

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110125-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 28. Juli 2011

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 24. Juni 2011 (EK110868)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Zürich eröffnete mit Urteil vom 24. Juni 2011 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 2). Mit Beschwerde vom 7. Juni 2011 (recte: 7. Juli 2011) beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Gläubigerverzichts und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 12. Juli 2011 entsprochen (act. 6). Ferner leistete die Beschwerdeführerin am 13. Juli 2011 rechtzeitig den Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 8).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Im Gegensatz zu den Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG bildet beim Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG weder die Tilgung noch die Hinterlegung der Kosten im Sinne der vorinstanzlichen Spruchgebühr und der Kosten des Betreibungs- bzw. Konkursamts eine Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung (vgl. OGer ZH, PS110085 vom 3. Juni 2011). Kumulativ zu einem der Konkurshinderungsgründe hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zumachen. 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. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er 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 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer ein Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 7. Juli 2011 vorgelegt (act. 4/2). Unterschriftlich bestätigt zieht

die Beschwerdegegnerin darin ihr Begehren um Konkurseröffnung zurück und er sucht um Einstellung des Verfahrens. Da dieser Rückzug des Konkursbegehrens nach Eröffnung des Konkurses erfolgt, ist er als Verzicht auf die Durchführung des Konkurses zu verstehen. Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG durch Urkunde nachgewiesen. Ferner reichte die Beschwerdeführerin eine Bestätigung des Konkursamtes C._____ vom 7. Juli 2011 ein, wonach die Beschwerdeführerin einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet hat und dieser Vorschuss im Falle der Konkursaufhebung sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch diejenigen des Konkursgerichtes zu decken vermag (act. 4/2).

4. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat ein Schuldner wie ausgeführt zudem seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile vom Schuldner beglichen wurden, darf als Indiz dafür gelten, dass keine dauerhafte Illiquidität vorliegt.

5. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Beteiligungsregister. Der von der Beschwerdeführerin bloss auszugsweise (Seite 2/2) eingereichte Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamtes D._____ vom 5. Juli 2011 weist für die Zeit vom 25. März 2009 bis 14. Juni 2011 insgesamt 25 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 430'187.21 aus, wovon 11 Beteiligungen im Betrag von Fr. 38'886.70 erledigt sind (act. 4/17). Abzüglich der Konkursforderung (Fr. 173'226.15) bestehen derzeit somit noch 13 offene Beteiligungen in der Höhe von Fr. 218'074.36. Ob offene Verlustscheine vorhanden sind, kann dem Auszug

nicht entnommen werden. Bei den offenen Betreibungen handelt es sich um mehrere Forderungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, um Forderungen des kantonalen Steueramtes, der F. _____ und der Stadt G. _____ sowie fünf weiteren diversen Gläubiger. In 13 Betreibungen wurde Rechtsvorschlag erhoben und in einer Betreibung wurde bereits der Konkurs angedroht (Betreibung Nr. ... über Fr. 18'381.81). Zu Letzteren bemerkt die Beschwerdeführerin, dass es sich bei der Gläubigerin um eine Lizenznehmerin handle, die Lizenzgebühren bezahle, welche mit der offenen Forderung verrechnet würden (act. 4/17). Überdies macht sie Tilgung weiterer Forderungen geltend, ohne aber entsprechende Belege einzureichen (act. 4/17). Die Ausführungen erscheinen deshalb wenig glaubhaft. Insgesamt bestehen damit gegen die Beschwerdeführerin offene in Betreibung gesetzte Forderungen im Umfang von Fr. 218'074.36. Dazu kommen gemäss der eingereichten Kreditorenliste per 1. Juli 2011 Kreditoren im Umfang von Fr. 333'750.-- (act. 4/11).

6. Entscheidend für die Aufhebung der Konkursöffnung ist aber nicht primär, wie hoch die offenen Forderungen bzw. Schulden sind, sondern wie liquid eine Unternehmung als solche ist, so dass es ihr möglich ist, die bestehenden Schulden innerhalb einer voraussehbaren Zeit abzutragen. Dies lässt sich anhand der Kennzahlen der Bilanz ermitteln. Die Beschwerdeführerin reichte die Bilanz für die Jahre 2008 und 2009 (act. 4/14) und die provisorische Bilanz- und Erfolgsrechnung für das Jahr 2010 ein (act. 4/13). Aus Letzterer ergibt sich, dass per 31. Dezember 2010 bei einem Verlustvortrag von Fr. 3'485'179.40 ein Jahresverlust von Fr. 7'253.43 ausgewiesen wurde (act. 4/13 S. 3 und S. 5). Die Jahre 2008 und 2009 präsentieren sich ähnlich, wobei im Jahr 2009 gar ein Jahresverlust von rund Fr. 280'000.-- resultierte (act. 4/14). Das kurzfristige Fremdkapital beläuft sich per 31. Dezember 2010 auf Fr. 654'960.--, die liquiden Mittel sind Fr. 2'811.53 und die kurzfristigen Forderungen Fr. 85'584.31 (act. 4/13 S. 1-3). Daraus resultiert ein Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) von lediglich 13.5 % [(liquide Mittel + kurzfristige Forderungen] x 100 / kurzfristiges Fremdkapital). Diese Kennzahl, welche die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens darstellt, sollte 100 % ergeben, ist vorliegend somit weit darunter und spricht deutlich gegen die Liquidität der Beschwerdeführerin. Auch der Anlagedeckungsgrad 2, welcher gemäss

der goldenen Bilanzregel über 100 % liegen sollte, beträgt per 31. Dezember 2010 lediglich 55.3 % ($[\text{Eigenkapital} + \text{langfristiges Fremdkapital}] \times 100 / \text{Anlagevermögen}$ bzw. $[\text{Fr. } -1'518'754.16 + \text{Fr. } 1'966'184.26] \times 100 / \text{Fr. } 809'803.--$). Das bedeutet, dass ein Teil des Anlagevermögens mit kurzfristigem Fremdkapital finanziert wird, was negativ zu werten ist. Das Eigenkapital beläuft sich per 31. Dezember 2010 denn auch auf Fr. -1'518'754.16, unter Berücksichtigung des Verlustes von Fr. 7'253.43 auf Fr. -1'526'007.59. Daraus erhellt, dass die relevanten Finanzkennzahlen der Beschwerdeführerin deutlich von denjenigen einer gesunden Unternehmung abweichen. Die Schuldnerin erscheint gestützt auf die eingereichten Unterlagen illiquid und im Übrigen überschuldet (daran ändern insbesondere Rangrücktritte bei langfristigen Darlehen nichts). Aktuellere Zahlen, aus welchen konkret auf ihre Liquidität oder wenigstens auf eine positive Entwicklung geschlossen werden könnte, hat die Beschwerdeführerin keine beigebracht. Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, dass es Sanierungspläne gibt (act. 4/3). Konkret sollen Patente an Investoren verkauft werden. Die Beschwerdeführerin reichte hierzu eine Übersicht über mögliche Anlagen/Patentverkäufe (act. 4/8) sowie eine Korrespondenz mit einem potentiellen amerikanischen Investor vom 4. März 2011 (act. 4/9) ein. Diesen Unterlagen ist jedoch nicht zu entnehmen, wann und in welchem Umfang tatsächlich Patente verkauft werden können, welcher Erlös mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und inwiefern sich dadurch die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin verbessern würde, weshalb nicht darauf abgestellt werden kann. An der bestehenden Illiquidität vermögen überdies die von der Beschwerdeführerin ohne weitere Bemerkungen eingereichten Unterlagen zur eigenen Geschichte, den angebotenen Produkten (insbesondere Energiesystem "..."), den Vertrags- und Lizenzpartnern, den Projektierungen und der Verkehrswertschätzung der Wohnung an der ...-Strasse .. in E. _____ (act. 4/3-8 und act. 4/20) nichts zu ändern.

7. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 12. Juli 2011 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über die Beschwerdeführerin neu zu eröffnen.

8. Immerhin ist die Beschwerdeführerin aber 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 (dazu insbesondere KuKo SchKG Diggelmann / Müller, Art. 195 N. 3 und 5).

9. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens grundsätzlich durch die Beschwerdeführerin zu tragen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen. Es steht den Parteien allerdings frei, sich über die Kostentragung abweichend zu einigen. Im Schreiben vom 7. Juli 2011 teilt die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit dem Verzicht auf Durchführung des Konkurses mit, dass allfällige Kosten ihr in Rechnung zu stellen seien (act. 4/2). Demnach sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Für die Behandlung der überwiesenen bzw. geleisteten Kostenvorschüsse (Fr. 1'400.-- seitens der Beschwerdegegnerin und Fr. 1'000.-- seitens der Beschwerdeführerin) ist das Konkursamt C._____ im Rahmen der Durchführung des Konkurses zuständig.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Beschwerdeführerin wird per **28. Juli 2011, 14.15 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdegegnerin auferlegt und aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin den geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 750.-- zu ersetzen.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt 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. K. Wili

versandt am: