

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110111-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

## Urteil vom 12. Juli 2011

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Dietikon vom  
1. Juni 2011 (EK110160)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Am 1. Juni 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Dietikon für eine Forderung von Fr. 582.65 (Forderung inklusive Zins und Betreibungs- sowie Rechtsöffnungskosten) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 2 = act. 6 = act. 7/6). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte die Schuldnerin daraufhin mit Eingabe vom 17. Juni 2011 dessen Aufhebung, unter Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gläubigerin (act. 1; vgl. auch act. 7/7). Neben dem vorinstanzlichen Entscheid reichte sie eine Abrechnung des Betreibungsamts C.\_\_\_\_\_ vom 14. Juni 2011 (act. 5/3), einen Auszug aus dem Betreibungsregister vom 7. Juni 2011 (act. 5/4), Korrespondenz mit Gläubigern (act. 5/5+6; act. 5/8), gerichtliche bzw. behördliche Entscheide (act. 5/7 und act. 5/9), einen Entscheidvorschlag (act. 5/10), eine Vorladung (act. 5/11) sowie ein Dokument in ausländischer Sprache zu den Akten (act. 5/12). Da aus den eingereichten Unterlagen lediglich die Tilgung der Konkursforderung zuzüglich Zins, Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten hervorgehe und die Konkursitin damit innerhalb der Beschwerdefrist keinen ausreichenden Konkurshinderungsgrund gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG bewiesen habe, wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 21. Juni 2011 die aufschiebende Wirkung verweigert. Im gleichen Entscheid wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 8). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 10 und act. 11; vgl. auch act. 9/1), weshalb auf das Rechtsmittel einzutreten ist.

### **II.**

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und seine Zahlungs-

fähigkeit glaubhaft macht. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Dies hat zur Folge, dass der Schuldner *innert der Rechtsmittelfrist* sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe durch Urkunden zu belegen als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen hat. Neue Tatsachen können im Beschwerdeverfahren einerseits geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Über konkurshindernde Tatsachen sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zudem selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Die Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen besteht hingegen nicht (BGE 136 III 294).

Da der Empfang der Konkursöffnung vom 1. Juni 2011 für die Schuldnerin am 7. Juni 2011 unterschriftlich bestätigt wurde (act. 7/7), lief die Beschwerdefrist am 17. Juni 2011 (= Datum und Poststempel Beschwerde) ab. Die Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt oder gar die Einvernahme von Zeugen (act. 1 S. 4 ff.) ist nach dem Gesagten ausgeschlossen.

Die Schuldnerin stellte mittels Barvorschuss die zweitinstanzliche Spruchgebühr sicher (act. 10; act. 11). Durch Einreichung der erwähnten Abrechnung des Betreibungsamts C. \_\_\_\_\_ vom 14. Juni 2011 (act. 5/3) wies sie zudem die Begleichung der Konkursforderung inklusive Zins sowie Betreuungskosten (Konkursandrohungs- und Rechtsöffnungskosten) ausreichend nach. Zu den gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG zu tilgenden Kosten gehören jedoch auch diejenigen des angefochtenen Konkurserkennnisses sowie des Konkursamtes, die zwischen Konkursöffnung und dessen Aufhebung im Rechtsmittelverfahren anfallen (BSK SchKG II-GIROUD, Art. 174 N 21). Die Sicherstellung dieser Kosten ist jedoch aus der Abrechnung nicht ersichtlich. Damit gelingt der Schuldnerin der Beleg eines Konkursaufhebungsgrundes nicht hinlänglich. Mangels urkundlichen Nachweises einer der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe ist die Beschwerde demnach abzuweisen.

2. Selbst bei Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes hätte die Konkursitin im Beschwerdeverfahren gegen die Konkursöffnung zudem ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Dazu müssten ausreichend liquide Mittel

vorhanden sein, womit die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden könnten. Die Schuldnerin hätte deshalb aufzuzeigen gehabt, dass sie in der Lage wäre, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Die Begleichung offener Beteiligungen in der Zwischenzeit gilt dabei als Indiz für bloss temporäre Illiquidität. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten würden die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen lassen; anders verhielte es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen wären und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheinen würde. Absehbare Veränderungen, welche ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, wären grundsätzlich zu berücksichtigen, müssten jedoch so konkret dargelegt werden, dass die vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten tatsächlich glaubhaft erschiene.

Auch die Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit gelänge der Schuldnerin vorliegend nicht, weshalb die Beschwerde auch aus diesem Grund abzuweisen wäre. Ausgangspunkt für die Einschätzung des Zahlungsverhaltens und die finanzielle Lage eines Schuldners bildet das Betreibungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2011 über den Zeitraum seit 1. Januar 2009 wurden gegen die Schuldnerin ab 7. September 2010 23 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 146'410.60 angehoben (act. 5/4). Keine der Beteiligungen ist als durch Zahlung erledigt vermerkt. Dies, zusammen mit Gesamtbetrag und Anzahl der Beteiligungen innerhalb lediglich eines knappen Jahres sowie der Tatsache, dass neben dem aktuellen bereits in drei weiteren Fällen die Konkursandrohung (Beteiligung Nr. ... über Fr. 233.30 der D. \_\_\_\_\_ GmbH, Beteiligung Nr. ... über Fr. 823.20 der E. \_\_\_\_\_ und Beteiligung Nr. ... über Fr. 1'439.05 der F. \_\_\_\_\_ AG) erfolgte und in zwei Fällen bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt wurde (Beteiligungen Nr. ... über Fr. 6'804.00 und Nr. ... über Fr. 14'000.00 der Eidgenössischen Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer), lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Insbesondere auch die zu Konkursandrohungen führenden Beteiligungen betreffen zudem überwiegend eher bescheidene Beträge. Dies lässt darauf schliessen, dass die Schuldnerin mehrfach nicht in der Lage war, selbst moderate Ausstände zu be-

gleichen, auch nicht unter dem Druck eines Betreibungsverfahrens. Zudem können inhaltliche Einreden im Betreibungsverfahren auch nicht unbeschränkt berücksichtigt werden. Aus der Erhebung von Rechtsvorschlag in fast allen Betreibungen kann die Schuldnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, weil sämtliche Betreibungen aufgrund der Eingangsdaten ohne weiteres noch weitergeführt werden können.

Allerdings wies die Schuldnerin im Rechtsmittelverfahren die Begleichung des der aktuellen Konkursbetreibung zugrundeliegenden Betrages nach (Betreibung Nr. ... über Fr. 316.00 der B. \_\_\_\_\_ AG). Weiter kann gestützt auf den Urteilstvorschlag der Friedensrichterin der Stadt G. \_\_\_\_\_ vom 16. Mai 2011 (act. 5/10) zu Gunsten der Konkursitin von einer Reduktion der Forderung von Fr. 2'101.90 in der Betreibung Nr. ... der H. \_\_\_\_\_ AG auf Fr. 1'726.35 ausgegangen werden, auch wenn das Dokument keinen rechtskräftigen Entscheid über den Betrag belegt (vgl. Art. 211 ZPO). Dasselbe gilt für den Verzicht der I. \_\_\_\_\_ aufgrund die Hälfte ihrer Forderung in der Betreibung Nr. ... über Fr. 42'491.25 und deren Verringerung auf Fr. 24'000.00 trotz Unkenntnis darüber, ob der dafür notwendige Betrag von mindestens Fr. 24'000.00 bis 19. August 2011 aufgebracht werden kann (act. 5/5). Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der einzige Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär der Schuldnerin gemäss eigenen Angaben offenbar eine private Liegenschaft in J. \_\_\_\_\_ wird verkaufen müssen, um die offenen Verpflichtungen fristgerecht begleichen zu können (act. 1 S. 5). Ein konkreter Verkaufserlös wurde jedoch nicht behauptet. Abgesehen davon, dass durch das fremdsprachige Dokument weder die Eigentümerschaft des einzigen Verwaltungsrats und Mehrheitsaktionärs glaubhaft gemacht werden kann noch dessen Absicht oder gar Verpflichtung zur Investition allfälliger Einnahmen in die Konkursitin. Selbst unter Berücksichtigung der vergleichsweisen Erledigung der Betreibung Nr. ... über Fr. 406.75 der K. \_\_\_\_\_ AG durch - nota bene nicht belegte - Übergabe eines Vermessungsgeräts (act. 5/9) und des Rückzugs der Betreibung Nr. ... über Fr. 850.50 der L. \_\_\_\_\_ (act. 5/8) resultieren offene in Betreibung gesetzte Forderungen von rund Fr. 126'000.00. Inwiefern sich dieser Betrag im bevorstehenden arbeitsrechtlichen Verfahren um die Betreibung Nr. ... über Fr. 10'562.50 von M. \_\_\_\_\_ tatsächlich noch verringern wird, ist völlig offen (act. 1

S. 5; act. 5/11). Auch die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer, in den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... über insgesamt Fr. 20'804.00 gewährte Verlängerung der Zahlungsfrist bis 30. Juni 2011 (act. 5/6) wirkt sich nicht entlastend aus. Auch mit dieser Fristerstreckung bleibt es dabei, dass ein erheblicher Betrag innert relativ kurzer Zeitspanne zu bezahlen ist bzw. war. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 6. April 2011 (act. 5/7) lautet schliesslich nicht auf die Konkursitin, weshalb daraus bereits deshalb nichts zu ihren Gunsten abgeleitet werden kann.

Ob der ausstehende beachtliche Betrag (oder selbst ein geringerer Ausstand) tatsächlich durch den Verkaufserlös aus einer privaten Liegenschaft des einzigen Verwaltungsrats und Mehrheitsaktionärs innert nützlicher Frist wird beglichen werden können, ist - aus den bereits erwähnten Gründen - gänzlich offen. Aktiven, Debitoren oder mindestens kurz bevorstehende Aufträge der Gesellschaft selber wurden nicht einmal behauptet. Damit könnte jedoch auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin ihre Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen würde befriedigen können. Sie hätte demnach auch nicht hinreichend wahrscheinlich darzutun vermocht, dass sie sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass befindet.

### III.

Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr des Rechtsmittelprozesses der Schuldnerin aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 1, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Dietikon und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
4. 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. K. Findeisen

versandt am: