

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110217-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 9. Dezember 2011

in Sachen

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

Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_ AG

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Hinwil vom 7. November 2011 (EK110250)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie be-  
zweckt kurz zusammengefasst den Handel und Vertrieb von Möbeln und die  
Durchführung damit zusammenhängender Geschäfte (act. 5).

2. Mit Urteil vom 7. November 2011 eröffnete das Konkursgericht des Be-  
zirks Hinwil den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin  
und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 8'204.35 nebst 5 % Zins  
seit 12. Februar 2011 zuzüglich Nebenforderungen von Fr. 400.00 und Betrei-  
bungskosten von Fr. 165.00 (act. 2). Das Urteil wurde der Schuldnerin am  
8. November 2011 zugestellt (act. 7/9). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde  
vom 18. November 2011, beim Obergericht eingegangen am 21. November 2011,  
beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig  
ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 1  
S. 2).

3. Mit Verfügung vom 21. November 2011 wurde der Beschwerde an-  
tragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

4. Die Schuldnerin hat für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens  
einen Vorschuss von Fr. 750.00 bezahlt (act. 10).

### **II.**

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechts-  
mittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit*  
*glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen  
*Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterle-*  
*gung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174  
Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende

Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). 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 sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2. Die Schuldnerin hat in Wahrung der Beschwerdefrist beim Konkursamt die bis 16. November 2011 aufgelaufenen Kosten inkl. erstinstanzliche Spruchgebühr sowie die bei Aufhebung des Konkurses mutmasslich noch anfallenden Kosten sichergestellt (act. 4/9-11). Zudem hat sie die Konkursforderung bei der Gläubigerin bezahlt, und letztere hat das Konkursbegehren mit Schreiben vom 15. November 2011 zurückgezogen (act. 4/8, 4/12).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG (Hinterlegung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin. Diese ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung der Schuldnerin treffe zu. Ein Beweis, der die Überzeugung gestattet, die Sachdarstellung sei zutreffend, ist nicht nötig.

3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26).

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten

lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Beteiligungsregisterauszug der Schuldnerin vom 15. November 2011 weist 6 nicht erledigte Beteiligungen in der Totalsumme von Fr. 24'427.25 aus (act. 4/13). Die darin enthaltene Konkursforderung ist inzwischen getilgt, so dass noch 5 Positionen über total Fr. 15'822.90 offen sind.

3.1.1 Davon hat die Schuldnerin gemäss E-Banking-Ausdrucken vom 18. November 2011 die Forderung der D.\_\_\_\_\_ über Fr. 900.00, und die Forderung der C.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 718.65, am 18. November 2011 getilgt (act. 4/15-16). Aus den beiden Belegen geht indes lediglich hervor, dass entsprechende Zahlungsaufträge am 18. November 2011 erteilt wurden ("Status bereit"). Ob die Zahlungen tatsächlich erfolgten, kann daraus nicht geschlossen werden und wird daher mit den vorgelegten Belegen nicht glaubhaft gemacht.

3.1.2 Die Steuerforderung des Steueramtes E.\_\_\_\_\_ über Fr. 6'754.60 ist im Umfang von Fr. 4'991.00 durch Ratenzahlungen getilgt. Offen sind noch Fr. 1'763.60 (act. 1 S. 8; act. 4/14).

3.1.3 Weiter bestehen eine Steuerforderung der eidgenössischen Steuerverwaltung über Fr. 6'361.30 sowie eine Forderung der L.\_\_\_\_\_ über Fr. 1'088.35. Die Schuldnerin behauptet zu beiden Positionen, sie habe mit den Gläubigern Ratenzahlungen vereinbart, und offeriert die Zeugenbefragung der jeweiligen Mitarbeiter der Gläubiger zum Beweis (act. 1 S. 8 f.).

Im summarischen Verfahren ist der Beweis grundsätzlich mit Urkunden zu erbringen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Im Verfahren der Beschwerde gegen Konkursöffnungen ergeht in der Regel nach der Beschwerdeerhebungen und einem

allfälligen Entscheid über die aufschiebende Wirkung unmittelbar der Erledigungsentscheid. Zuvor eine Beweisverhandlung durchzuführen und Zeugen zu befragen, würde daher eine wesentliche Verzögerung des Verfahrens darstellen, und kann daher nicht in Frage kommen (vgl. Art. 254 Abs. 1 lit. a ZPO).

Hinzu kommt, dass die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit wie eingangs dargelegt *innert der Rechtsmittelfrist* zu erfolgen hat. Dies schliesst Zeugenbefragungen aus, da sie naturgemäss erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgen könnten (zumal vorliegend die Schuldnerin ihre Beschwerde am letzten Tag der Rechtsmittelfrist der Post übergab, vgl. act. 1, 7/9).

3.2 Ein weiteres wesentliches Element der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit wäre der Beleg vorhandener liquider Mittel, was etwa durch Vorlage eines Kontoauszuges der Schuldnerin geschehen könnte. Die Schuldnerin hat jedoch keinerlei Belege über liquide Mittel zu den Akten gereicht, und sie macht in der Beschwerdeeingabe vom 18. November 2011 (act. 1) auch keine Angaben zu allfälligen Bargeldbeständen oder Guthaben bei Bankinstituten. Daher muss davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin nicht über liquide Mittel verfügt.

3.3 Die Schuldnerin erklärt, sie befinde sich zurzeit in einem unverschuldeten vorübergehenden Liquiditätsengpass, der Folge eines Vorfalls aus dem Jahr 2009 sei. Damals habe [die aus Land M.\_\_\_\_\_ stammende] Geschäftspartnerin F.\_\_\_\_\_ S.p.A., welche die Schuldnerin zuvor mit dem alleinigen Vertrieb ihrer Badezimmermöbel beauftragt habe, ohne jede Vorwarnung die Zusammenarbeit beendet. Danach habe sie, die Schuldnerin, gerichtlich gegen die F.\_\_\_\_\_ S.p.A. vorgehen müssen. Dazu legt die Schuldnerin ein in [Landesprache in M.\_\_\_\_\_] abgefasstes Dokument aus einem Verfahren vor einem Gericht in G.\_\_\_\_\_ zu den Akten (act. 4/6), woraus sich ergeben soll, dass das Gericht anlässlich einer Verhandlung bestätigt habe, die F.\_\_\_\_\_ S.p.A. schulde der Schuldnerin einen Betrag von Euro 280'000.00 insbesondere aus Provisionen, wobei der schriftliche Entscheid der Schuldnerin nach ihrer eigenen Schilderung noch nicht zugestellt worden ist. Bis anhin sei einzig am 12. Juli 2010 eine Provision über Euro 38'000.00 ausbezahlt worden.

Infolge der Beendigung der Zusammenarbeit mit der F.\_\_\_\_\_ S.p.A., so die Schuldnerin weiter, sei ein Neuaufbau notwendig geworden, der noch nicht abgeschlossen sei und der Zeit brauche. Derzeit würden sich die Kreditoren und Debitoren mit je ca. Fr. 20'000.00 die Waage halten, und der Auftragsbestand decke die allgemeinen Auslagen wie Löhne und Miete. Sie, die Schuldnerin, rechne damit, im Jahr 2012 wieder einen Gewinn zu erzielen. Insbesondere sei ein Auftrag unterschriftsreif, der im Zeitraum Dezember 2011 / Januar 2012 rund Euro 35'000.00 an Provisionen einbringen werde. Sollten Schulden sofort beglichen werden müssen, werde H.\_\_\_\_\_ Liquidität bis zu einem Maximum von Fr. 15'000.00 vorschiessen (act. 1 S. 3 f., 9 f.).

3.3.1 H.\_\_\_\_\_ ist gemäss seiner schriftlichen Erklärung vom 18. November 2011 bereit, der Schuldnerin falls nötig ein Darlehen bis zu maximal Fr. 15'000.00 zu bezahlen. Dieses könnte er notfalls durch einen Erbvorbezug aus dem Erbe seines Vaters I.\_\_\_\_\_ finanzieren (act. 4/19).

3.3.2 Als weiteren Beleg legte die Schuldnerin ein Schreiben ihres Treuhänders J.\_\_\_\_\_ vom 17. November 2011 zu den Akten (act. 4/18), worin dieser auf den erwähnten Prozess in M.\_\_\_\_\_ und auf die Provisionszahlung der F.\_\_\_\_\_ S.p.A. von Euro 38'000.00 vom 12. Juli 2010 verweist. Weitere Zahlungen seien aus nicht nachvollziehbaren Gründen bislang nicht erfolgt. Die Schuldnerin habe sich in der Folge neu orientieren müssen, habe die betriebliche Tätigkeit im neuen Segment laufend steigern können und erwarte, im Frühjahr 2012 die Gewinnschwelle zu erreichen. Die benötigten Mittel habe die Schuldnerin bis anhin immer wieder privat beschaffen können. Zudem verweist auch J.\_\_\_\_\_ auf den von der Schuldnerin erwähnten unterschriftsreifen Auftrag mit erwarteten Provisionen von Fr. 35'000.00 in der nahen Zukunft, und er bestätigt die Schilderung der Schuldnerin betreffend das Verhältnis von Kreditoren und Debitoren sowie betreffend die Deckung der laufenden Auslagen durch den Auftragsbestand (act. 4/18).

3.4 Insgesamt vermag die Schuldnerin, wie nachfolgend dargelegt wird, mit den geschilderten Vorbringen und den vorgelegten Unterlagen ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen:

Die eingestandenen Liquiditätsprobleme der Schuldnerin wurden nach ihrer eigenen Schilderung durch ein Ereignis im Jahr 2009 verursacht und dauern noch an, wobei die Schuldnerin offenbar darauf hofft, im Jahr 2012 wieder Gewinne zu erzielen. Von einem vorübergehenden Liquiditätsengpass kann in dieser Situation nicht gesprochen werden. Wesentliche Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung der Situation der Schuldnerin sind nur in allgemeiner Form behauptet, aber nicht glaubhaft gemacht worden. Der Hinweis auf einen Prozess in M.\_\_\_\_\_, aus dem allenfalls zu einem unbestimmten Zeitpunkt in der Zukunft eine beträchtliche Forderung gegen die F.\_\_\_\_ S.p.A. resultieren könnte, vermag keine konkret zu erwartende Zahlungsfähigkeit nahe zu legen, und aus der Vorlage eines in [Landesprache in M.\_\_\_\_\_] Sprache abgefassten, 19 Seiten umfassenden Dokuments (act. 4/6) kann die Schuldnerin diesbezüglich nichts für sich ableiten. Soweit ersichtlich, handelt es sich bei diesem Dokument lediglich um die Klagebegründung der Schuldnerin zuhanden des Gerichtes. Es ist im Übrigen nicht an der Beschwerdeinstanz, in einem solchen, nicht in der Amtssprache nach Art. 129 ZPO abgefassten Dokument nach weiteren Anhaltspunkten für die Wahrscheinlichkeit einer Forderung der Schuldnerin zu suchen.

Wie erwähnt liegen keine Belege über vorhandene flüssige Mittel vor, so dass vom Nichtvorhandensein solcher Mittel ausgegangen werden muss. Wenn sodann Kreditoren und Debitoren sich gerade die Waage halten und erst im Frühling 2012 ein Gewinn erhofft wird, und wenn die laufenden Provisionen aus dem (nicht näher spezifizierten) Auftragsbestand für die Bezahlung von (ebenfalls nicht näher spezifizierten) Kosten für Miete und Löhne benötigt werden (act. 4/18), so erscheint nicht glaubhaft, dass der Geschäftsgang Liquidität hervorbringt, mit welcher die bestehenden Schulden gemäss Betreibungsregister innert nützlicher Frist abbezahlt werden könnten (und zusätzlich dazu die Schuld von Fr. 26'233.05 für offene Honorare des Treuhänders J.\_\_\_\_\_, für welche dieser der Schuldnerin Stundung gewährte, vgl. act. 4/17). Ein angeblich unterschrittsreifer Auftrag, der zu Provisionen von Euro 35'000.00 führen würde, ändert am Gesagten nichts, da der Stellenwert dieses Auftrags ohne jegliche Belege zum Geschäftsgang (etwa Bilanzen, Erfolgsrechnungen, Debitoren- und Kreditorenlisten) nicht beurteilt werden kann. Im Übrigen ist die Schilderung zum betreffenden Auftrag unbelegt, und

es fehlt jegliche Spezifizierung, um was für einen Auftrag es sich handle oder wer ihn erteilt habe. Mit der blossen Behauptung, ein solcher Auftrag sei unterschriftsreif, wird bereits die Behauptung selber nicht glaubhaft gemacht, geschweige denn das tatsächliche Zustandekommen des Auftrags und eine als Folge davon eintretende substantielle Verbesserung der Liquiditätslage.

Auch mit der Zusage von H.\_\_\_\_\_, der Schuldnerin notfalls ein Darlehen über Fr. 15'000.00 zu gewähren, wird die Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Vorausgesetzt wäre eine glaubhafte Begründung dafür, dass H.\_\_\_\_\_ zur Gewährung eines solchen Darlehens in der Lage wäre. Der unbelegte Hinweis auf einen möglichen Erbvorbezug vom Vater von H.\_\_\_\_\_ genügt nicht. Es fehlt diesbezüglich bereits an einer substantiierten Behauptung über die finanziellen Möglichkeiten des Vaters und über seine Bereitschaft, H.\_\_\_\_\_ einen Erbvorbezug zu gewähren. Zu den dazu vorgebrachten Beweisofferten (Zeugenbefragung) ist auf das vorne unter II./3.1.3 Ausgeführte zu verweisen.

4. Die Schuldnerin bringt weiter vor, die Gläubigerin habe ihr mündlich zugesichert, dass sie, die Schuldnerin, bis Ende 2011 Zeit zur Begleichung der Konkursforderung habe. Entgegen dieser Zusicherung habe die Gläubiger sodann ohne jede Vorwarnung das Konkursbegehren gestellt (act. 1 S. 5). Darauf sowie auf die diesbezüglichen Beweisofferten (Zeugeneinvernahme) ist nicht einzugehen, da nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG die Stundung der Konkursforderung nur dann zur Abweisung des Konkursbegehrens führt, wenn sie durch *Urkunden* bewiesen wird.

5. Damit ist die Beschwerde abzuweisen. Da am 21. November 2011 die aufschiebende Wirkung gewährt wurde (act. 8), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss zu beziehen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Hinwil vom 7. November 2011 (EK110250) wird bestätigt.
2. Über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **9. Dezember 2011, 08.55 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt K. \_\_\_\_\_ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt K. \_\_\_\_\_ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Hinwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt K. \_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

6. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: