

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120030-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 8. März 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. Februar 2012 (EK110351)

Erwägungen:

1. Am 3. Februar 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 2). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Als Beilage reichte sie unter anderem eine Quittung des Konkursamtes C._____ vom 8. Februar 2012 über den Erhalt von Fr. 800.– zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und der Spruchgebühr des Bezirksgerichts Winterthur ins Recht (act. 4/4). Bei der Obergerichtskasse gingen am 16. Februar 2012 der Barvorschuss von Fr. 750.– sowie der Betrag von Fr. 750.– für die Konkursforderung ein (act. 4/3).

Mit Verfügung der Kammer vom 20. Februar 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

2. In der Beschwerdeschrift vom 17. Februar 2012 ersucht die Schuldnerin unter Hinweis auf die gängige Praxis um (Nach-)Fristansetzung zur zusätzlichen Einreichung von Unterlagen zwecks weiterer Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit (act. 1 S. 11).

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren 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, *Hinterlegung* 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 Ziff. 6 ZPO). Sie 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 OGer ZH PS110061 vom 11. Juli 2011). Der Antrag der Schuldnerin um Fristansetzung ist deshalb von vornherein abzuweisen.

3.1 Durch die Einreichung der erwähnten Zahlungsbelege (act. 4/3 und act. 4/4) wies die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung ausreichend nach (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Konkursforderung beträgt einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten Fr. 731.50 (act. 2/2). Die Schuldnerin hinterlegte dafür bei der Obergerichtskasse Fr. 750.–. Weiter stellte sie durch einen Barvorschuss die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 750.– sicher (act. 4/3).

3.2 Wie bereits erwähnt, hat der Schuldner neben dem Konkurshinderungsgrund auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, womit 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 Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Betreibungsamtes C._____ vom 13. Februar 2012 wurden im Zeitraum vom 23. Oktober 2009 bis 26. Januar 2012 gegen die Schuldnerin 48 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 48'038.35 angehoben (act. 4/12). Davon sind 6 Betreibungen im Totalbetrag von Fr. 4'480.05 als erloschen und weitere 8 Betreibungen im Betrag von insgesamt Fr. 7'306.45 als durch Zahlung an das Betreibungsamt als erledigt vermerkt (act. 4/12). Wie bereits dargelegt, wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung von Fr. 731.50 in der Betreibung Nr. ... hinterlegt. Ferner legt die Schuldnerin un-

ter Verweis auf die Quittungen glaubhaft dar, dass die Forderung in der Betreuung-Nr. ... im Betrag von Fr. 1'805.70 vollumfänglich beglichen worden ist (act. 1 S. 9; act. 4/16). Damit sind gegenwärtig noch 32 Betreibungen offen (total Fr. 33'871.15). Davon sind 8 Betreibungen (total Fr. 11'896.50) im Stadium der Zustellung des Zahlungsbefehls und 10 Betreibungen (total Fr. 11'674.95) sind durch Rechtsvorschlag gehemmt. Für die Beurteilung der unmittelbar zu bedienenden Verpflichtungen sind diese Forderungen von total Fr. 25'377.15 vorderhand nicht zu berücksichtigen. Damit verbleiben zunächst 14 offene Betreibungen im Betrag von insgesamt Fr. 10'299.70 (4 mit Vermerk "Konkursandrohung"; 10 mit Vermerk "Fortsetzungsbegehren").

3.3.1 Zu den Betreibungen mit Konkursandrohung macht die Schuldnerin Folgendes geltend: In der Betreuung-Nr. ... habe die Gläubigerin D. _____ AG telefonisch bestätigt (Verweis auf act. 4/13), dass die Prämienzahlung im Betrag von Fr. 420.– erfolgt sei. Nach Zahlung des Restbetrages von Fr. 180.– an das Betreibungsamt werde der Eintrag gelöscht. Eine schriftliche Erklärung der Gläubigerin könne nachgereicht werden (act. 1 S. 7). Wie bereits erwähnt, können nach Ablauf der Beschwerdefrist keine Urkunden mehr nachgereicht werden. Aus der nicht unterzeichneten handschriftlichen Telefonnotiz geht lediglich hervor, dass zwei Telefonate stattgefunden haben und ein Restbetrag direkt an das Betreibungsamt zu leisten sei. Die Tilgung der Forderung von Fr. 420.– bzw. Fr. 600.10 vermag diese Telefonnotiz (act. 4/13) nicht glaubhaft zu belegen. Es liegen auch keine entsprechende Zahlungsbelege vor. Somit ist die Forderung von Fr. 600.10 nach wie vor offen.

Die Forderung von Fr. 765.10 in der Betreuung-Nr. ... sei mit Überweisung vom 22. März 2011 an die Gläubigerin E. _____ AG ... direkt beglichen und Fr. 200.– an das Betreibungsamt einbezahlt worden (act. 4/14). Die Regelung mit der F. _____ AG sei noch offen. Sobald deren berechnete Forderung bis Ende Februar 2012 bezahlt worden sei, sei sie bereit, den Eintrag zu löschen (act. 1 S. 8). Die Tilgung der Forderung von Fr. 765.10 und die Zahlung an das Betreibungsamt im Betrag von Fr. 200.– sind glaubhaft belegt (act. 4/14). Die Restforderung der F. _____ AG von Fr. 129.10 ist noch offen.

Zur Betreuung-Nr. ... gibt die Schuldnerin an, die Gläubigerin E._____ AG / F._____ AG sei bereit, das Konkursbegehren zurückzuziehen. Abzahlungsverhandlungen seien im Gange. Eine entsprechende Erklärung der Gläubigerin könne nachgereicht werden (act. 1 S. 8). Über Abzahlungsbemühungen für die Forderung im Betrag von Fr. 2'266.50 liegen keine Belege vor. Diese sind somit nicht belegt.

Zur Betreuung-Nr. ... über den Betrag von Fr. 1398.35 gibt die Schuldnerin an, die Gläubigerin G._____ AG ... sei bereit, das Konkursbegehren zurückzuziehen. Eine schriftliche Erklärung der Gläubigerin könne nachgereicht werden. Ursprünglich sei eine Abzahlungsvereinbarung vorgesehen gewesen, welcher die Schuldnerin aus den vorgenannten Gründen im Dezember 2011 nicht habe nachkommen können. Eine erste Abzahlungsrate von Fr. 200.– sei am 7. November 2011 überwiesen worden (act. 1 S. 8). Zwar ist die erste Abzahlungsrate vom 7. November 2011 über Fr. 200.– glaubhaft belegt (act. 4/15), allerdings sind immer noch Fr. 1'198.35 offen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass von den Betreibungen mit Konkursandrohung nach wie vor insgesamt Fr. 4'194.05 offen sind.

3.3.2 Die 10 Betreibungen (total Fr. 4'940.55) mit dem Vermerk "Fortsetzungsbegehren" betreffen 6 Forderungen der H._____ (total Fr. 3'552.30) sowie je eine Forderung des K._____, des Friedensrichteramts I._____, der Stadtwerke der Stadt J._____ sowie des Finanzamts der Stadt J._____ (total Fr. 1'388.25).

Zur Forderung von Fr. 1'040.15 in der Betreuung-Nr. ... (Gläubigerin H._____) gibt die Schuldnerin an, sie habe dem Betreibungsamt Teilzahlungen geleistet (act. 1 S. 8). Aus den Abrechnungen des Betreibungsamtes C._____ ergibt sich, dass ein (provisorischer) Restbetrag von Fr. 377.95 verbleibt (act. 4/17). Zu den übrigen Betreibungen mit dem Vermerk "Fortsetzungsbegehren" macht die Schuldnerin keine Ausführungen. Somit verbleiben offene Betreibungen mit dem Vermerk "FB" von insgesamt Fr. 4'278.35.

Die Beteiligungen mit dem Vermerk "KA" und "FB" im Betrag von insgesamt Fr. 8'472.40 stellen unmittelbare Verpflichtungen dar. Das bedeutet, der Schuldnerin müssen für deren Tilgung kurzfristige Mittel zur Verfügung stehen.

3.3.3 Zu den unmittelbaren Verpflichtungen kommen zahlreiche Beteiligungen mit dem Vermerk "Zahlungsbefehl" und "Rechtsvorschlag" hinzu. Die Schuldnerin macht zu den Beteiligungs-Nrn. ... (RV), ... (RV) und ... (ZB) geltend, die Forderungen von total Fr. 9'910.– seien bestritten und es handle sich um eine Versicherungsangelegenheit. Zudem habe die Gläubigerin die Beteiligungen bis anhin nicht weiterverfolgt (act. 1 S. 9). Unter Berücksichtigung der Beteiligungen in der Versicherungsangelegenheit verbleiben offene Beträge von Fr. 13'661.45. Diese stellen zwar keine unmittelbare Forderungen dar, aber in der Gesamtbetrachtung sind sie dennoch zu berücksichtigen. Insgesamt belaufen sich die offenen Beteiligungen auf Fr. 22'133.85.

3.4.1 Es liegen eine Kreditorenliste mit sämtlichen Kreditoren per 31. Dezember 2011 (act. 4/21) sowie eine zusätzliche Liste mit allen bis und mit 26. Januar 2012 in Beteiligung gesetzten Kreditoren vor (act. 4/20). Ein Teil der Kreditoren auf den Listen decken sich. Die in Beteiligung gesetzten Kreditoren belaufen sich nach Abzug der Versicherungsangelegenheit auf Fr. 19'828.60 (act. 4/20). Die Kreditorenliste per 31. Dezember 2011 weist einen Betrag von Fr. 21'317.– aus. Dazu gibt die Schuldnerin an, die Liste sei einerseits noch mit den seit 1. Januar 2012 entstandenen Kreditoren zu ergänzen, andererseits habe sie einen Teil der nicht betriebenen Forderungen im Januar bzw. anfangs Februar 2012 beglichen (act. 1 S. 10). Zu den Kreditorenlisten ist festzuhalten, dass diese mangels Genauigkeit für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht zu berücksichtigen sind. Es ist auf den Auszug des Beteiligungsregisters abzustellen.

3.4.2 Die Schuldnerin macht geltend, ihre Debitorenlage sei gut. Per 31. Dezember 2011 weise sie Debitoren von Fr. 84'126.95 aus und für den Zeitraum vom 1. Januar bis 7. Februar 2012 seien neue Debitoren im Betrag von Fr. 9'612.– dazu gekommen. An Zahlungen seien bis zum 3. Februar 2012 Fr. 27'620.85 eingegangen. Das Bankguthaben betrage per 16. Februar 2012 Fr. 2'274. Inklusiv einer belegten Einzahlung von Fr. 24'558.15 würden sich die

kurzfristig abrufbaren Guthaben/Vermögenswerte au Fr. 26'832.15 belaufen und damit die in Betreuung gesetzten zur Zahlung effektiv fälligen Kreditoren um Einiges übersteigen. Zudem seien alle laufenden Verbindlichkeiten wie Löhne und Miete bis Ende Februar 2012 bezahlt (act. 1 S. 3).

Die Höhe der behaupteten Debitoren für das Jahr 2011 ist eingehender zu überprüfen. Der Betrag von Fr. 84'126.95 beinhaltet die Restforderungen gegenüber der Gläubigerin "L. _____" von Fr. 50'058.15 (act. 4/10). Wie die Schuldnerin selber ausführt, gingen davon im Januar und Februar 2012 Fr. 49'058.15 ein (act. 8 S. 5; act. 4/8 u. 9). Die Debitoren 2011 sind somit auf Fr. 35'068.80 zu reduzieren. Richtig ist, dass das Bankguthaben insgesamt Fr. 26'832.61 (Fr. 2'274.46 + Fr. 24'558.15) beträgt. Allerdings sind die Debitoren durch inzwischen eingegangene Zahlungen (siehe Kontoauszug vom 16. Februar 2012 [act. 4/8] verglichen mit den Debitorenlisten [act. 4/10 u. 11]), obwohl die Eingänge nicht eindeutig den Gläubigern zugewiesen werden können, um rund Fr. 1'000.– zu reduzieren. Zudem betragen die Debitoren offen 2012 netto nicht Fr. 9'612.04 sondern Fr. 8'199.39. Insgesamt belaufen sich die offenen Debitoren bis 7. Februar 2012 somit auf Fr. 42'268.19 (Fr. 35'068.80 + Fr. 8'199.39 - Fr. 1'000.–).

3.5 Gemäss provisorischem Jahresabschluss per Ende 2011 resultierte im Gegensatz zum Vorjahr ein Gewinn von Fr. 42'157.11. Die Schuldnerin gab dazu an, die Geschäftslage sei gut. Die Jahresrechnung 2011 sei jedoch insofern provisorisch als ihrem Buchhalter zur Zeit der Erstellung der Buchhaltung noch nicht alle Kreditoren, insbesondere nicht sämtliche auf dem Betreibungsregisterauszug festgehaltenen, zur Verfügung standen und somit noch nicht komplett erfasst worden seien. Selbst bei Berücksichtigung der noch ausstehenden weiteren (betrieblenen) Kreditoren werde aber noch ein Gewinn resultieren (act. 1 S. 5).

3.6 Die Schuldnerin macht selber geltend, sie habe dank dem Grossauftrag des "L. _____" die bereits anfangs 2011 bestehenden Probleme beheben können. Zwar gab es mit der Vergütung des Auftrags offensichtlich Verzögerungen, mittlerweile wurden jedoch beinahe die gesamten rund Fr. 104'000.– beglichen. Trotz dieses Grossauftrages konnte die Schuldnerin ihre finanzielle Situation nicht wesentlich verbessern. Mit den Bankguthaben (Fr. 26'832.61) kann sie sämtliche of-

fenen Betreibungen (Fr. 21'593.75) decken, danach sind aber praktisch keine liquiden Mittel mehr vorhanden. Die Höhe der offenen Debitoren spricht zwar für regelmässige Zahlungseingänge, allerdings handelt es sich vorwiegend um kleinere Beträge und die Schuldnerin ist dadurch darauf angewiesen, dass die Debitoren innert nützlicher Frist beglichen werden. Ansonsten wird sie ihre anfangs März 2012 fälligen laufenden Verbindlichkeiten wie Löhne und Miete (rund Fr. 7'000.– [vgl. act. 4/22a-e]) und die weiteren Kreditoren nicht bezahlen können. Gesamthaft betrachtet, lassen die Anzahl Betreibungen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Zudem erscheint die Liquidität zweifelhaft, da die Schuldnerin mehrfach nicht in der Lage war, selbst moderate Schulden zu begleichen, auch nicht unter dem Druck des Betreibungsverfahrens. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin dank dem Grossauftrag die Forderungen in den offenen Betreibungen begleichen kann und somit wieder etwas "Luft" erhält. Positiv zu werten ist ferner, dass die Schuldnerin stetig – wenn auch in tiefen Beträgen – Aufträge generiert und damit die laufenden, praktisch ausnahmslos kleineren Schuldbeträge decken kann. Vor diesem Hintergrund erscheint es glaubhaft, dass sie ihre Zahlungen nicht aus Mangel an flüssigen Geldmitteln *völlig* eingestellt und dadurch ihre *eindeutige Zahlungsunfähigkeit* bekundet hat. Damit erweist sich die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, was zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses führt.

4. Obwohl die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Spruchgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil diese das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. Februar 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 wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 800.– 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 allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Gläubigerin von dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss den Betrag von Fr. 731.50 auszuzahlen. Der verbleibende Restbetrag ist der Schuldnerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Winterthur und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: