

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110227-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 7. Dezember 2011

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Hinwil vom 21. November 2011 (EK110264)

Erwägungen:

1. Am 21. November 2011 wurde über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 9'117.95 nebst Zins zu 5% seit dem 30. Juni 2011, Fr. 146.– Betriebskosten und Fr. 10.– weitere Kosten der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 5). Der Entscheid wurde der Bevollmächtigten der Schuldnerin am 22. November 2011 zugestellt (act. 4/8).

2. Mit Beschwerde vom 25. November 2011, zur Post gegeben am 28. November 2011, beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Mit Verfügung vom 30. November 2011 wurde die Schuldnerin darauf aufmerksam gemacht, wessen es zur Aufhebung der Konkurseröffnung bedürfte, es wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde einsteilen verweigert und zur Leistung des Kostenvorschusses im Sinne von Art. 98 ZPO Frist angesetzt (act. 6).

Mit einer weiteren Eingabe vom 2. Dezember 2011, zur Post gegeben am selben Tag, ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde und reichte ergänzende Belege ein (act. 9). Den Kostenvorschuss für das Verfahren des Obergerichts zahlte sie fristgerecht (act. 15).

Am 6. Dezember 2011 übersandte das Konkursamt der Kammer verschiedene Unterlagen, so das Protokoll über die Einvernahme des einzigen Verwaltungsrates der Schuldnerin (act. 16), und einen Auszug aus dem Betriebsregister (act. 15). Das Amt wies darauf hin, dass nach der Konkurseröffnung Geld von einem Konto abgezogen worden sei und regte vorsorgliche Massnahmen an (act. 13).

3. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Wenn der Schuldner sich auf Tilgung berufen will, muss er innert der Beschwerdefrist nicht nur die in der Konkur-

sandrohung aufgeführten Positionen zahlen, sondern auch die Kosten des Konkursrichters und die des Konkursamtes zahlen oder sicherstellen – nur so kann dem Gläubiger bei einer Aufhebung des Konkurses der an den Konkursrichter geleistete Kostenvorschuss (in der Regel Fr. 1'800.–, neuerdings bisweilen Fr. 2'000.–) unverkürzt zurückerstattet werden (*OGerZH* PS110095 vom 6. Juli 2011 auf www.gerichte-zh.ch/entscheide). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 18).

4. Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde bezahlt, auf die Beschwerde kann demnach *eingetreten* werden (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

Die Schuldnerin belegt, dass am 25. November 2011 an das Betreibungsamt X._____ für die Konkursforderung Fr. 9'800.– bezahlt wurden (act. 10/3 und 10/4). Erforderlich gewesen wären für Forderung, Zins bis zur Konkurseröffnung (Art. 209 Abs. 1 SchKG), Betreibungs- und weitere Kosten insgesamt Fr. 9'453.80.

Für die vom Konkursrichter aus dem Vorschuss der Gläubigerin direkt bezogenen Kosten der Konkurseröffnung (Fr. 300.–) und die mutmasslichen Aufwendungen des Konkursamtes hinterlegte die Schuldnerin beim Konkursamt insgesamt Fr. 2'000.–, was dieses als ausreichend bezeichnet (act. 10/1).

Damit ist ein *Konkursaufhebungsgrund* nachgewiesen.

Wie bereits erwähnt, hat die Schuldnerin neben dem Konkurshinderungsgrund auch ihre *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichende liquide Mittel vorhanden sein, womit 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

Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

Dass über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, ist ein Hinweis auf fehlende Zahlungsfähigkeit. Eine Konkursöffnung bringt Umtriebe und Kosten, welche sich ein Schuldner wenn immer möglich spart. Die Schuldnerin macht aber glaubhaft geltend, ungenügende Administration habe zum aktuellen Stand geführt. Sie präsentiert eine unterzeichnete Zwischenbilanz per 30. November 2011 und eine Erfolgsrechnung für die ersten elf Monate des Jahres (act. 10/6). Danach erzielte sie in dieser Periode aus dem laufenden Geschäft einen Gewinn vor Steuern von rund Fr. 140'000.– (ohne Berücksichtigung eines ausserordentlichen Erfolges von Fr. 35'000.–). Die Bilanz ist solide, bei einer Bilanzsumme von Fr. 630'000.– weist sie ein Aktienkapital von Fr. 300'000.– und ein Eigenkapital von insgesamt Fr. 407'000.– aus, neben Fremdkapital von Fr. 223'000.–. Unter den Aktiven befinden sich das vom Konkursamt erwähnte Bankkonto mit am Bilanzstichtag Fr. 65'000.– und Forderungen aus Leistungen von Fr. 540'000.–, für welche die Rechnungsstellung weniger als ein halbes Jahr zurück liegt. Die vom Konkursamt erwähnten Rückzüge ab dem Konto sollen sich auf rund Fr. 6'000.– und Fr. 16'000.– belaufen; das ist für die Frage der Liquidität angesichts des Geschäftsumfanges nicht ausserordentlich. Ob mit der Verfügung über das Konto ein vorsätzlicher Verstoss gegen die Pflichten des Schuldners verbunden war, kann für die Frage der Zahlungsfähigkeit offen bleiben. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist ohne Weiteres glaubhaft.

In der Regel wird für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit vom Betreibungsregisterauszug ausgegangen. Die Schuldnerin legte hier keinen vor. Das Konkursamt reichte von sich aus einen ein (was bedeutet, dass zu Lasten der Schuldnerin nicht darauf abgestellt werden könnte, ohne dass man ihr Gelegenheit zur Stellungnahme böte). Der Betreibungsregisterauszug zeigt eine Vielzahl von Beteiligungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 294'000.– (act. 15). Davon sind Fr. 34'000.– bereits als bezahlt ausgewiesen, dazu kommt die aktuelle Konkurs-

betreibung von rund Fr. 9'000.–. Eine weitere Forderung von Fr. 4'000.– (Nr. ..., C._____) ist bereits im Stadium der Konkursandrohung und muss damit sofort beglichen werden. Sämtliche anderen Betreibungen sind durch Rechtsvorschlag gehemmt oder noch im Stadium der Zustellung des Zahlungsbefehls. Für die Beurteilung der unmittelbar zu bedienenden Verpflichtungen sind sie nicht zu zählen. Das Bild stimmt mit der Darstellung der Schuldnerin überein, dass mangelhafte Administration zu Problemen führte – offenbar ist die neue Führung daran, Ordnung zu machen. Wenn auch richtigerweise einmal überall Rechtsvorschlag erhoben wird, dürfte doch Einiges innert mittlerer Frist zu zahlen sein. Insgesamt stehen Forderungen von rund Fr. 250'000.– zur Diskussion. Dafür ist in der Bilanz eine Rückstellung von immerhin Fr. 60'000.– ersichtlich, und das mehrfach erwähnte Konto weist – hinsichtlich der Liquidität wesentlich – auch nach den genannten Bezügen (vom 22. resp. 28. November 2011 laut Mitteilung des Konkursamtes) gemäss dem Beleg vom 1. Dezember 2011 (act. 10/5) einen Saldo von Fr. 65'000.– auf. Auch wenn das für alle in Betreibung gesetzten Forderungen nicht ausreichen dürfte, scheint es aus heutiger Sicht glaubhaft, dass weder die aktuelle Zahlungsfähigkeit (auf welche es ankommt), noch – angesichts der guten Ertragslage – die längerfristige Existenz des Betriebes gefährdet sind. Es bleibt daher beim positiven Ergebnis der Prüfung der Zahlungsfähigkeit.

Die Beschwerde ist gutzuheissen; damit wird die Frage nach sichernden Massnahmen obsolet.

5. Die Schuldnerin hat erst nach Konkurseröffnung die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses geschaffen, und es sind ihr daher alle Kosten aufzuerlegen.

Die Fr. 300.– Kosten des Konkursrichters sind der Gläubigerin vom Konkursamt zu überweisen – auf dem Weg, dass dieses den ganzen Vorschuss von Fr. 1'800.– zurückzahlt. Was dem Betreibungsamt zu viel bezahlt wurde, hat dieses Amt der Schuldnerin oder einer von der Schuldnerin zu bezeichnenden Stelle zurück zu zahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Hinwil vom 21. November 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 von Fr. 300.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Y. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'500.– (Fr. 2'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 9, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Hinwil und das Konkursamt Y. _____, sowie (mit besonderem Hinweis auf E. 4 vorstehend) an das Betreibungsamt X. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, 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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: