

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110155-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 23. September 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 Dietikon vom 17. August 2011 (EK110255)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 17. August 2011, 10.00 Uhr, über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 6 = act. 7/6). Am 25. August 2011 zahlte die Schuldnerin zuhanden des Obergerichtes des Kantons Zürich den Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.-- ein (act. 4/4; act. 10) und liess mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 29. August 2011 (Datum Poststempel) die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde beantragen (act. 1; act. 7/7). Mit Präsidialverfügung vom 31. August 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

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 entstanden sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die Schuldnerin belegte, am 18. August 2011 Fr. 15'000.-- an das Konkursamt C._____ bezahlt zu haben. Dieses bestätigte, dass der einbezahlte Betrag sowohl die Konkursforderung (vgl. act. 6) als auch die Kosten des Konkursgerichtes (Fr. 400.--, act. 6) und des Konkursamtes zu decken vermag (act. 4/5). Die Konkursforderung wurde der Gläubigerin gemäss Nachfrage beim Konkursamt C._____ indes noch nicht ausbezahlt (act. 11). Sie beträgt total

Fr. 11'238.95 (Forderung Fr. 10'425.-- zzgl. Zins zu 5% vom 9. Juli 2010 bis zur Konkurseröffnung am 17. August 2011 bzw. Fr. 576.95 sowie Fr. 237.-- Betriebskosten [inkl. Kosten der Konkursandrohung], act. 6). Am 25. August 2011 bezahlte die Schuldnerin zudem den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren gemäss Art. 98 und Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 1 lit. b GebV von Fr. 750.-- (act. 4/4 = act. 10). Der Konkursverhinderungsgrund 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 Gemäss Bilanz per 31. Dezember 2010 wies die Schuldnerin einen Verlust von Fr. 508'565.95 aus (act. 4/16). Die Aktiven beliefen sich auf Fr. 902'221.52, während allein zwei Kreditorenforderungen (langfristige Verbindlichkeiten) mit total Fr. 847'341.60 bilanziert wurden (act. 4/16). Dies spricht nicht für gesunde Finanzkennzahlen der Schuldnerin. Es ist jedoch einerseits zu berücksichtigen, dass diese Schulden, beruhend auf den Darlehen des Gesellschafters D._____ und des vormaligen Aktionärs E._____ (dessen Ansprüche gemäss schuldnerischer Darstellung zwischenzeitlich von der Einzelfirma F._____ übernommen wurden, act. 1 S. 7), gemäss Zwischenbilanz per 25. August 2011 von Fr. 347'341.60 und Fr. 500'000.-- auf Fr. 244'118.63 und Fr. 142'030.82 und damit

massiv abgebaut werden konnten (act. 4/21). Andererseits haben die vorerwähnten Gläubiger einen Rangrücktritt im Umfang ihrer per 25. August 2011 bestehenden Forderungen abgegeben (act. 4/18-19); gleiches gilt für die Darlehensgeberin G._____ AG für ihre Forderung in Höhe von Fr. 19'150.60 (act. 4/20). Die Schuldnerin vermochte sodann glaubhaft darzulegen und mit der Zwischenbilanz per 25. August 2011 zu belegen, dass für das erste Quartal des laufenden Jahres eine positive Geschäftsentwicklung verzeichnet bzw. ein Gewinn von Fr. 400'427.14 verbucht werden konnte. Die bestehenden kurzfristigen Verbindlichkeiten können aus den flüssigen Mitteln (Bankguthaben H._____ und I._____) gedeckt werden (act. 4/21). Den weiteren in der Zwischenbilanz noch nicht verbuchten kurzfristigen Verbindlichkeiten gemäss Liste der offenen Kreditoren per 25. August 2011 (act. 4/22) in Höhe von Fr. 60'659.51 stehen offene Debitoren von Fr. 180'937.72 (act. 4/23) gegenüber. Die Schuldnerin hat sodann durch Zahlung von Fr. 15'000.- an das Konkursamt C._____ die Forderung der Gläubigerin samt Zinsen und Kosten sowie die Kosten des Konkursgerichtes und Konkursamtes sichergestellt (act. 4/5), als auch den zweitinstanzlichen Barvorschuss in der Höhe von Fr. 750.- geleistet (act. 10).

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt sodann das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Betreibungsamtes C._____ vom 29. August 2011, welches den Zeitraum 1. Januar 2009 bis 29. August 2011 (die Schuldnerin wurde erst am tt.mm.2010 im Handelsregister eingetragen, act. 4/2) umfasst, wurden mit der in Betreuung gesetzten Konkursforderung 11 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 39'069.60 eingeleitet (act. 4/15). Sechs Forderungen (Betreibungs-Nr. ..., ..., ..., ..., ... und ...) von total Fr. 14'040.10 sind im vorerwähnten Auszug als bezahlt vermerkt (act. 4/15). Die Schuldnerin konnte sodann mit Urkunden belegen, dass in der Zwischenzeit neben der gegenständlichen Forderung zwei weitere in Betreuung gesetzte Forderungen (Betreibungs-Nr. ... und ...) vollständig und die Forderung in der Betreibungs-Nr. ... bis auf einen Fehlbetrag von Fr. 92.-- beglichen wurden (act. 4/9-13).

Offen ist noch die Forderung der J._____ AG in K._____ (Betreibungs-Nr. ...) im Betrag von Fr. 4'212.--. Hiezu liess die Schuldnerin ausführen, die Forderung der J._____ AG für Spengler- und Lackierarbeiten werde bestritten, da nie ein entsprechender Auftrag erteilt worden sei. Dies sei der J._____ AG mit E-Mail vom 4. Februar 2011 auch mitgeteilt worden (act. 1 S. 5 f.; act. 4/8). Diese belegte Darstellung erscheint glaubhaft. Gemäss aktuellem Betreibungsregisterauszug (act. 4/15) hat die J._____ AG sodann in den vergangenen sieben Monaten seit dem Zahlungsbefehl vom 17. Februar 2011 keine weiteren rechtlichen Schritte gegen die Schuldnerin eingeleitet. Die Betreibungsforderung der J._____ AG kann daher vorliegend unberücksichtigt bleiben.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft und mit zahlreichen Unterlagen belegt dargetan hat. Es ist davon auszugehen, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehender Natur waren. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet, und es ist der über die Schuldnerin am 17. August 2011, 10.00 Uhr, eröffnete Konkurs aufzuheben.

5. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Dietikon vom 17. August 2011, 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. 16'400.-- (Fr. 15'000.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 11'238.95 zzgl. Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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.
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. D. Tolic

versandt am: