

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

110

Geschäfts-Nr. PS110107-O/U

## II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

### Urteil vom 13. Juli 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Dietikon vom 1. Juni 2011  
(EK110165)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 1. Juni 2011, 10.00 Uhr, über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 9/8 = act. 2). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 10. Juni 2011 (hierorts eingegangen am 14. Juni 2011) liess die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 1; act. 9/9). Mit Eingangsdatum 14. Juni 2011 leistete sie einen Vorschuss von Fr. 750.-- für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens (vgl. act. 7). Gleichentags wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung gewährt (act. 10).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre 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 die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe 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 sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Die Schuldnerin hat gemäss Bestätigung des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ vom 6. Juni 2011 die in Betreuung gesetzte (Konkurs-) Forderung inklusive Zinsen und Kosten im Umfang von Fr. 1'442.25 beglichen (act. 5/3). Überdies leistete sie gemäss Bestätigung des Konkursamtes D.\_\_\_\_\_ vom 14. Juni 2011 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.--, der auch die vorinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.-- zu decken vermag (act. 6). Sodann bezahlte sie wie vorerwähnt den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren gemäss Art. 98 und 96 ZPO i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung des Obergerichts über die Ge-

richtsgebühren (LS 211.11) von Fr. 750.– (act. 7). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung ist somit ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 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.

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Beteiligungsamtes C. \_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2011, welche den Zeitraum 1. Januar 2009 bis 7. Juni 2011 (die Schuldnerin wurde erst am 6. Oktober 2009 im Handelsregister eingetragen) umfasst, wurden neben der in Beteiligung gesetzten Konkursforderung 26 weitere Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 50'265.07 eingeleitet. Die entsprechenden Beteiligungsbegehren gingen zwischen dem 13. Januar 2010 und 9. Mai 2011 beim Beteiligungsamt ein (act. 5/4). Auf das Jahr 2010 entfallen achtzehn Beteiligungen, auf das (erste Halb-)Jahr 2011 deren neun. In sechs Beteiligungen (nebst der vorliegenden Konkursforderung) erfolgte die Konkursandrohung. Lediglich zwei Forderungen aus dem Jahre 2010 wurden bislang bezahlt. Dass weitere Forderungen zwischenzeitlich beglichen wurden, wurde nicht geltend gemacht. Am 7. Juni 2011 waren so-

mit noch 25 Betreibungen mit Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 50'265.07 offen.

4.3 Die Schuldnerin liess in der Eingabe vom 10. Juni 2011 ausführen, sie sei zahlungsfähig bzw. in der Lage, ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen zu befriedigen. Gemäss Jahresrechnung 2010 habe die erst am 23. September 2009 gegründete Schuldnerin einen Ertrag von Fr. 8,6 Mio. erzielt. Das Aktienkapital von Fr. 100'000.-- sei voll liberiert, der Unternehmensverlust von rund Fr. 46'000.-- daher bei weitem gedeckt. Das aktuelle Guthaben der Schuldnerin auf ihren vier Konti bei der E. \_\_\_\_\_ [Bank] betrage Fr. 28'888.41 und Euro 5'683.55. Dass die betriebenen Forderungen ausgewiesen seien, werde bestritten, aus welchem Grunde Rechtsvorschlag erhoben worden sei (act. 1 S. 4). Zum Beleg dieser Darstellung wurden neben dem aktuellen Betreibungsregisterauszug ein aktueller Kontoauszug, die Jahresrechnung und Steuererklärung 2010 der Schuldnerin sowie das Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes D. \_\_\_\_\_ mit F. \_\_\_\_\_, einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Schuldnerin, vom 9. Juni 2011 eingereicht (act. 5/4-7 und act. 5/9).

4.4.1 In der Bilanz mit Stichtag 31. Dezember 2010 werden flüssige Mittel von Fr. 82'118.87 und Debitorenausstände in der Höhe von Fr. 4'325.75 aufgeführt. Das Anlagevermögen ist mit Fr. 0.00 bilanziert (act. 5/7 S. 2). Auf der Passivseite sind Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen gegenüber Nahestehenden mit Fr. 23'505.08 und passive Rechnungsabgrenzungen mit Fr. 9'000.-- verbucht. Unter Berücksichtigung des voll liberierten Aktienkapitals von Fr. 100'000.-- (act. 5/9 S. 8) und eines Verlustes für den Zeitraum 6. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 in Höhe von Fr. 46'060.46 beträgt das Eigenkapital Fr. 53'939.54 (act. 5/7 S. 3). Auf der Vermögensseite weist die Schuldnerin per 9. Juni 2011 auf vier verschiedenen Konti bei der E. \_\_\_\_\_ ein Guthaben von total Fr. 35'842.41 aus (act. 5/5).

4.4.2 Ausgehend von der Bilanz per Stichtag 31. Dezember 2010 spricht die Lage auf den ersten Blick für gesunde Finanzkennzahlen. Jedoch sind folgende Umstände zu berücksichtigen: Keine der in Betreibung gesetzten Forderungen ist in der Bilanz unter dem Kreditorenposten aufgeführt. Die Verbindlichkeiten aus

Lieferungen und Leistungen gegenüber Dritten sind mit Fr. 0.00 bilanziert, dies obschon F. \_\_\_\_\_ anlässlich der Konkurseinvernahme vom 9. Juni 2011 zu Protokoll gab, dass Forderungen von fünf Gläubigern im Umfang von ca. Fr. 25'000.-- zu Recht bestünden (act. 5/9 S. 13). Angaben darüber, dass diese Forderungen vor dem Bilanzstichtag beglichen wurden, was deren Nichtbilanzierung unter dem Posten Kreditoren erklären würde, lassen sich den Akten nicht entnehmen. Unwahrscheinlich ist sodann, dass die erwähnten Forderungen alle erst im Jahre 2011 und somit nach dem Bilanzstichtag entstanden sind, denn gemäss Betreibungsregisterauszug wurden in der Zeit zwischen dem 17. Januar und 9. Mai 2011 acht Betreibungen mit einem Gesamtbetrag von (nur) Fr. 18'709.52 eingeleitet (act. 5/4). Zweifel an der Vollständigkeit bzw. Richtigkeit der Bilanz weckt sodann der weitere Umstand, dass kein Anlagevermögen vorhanden ist, die Erfolgsrechnung jedoch Aufwendungen für Fahrzeugkosten sowie für Unterhalt, Reparaturen und Ersatz Büro-Informatik enthält, wenn auch diese Beträge nicht sehr hoch sind (act. 5/7 S. 4).

4.4.3 Zu den in Betreuung gesetzten Forderungen wird lediglich gesagt, dass diese bestritten seien und daher Rechtsvorschlag erhoben worden sei. Diese pauschale Darstellung, die sich nicht näher zu den in Betreuung gesetzten Forderungen äussert, reicht nicht aus, um den Nichtbestand der Betreuungsforderungen glaubhaft darzutun. Die Betreuungsforderung sind daher in ihrer Gesamtheit und nicht nur im Umfang der unbestrittenen Fr. 25'000.-- zu berücksichtigen.

Gemäss Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes D. \_\_\_\_\_ vom 9. Juni 2011 sollen Kundenguthaben im Wert von Fr. 220'000.-- „gemäss separater Liste“ bestehen (act. 5/9 S. 12). Diese Liste wurde indes weder eingereicht, noch lässt sich der Beschwerdeschrift etwas zu den aktuellen Debitoren entnehmen. Der Bestand der erwähnten Kundenguthaben ist nicht ansatzweise glaubhaft gemacht und daher nicht zu berücksichtigen. Sodann fällt auf, dass die Barschaft im Protokoll mit Fr. 0.00 angegeben wurde (act. 5/9 S. 13), obschon auf den Konti der Schuldnerin bei der E. \_\_\_\_\_ am gleichen Tag Fr. 35'842.41 verbucht waren (act. 5/5).

Somit wären unter Berücksichtigung der bilanzierten Debitoren von Fr. 4'325.75 und des Guthabens bei der E. \_\_\_\_\_ per 9. Juni 2011 von Fr. 35'842.41 (gesamthaft Fr. 40'168.16), denen bilanzierte Kreditoren in Höhe von Fr. 23'505.08 und die noch offenen Betreuungsforderungen in der Höhe von Fr. 50'265.07 (gesamthaft Fr. 73'770.15) gegenüber stehen, noch Schulden von Fr. 33'601.99 abzutragen.

4.4.4 Die Zukunft des Unternehmens soll gesichert sein, in dem die Schuldnerin behauptet, sie habe im Jahre 2010 einen Ertrag von Fr. 8,6 Mio. erzielt, das Aktienkapital von Fr. 100'000.-- sei voll liberiert und der Unternehmensverlust von rund Fr. 46'000.-- daher bei weitem gedeckt sowie aktuell liquide Mittel auf verschiedenen Konti von knapp Fr. 36'000.-- vorhanden. Es genügt jedoch nicht, darzulegen, dass genügend flüssige Mittel vorhanden sind, um den laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Vielmehr müsste die Schuldnerin aufzeigen, wie es ihr gelingt, ihre Schulden innert nützlicher Frist abzutragen. Mit den eingereichten Unterlagen vermochte sie jedenfalls ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen. So betragen ihre liquiden Mittel per Stichtag 31. Dezember 2010 Fr. 82'118.87. Per 9. Juni 2011 waren auf den vier Konti bei der E. \_\_\_\_\_ nur noch insgesamt Fr. 35'842.41 verbucht. Die liquiden Mittel sind somit in nur knapp fünf Monaten um 56% zurückgegangen. Dieser drastische Rückgang lässt auf einen erneuten Verlust in den ersten fünf Monaten des laufenden Geschäftsjahres schliessen, welcher überdies praktisch gleich hoch ist, wie jener für die Periode der vorhergehenden fünfzehn Monate, nämlich von September 2009 bis Dezember 2010 in der Höhe von Fr. 46'060.46. Es muss somit davon ausgegangen werden, dass der Verlust bis Jahresende noch weiter ansteigen wird. Zwar könnte ein solcher Verlust durch das Aktienkapital eventuell noch gedeckt sein. Auffällig ist jedoch, dass gemäss Erfolgsrechnung per Ende Dezember 2010 ein Bruttogewinn von Fr. 168'091.41 resultierte (Dienstleistungs- und Handelsertrag Netto von Fr. 8'584'961.21 abzüglich direkte Kosten von Fr. 8'416'869.80), jedoch insbesondere vom Personal- und Verwaltungsaufwand in der Höhe von Fr. 90'124.30 und Fr. 108'205.22 gänzlich aufgezehrt wurde, so dass schliesslich ein Verlust resultierte. Die Schuldnerin hat mit keinem Wort dargetan, welche Sanierungsmassnahmen sie zu ergreifen gedenkt, um für das Jahr 2011 eine Kostenreduzierung

zu erwirken. Auch über den derzeitigen Geschäftsgang und allenfalls bestehende verbindliche Aufträge bzw. zu erwartende Erträge äussert sich die Schuldnerin nicht.

4.5 Die finanzielle Situation der Schuldnerin erweist sich nach dem Gesagten als angespannt, dauerhaft und nicht als blosser Ausdruck einer vorübergehenden Schwäche. Hinzu kommen die vorerwähnten Auffälligkeiten und Ungeheimtheiten in ihrer Buchhaltung. Mit den eingereichten Unterlagen vermochte die Schuldnerin jedenfalls ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen. Zuzufolge defizitären Geschäftsganges ist davon auszugehen, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten nicht nur vorübergehender Natur sind. Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung der Situation der Schuldnerin wurden weder dargetan noch sind solche ersichtlich. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Verfügung vom 14. Juni 2011 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs über die Schuldnerin neu zu eröffnen.

5. Die Schuldnerin ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen. Sie sind entgegen der Ansicht der Vorinstanz (act. 2 S. 2) nicht wie bisher nach der bundesrätlichen Gebührenverordnung zum SchKG zu bemessen, deren Art. 48 ff. seit Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung keine gesetzliche Grundlage mehr haben, sondern nach der kantonalen Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren (Art. 1 lit. b GebV in Verbindung mit Art. 96 ZPO; vgl. ZR 110 [2011] Nr. 35).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **13. Juli 2011, 14.15 Uhr**, der Konkurs eröffnet.

2. Das Konkursamt D.\_\_\_\_\_ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Schuldnerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Parteientschädigungen werden keine entrichtet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Dietikon unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, das Konkursamt D.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_ sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
7. 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