

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120022-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 28. Februar 2012

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 31. Januar 2012 (EK110341)

Erwägungen:

1. Am 31. Januar 2012 wurde in der Betreuung Nr. des Betreibungsamtes C._____ über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 49'662.30 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 4 = act. 5/5). Der Entscheid wurde der Bevollmächtigten der Schuldnerin am 1. Februar 2012 zugestellt (act. 5/6).

2. Mit Beschwerde vom 9. Februar 2012, gleichentags zur Post gegeben, beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses (act. 1). Am 13. Februar 2012 hinterlegte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 55'038.35 (act. 10); gleichentags wurde die Schuldnerin telefonisch darüber informiert, dass die Beschwerde mangelhaft sei bzw. bezüglich der Zahlungsfähigkeit der Ergänzung bedürfe, welche innerhalb der Beschwerdefrist erfolgen müsse (act. 11). Daraufhin wurde noch innert Beschwerdefrist veranlasst, dass dem Obergericht ein Auszug aus dem Betreibungsregister zugestellt wurde (act. 6 und act. 7; Poststempel des Versands: 13. Februar 2012). Mit Verfügung vom 14. Februar 2012 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

3. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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 Konkursandrohung 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 unbe-

schränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 18).

4. Die Schuldnerin hinterlegte bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 55'038.35 (act. 10).

Damit bezahlte die Schuldnerin den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.–, weshalb auf die Beschwerde *einzutreten* ist (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

Die Schuldnerin bezahlte überdies die Konkursforderung (inklusive Zinsen, bisherige Betreuungskosten und weitere Kosten) im Umfang von total Fr. 49'662.30 (vgl. act. 4 S. 2 und act. 12).

Der verbleibende Betrag von Fr. 4'626.05 reicht aus, um sowohl die vom Konkursrichter aus dem Vorschuss der Gläubigerin direkt bezogenen Kosten der Konkurseröffnung (Fr. 300.–) als auch die mutmasslichen Aufwendungen des Konkursamtes zu begleichen.

Damit ist ein *Konkursaufhebungsgrund* nachgewiesen.

5. 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.

Dass über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, ist ein Hinweis auf fehlende Zahlungsfähigkeit. Eine Konkurseröffnung bringt Umtriebe und Kosten, welche sich ein Schuldner, wenn immer möglich, spart. Die Schuldnerin macht im

Wesentlichen geltend, sie beschäftige inklusive des Inhabers fünf Personen. Die Auftragslage sei gut und die Löhne und Rechnungen der Lieferanten hätten bis anhin stets bezahlt werden können und könnten auch weiterhin bezahlt werden. Die in Betreuung gesetzte Forderung entstamme noch aus einer alten Restanz von der Firmenübernahme des jetzigen Inhabers D._____ im Jahre 2006. Es gebe aus dieser Zeit noch weitere Restanzen gegenüber E._____ und Steuern. Die Auszahlungsstände habe der heutige Firmeninhaber von seinen Vorgängern übernommen und bis anhin zu einem grossen Teil aus dem Cash-Flow des Unternehmens bezahlt. Bezüglich der Rückzahlungen sei mit dem Betreibungsamt C._____ ein Amortisationsplan vereinbart worden. Diese Amortisationen seien auch weiterhin möglich, falls die Konkursöffnung aufgehoben und die Gesellschaft weiterhin operativ tätig sein könne. Die Gründe für die Konkursöffnung vom 31. Januar 2012 seien mit einer administrativen Nachlässigkeit des Unterzeichnenden begründet. Entsprechende Massnahmen bezüglich Buchhaltung, Debitorenbewirtschaftung und Liquiditätsplanung seien inzwischen eingeleitet, sodass sich der Vorfall nicht wiederholen werde (act. 1 S. 2 f.).

Der Umstand, dass die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 55'038.35 hinterlegte, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Allerdings wird aus dem Auszug aus dem Betreibungsregister vom 13. Februar 2012 ersichtlich, dass im Jahr 2010 insgesamt 22 Betreibungen für Forderungen von Fr. 171'140.35 eingeleitet wurden, wovon vier Betreibungen im Umfang von Fr. 14'632.25 erloschen und neun Betreibungen im Umfang von Fr. 48'922.95 bezahlt wurden. Es erfolgten zudem sieben Konkursandrohungen für Forderungen von Fr. 27'365.05 und elf Pfändungsvollzüge für Forderungen von Fr. 52'336.55. Im Jahr 2011 wurden insgesamt 24 Betreibungen für Forderungen von Fr. 84'409.50 eingeleitet, wovon eine Betreibung von Fr. 3'602.60 bezahlt wurde. Es erfolgten zudem sieben Konkursandrohungen für Forderungen von Fr. 121'501.60 und zwanzig Pfändungsvollzüge für Forderungen von Fr. 60'193.75. Im Jahr 2012 wurden bereits wieder drei neue Betreibungen eingeleitet für eine Forderungssumme von Fr. 5'252.50 (act. 7). Damit entstehen Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Dass der Grund für die Konkursöffnung am 31. Januar 2012 bloss in einer administrativen Nachlässigkeit von

D._____ liegen soll (vgl. act. 1 S. 3), ist angesichts der Vielzahl an Betreibungen, Konkursandrohungen und Pfändungsvollzügen sowie deren Ausmasses mehr als fraglich.

Dennoch ist auch die Bemerkung des Betreibungsamtes C._____ auf dem Betreibungsregisterauszug zu berücksichtigen, wonach mit der A._____ AG in Liquidation Aufschubsraten in Höhe von Fr. 5'000.– pro Monat vereinbart und diese Aufschubsraten schon seit längerer Zeit pünktlich bezahlt worden seien (act. 7). Unklar ist, wann diese Vereinbarung geschlossen wurde. Weder die Beschwerde noch der Betreibungsregisterauszug enthalten Angaben dazu. Die Formulierung des Betreibungsamtes, es seien mit der A._____ AG in Liquidation Aufschubsraten vereinbart worden (vgl. act. 7), spricht wegen des Zusatzes "in Liquidation" dafür, dass dies erst nach der Konkurseröffnung durch die Vorinstanz am 31. Januar 2012 erfolgte. Dies würde dann aber den Hinweis, die Aufschubsraten seien "seit längerer Zeit" immer pünktlich bezahlt worden, unsinnig erscheinen lassen, zumal der Betreibungsregisterauszug vom 13. Februar 2012 datiert, d.h. nur knapp zwei Wochen nach der Konkurseröffnung. Weil nicht anzunehmen ist, dass das Betreibungsamt C._____ irgendein Interesse daran hat, die Schuldnerin zu schützen, wird davon ausgegangen, dass die Schuldnerin tatsächlich bereits seit längerer Zeit Aufschubsraten bezahlt. Dies wiederum spricht für eine genügende Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

Die Gefahr bei der Bezahlung von Aufschubsraten kann darin bestehen, dass die Liquidität für die Begleichung neuer Schulden fehlt, was zu einem ständigen "Hinterherhinken" bei der Schuldenbegleichung führt: Alte Schulden werden zwar abbezahlt, dafür werden aber neue angehäuft. Dass im Jahr 2012 bereits wieder drei neue Betreibungen gegen die Schuldnerin eingeleitet wurden mit einer Forderungssumme von Fr. 5'252.50, deutet auf eine solche Gefahr hin. Es lässt sich also nicht leicht beurteilen, ob die Zahlungsfähigkeit oder die Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist. Die beiden Wahrscheinlichkeiten halten sich in etwa die Waage. Ausschlaggebend ist nun aber, dass keine offenen Verlustscheine vorhanden (vgl. act. 7) sind und ein erster Schritt zur Begleichung der alten Schulden mit der Leistung der Aufschubsraten und der Begleichung der Konkurs-

forderung, welche doch fast Fr. 50'000.– betragen hat, getan ist. Es ergibt sich daher ein positives Ergebnis der Prüfung der Zahlungsfähigkeit.

6. Die Beschwerde ist gutzuheissen.

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

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen, der Schuldnerin aufzuerlegen und von dem von ihr geleisteten Barvorschuss zu beziehen. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 300.– ist der Schuldnerin aufzuerlegen und von der von ihr geleisteten Hinterlegung bei der Obergerichtskasse zu beziehen.

Die Gerichtskasse ist anzuweisen, der Gläubigerin den Betrag von Fr. 49'662.30 für die Konkursforderung sowie den für das Konkursverfahren geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– (darin enthalten ist auch die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.–) zu überweisen.

Die Gerichtskasse ist ausserdem anzuweisen, der Schuldnerin den Restbetrag der hinterlegten Fr. 55'038.35, nämlich Fr. 2'526.05, zu überweisen.

Das Konkursamt F. _____ ist anzuweisen, der Schuldnerin vom ihm überwiesenen Restbetrag des Vorschusses (Fr. 1'500.–, vgl. Dispositiv-Ziff. 3 des vorinstanzlichen Entscheids) einen nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 31. Januar 2012, 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. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Gläubigerin den Gesamtbetrag von Fr. 51'462.30 (Fr. 49'662.30 für die Konkursforderung und Fr. 1'800.– für den geleisteten Kostenvorschuss) zu überweisen.
4. Die Gerichtskasse wird angewiesen, der Schuldnerin den Restbetrag der von ihr geleisteten Hinterlegung, das heisst Fr. 2'526.05, zurückzuzahlen.
5. Das Konkursamt F. _____ wird angewiesen, der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur und (mit besonderem Hinweis auf Erwägung 7, Absatz 5 vorstehend) an das Konkursamt F. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C. _____, je gegen Empfangsschein.
7. 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: