Mio. übersteige (act. 8 S. 2, act. 14 S. 2). Ob das Lager tatsächlich einen Wert von Fr. 260'000.-- aufweist, bleibt mangels Inventar offen (act. 14 S. 2). Der Lagerwert erscheint indes nicht von vornherein unrealistisch, da das Lager 2010 mit Fr. 130'000.-- bilanziert wurde und die Schuldnerin 2011 allein von der Firma

M. _____ Waren für rund Fr. 60'000.-- bezog (act. 9/3 = act. 15/9). Ob hingegen ein Verkaufswert von über Fr. 1 Mio. realisiert werden kann, ist zumindest fraglich, vorliegend aber ohne Belang. Wesentlich ist, dass es der Schuldnerin bei Bedarf wohl möglich wäre, sich durch Teilliquidationen weitere flüssige Mittel zu beschaffen, wobei sich eine Veräusserung unter Zeitdruck auf den Erlös auswirken dürfte. Die ausgewiesenen Mobilien (Maschinen, EDV und Geschäftsfahrzeuge) sind für den Betrieb grösstenteils erforderlich und stellen kaum einen kurzfristig realisierbaren Wert dar. Somit hat die Schuldnerin Debitoren und flüssige Mittel in Höhe von mindestens Fr. 80'000.--. Diese vermögen die Verbindlichkeiten klar zu decken. Stellt man gestützt auf die Bilanz dem Fremdkapital (Fr. 202'180.30) die Aktiven (Fr. 237'726.78) gegenüber, so ergibt sich eine Deckung. Eine Überschuldung lag zumindest 2010 nicht vor. Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie ihre Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, noch als gegeben. Die Konkursöffnung dürfte somit in der Tat zur Hauptsache auf die familiären Probleme des Geschäftsführers der Schuldnerin und nicht auf fehlende Liquidität zurückzuführen sein. Der 2010 erwirtschaftete geringe Verlust von Fr. 6'952.94 lässt keine Rückschlüsse auf den aktuellen Geschäftsgang zu. Zwar liegen hierzu abgesehen vom schuldnerischen Einwand, die Marktsituation habe sich schwieriger als angenommen dargestellt (act. 8 S. 1), keine Angaben oder sachdienlichen Unterlagen vor. Im eingereichten Kontoauszug sind indes regelmässige Gutschriften verzeichnet (act. 15/8). Zugunsten der Schuldnerin ist schliesslich zu berücksichtigen, dass sie im Hinblick auf das Beschwerdeverfahren innert Kürze über Fr. 20'000.-- aufzubringen vermochte (act. 15/1 und /4) und um eine verbesserte Administration bemüht zu sein scheint (act. 2, act. 8 S. 2).

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit derzeit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses. Darauf hinzuweisen bleibt, dass die beantragte Löschung der Betreibungen von der Beschwerdeinstanz weder vorgenommen noch veranlasst werden kann. Mit einer Ausnahme (Art. 149a Abs. 3 SchKG) werden Betreibungen ohnehin nicht unwiederbringlich gelöscht, sondern lediglich Dritten nicht mehr zugänglich

gemacht. Ein solcher Ausschluss des Auskunftsrechtes kann namentlich dann erfolgen, wenn eine Betreuung nichtig oder durch gerichtlichen Entscheid aufgehoben worden ist oder wenn der Gläubiger sie zurückgezogen hat (BSK SchKG I-Peter, 2. Aufl., Art. 8a N 18 ff.).

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 2. Mai 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. 7'900.-- (Fr. 6'500.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 7'563.20.-- (Fr. 5'763.20 Konkursforderung und Fr. 1'800.-- Barvorschuss) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 8 und 14, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____/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. S. Bohli Roth

versandt am: