

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120040-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 22. März 2012

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 21. Februar 2012 (EK120019)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 21. Februar 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf für eine Forderung von Fr. 298.10 nebst 5% Zins seit 21. März 2011 zuzüglich Fr. 200.-- Rechtsöffnungs- und Fr. 66.-- Betriebskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 10). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragt diese die Aufhebung des Konkursdekretes und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Weiter hinterlegte sie Fr. 579.-- bei der Obergerichtskasse und stellte die zweitinstanzliche Spruchgebühr in Höhe von Fr. 750.-- sicher (act. 6 und 9). Schliesslich reichte sie verschiedene Unterlagen zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 3/3-29).

2. 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde 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. durch 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 sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3.a) Damit der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung im Sinn von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vorliegt, muss der gesamte Betrag, d.h. die Schuld inklusive Zinsen und Kosten hinterlegt sein. Zu den Kosten gehören nebst sämtlichen Betriebskosten auch die Kosten des angefochtenen Konkursentscheides sowie die mutmasslichen Kosten des Konkursamtes (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N 10). Mit ihrer Beschwerde hinterlegte die Schuldnerin am 5. März 2012 lediglich die Konkursforderung einschliesslich der Betriebs- und

Rechtsöffnungskosten. Die Kosten des Konkursdekretes und jene des Konkursamtes stellte sie hingegen erst tags darauf am 6. März 2012 sicher (act. 13).

b) Das Konkurserkennnis wurde der Schuldnerin am 22. Februar 2012 zugestellt (act. 11/7). Die 10-tägige Beschwerdefrist lief damit unter Berücksichtigung der gesetzlichen Fristverlängerung bei Fristende an einem Samstag am 5. März 2012 ab (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Bis zu diesem Tag musste somit die gesamte Forderung samt Zinsen und sämtlicher Kosten bezahlt und die Zahlungsfähigkeit nachgewiesen sein. Die Vorinstanz wies in ihrer Rechtsmittelbelehrung explizit auf dieses Erfordernis hin (act. 10). Erst am 6. März 2012 und damit verspätet wurden die Kosten des Konkursentscheides sowie des Konkursamtes sichergestellt (act. 13). Die entsprechende Mitteilung kann indes als sinngemäßes Gesuch um Wiederherstellung der Frist verstanden werden.

c) Gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG kann jemand, der durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, die zuständige Behörde um Wiederherstellung der abgelaufenen Frist ersuchen. Anlässlich der rechtzeitigen Überbringung ihrer Beschwerde am 5. März 2012 wollte die Schuldnerin bei der Beschwerdeinstanz Fr. 600.-- für die konkursamtlichen Kosten bezahlen. Weil einzig das zuständige Konkursamt über die Höhe seiner Kosten abschliessend Auskunft geben kann, wurde die Schuldnerin an dieses verwiesen. Dabei wurde sie nicht (erneut) ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die Sicherstellung auch dieser Kosten innert der Beschwerdefrist erfolgen muss (act. 12). Einen Tag nach Fristablauf lieferte die Schuldnerin den erforderlichen Betrag beim Konkursamt ab (act. 13). Da somit die Konkursforderung vollständig hinterlegt und die Gläubigerin in ihren Rechten nicht (mehr) tangiert ist sowie unter Berücksichtigung der nicht ganz präzisen Anweisung der Kammer rechtfertigt es sich, die Frist wiederherzustellen und die Hinterlegung als rechtzeitig zu betrachten; dies umso mehr, als die Frage, wann ein Versäumnis unverschuldet ist, einen grossen Ermessensspielraum lässt.

4. Überdies hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden kön-

nen. 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. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich 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.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes Z._____ (act. 3/3) wurden vom 1. Januar 2010 bis 22. Februar 2012 24 Beteiligungen eingeleitet, wovon eine durch Zahlung erledigt ist. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in fünf Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen hinterlegt. Damit sind gegenwärtig noch 22 Beteiligungen von total Fr. 13'317.60 offen. Die Schuldnerin selbst geht in ihrer Beschwerdeschrift von Beteiligungen in Höhe von Fr. 14'155.70 aus (act. 1 S. 4), wobei hier die bezahlten bzw. hinterlegten Forderungen noch nicht in Abzug gebracht worden sind. Die Beteiligungen Nr. ..., ..., ... und ... von insgesamt Fr. 3'566.30 sind durch Rechtsvorschlag gehemmt. Da seither offenbar keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden und die Forderungen somit nicht kurzfristig zu begleichen sind, rechtfertigt es sich, diese unberücksichtigt zu lassen. Somit verbleiben gegenwärtig offene in Beteiligung gesetzte Forderungen von Fr. 9'751.30.--.

b) Die Schuldnerin reichte weder eine Kreditoren-/Debitorenliste noch einen Jahresabschluss noch aktuelle Kontoauszüge ein, was die Liquiditätsprüfung

erheblich erschwert. Zum Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit legte sie einzig 25 Gutscheine des Coupons-Anbieters C. _____ mit einem Gesamtwert von Fr. 15'380.-- ins Recht (act. 3/4-28). Es ist indes notorisch, dass der Schuldnerin nicht dieser Betrag zufließt, sondern dass vielmehr beträchtliche Abschläge erfolgen. Die Käufer können ihre Gutscheine bei der Schuldnerin gegen deren Dienstleistung eintauschen. Die Bezahlung geht an die C. _____, die ihrerseits einen Vertrag mit der Schuldnerin hat. Meist bezahlen die Käufer einen Preis, der weit unter dem tatsächlichen Wert des Angebotes liegt. Von diesen Einnahmen behält die C. _____ ihren vertraglichen Anteil als Entgelt für ihre Vermittlungstätigkeit, den Rest überweist sie der Schuldnerin. Vorliegend ist weder ersichtlich, wie viel die Käufer für die Gutscheine bezahlt haben, noch in welchem Verhältnis der Erlös zwischen der Schuldnerin und der C. _____ aufgeteilt wird. Zudem fehlen jegliche Angaben zu den der Schuldnerin zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen erwachsenden Kosten. Damit bleibt aber völlig offen, welcher Betrag der Schuldnerin aus den Gutscheinen effektiv zukommt; es ist jedenfalls deutlich weniger als der Gesamtwert von Fr. 15'380.--. Nimmt man zu ihren Gunsten an, die Käufer hätten durchschnittliche zwei Drittel des Nominalwertes bezahlt - in der Regel dürfte es die Hälfte oder weniger sein -, wovon die C. _____ wiederum zwei Drittel an die Schuldnerin weiterleiten würde, kann diese mit Zahlungseingängen von rund Fr. 6'800.-- rechnen. Selbst wenn man von keinen zusätzlichen Ausständen ausginge - auch dies blieb unbelegt -, vermochte die Schuldnerin demnach nicht glaubhaft darzutun, dass sie ihre offenen kurzfristigen Verbindlichkeiten decken kann, zumal keinerlei Anhaltspunkte für weitere Debitoren oder flüssige Mittel vorliegen. Ebenso schweigt sich die Schuldnerin über ihre Auftragslage sowie ihre Auslastung aus. Die Gutscheine allein lassen jedenfalls nicht auf einen guten Geschäftsgang schliessen, da sie über einen Zeitraum von immerhin einem halben Jahr eingelöst werden können. Demnach scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen sowie die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen sofort zu befriedigen, aufgrund der dargelegten Verhältnisse als nicht gegeben. Daran ändert auch das Schreiben eines D. _____ nichts, worin dieser bestätigt, die Schuldnerin sei kerngesund und könne ihre Rechnungen und Betreibungen aus eigenen Mittel zahlen, da es sich hierbei um

reine Behauptungen handelt (act. 4). Unbehelflich ist ferner der Hinweis, E. _____ habe die Stammanteile des seit längerem erkrankten Geschäftsführers X. _____ übernommen und er selbst werde an dessen Stelle die Tagesgeschäfte führen (act. 4 und 5/1-3). Ob bzw. wie sich diese Übertragung auf die finanzielle Situation der Schuldnerin auswirkt, bleibt mangels sachdienlicher Unterlagen wiederum offen. Im Übrigen ist diese Änderung im Handelsregister noch nicht publiziert (act. 7). Zusammenfassend kann nicht davon ausgegangen werden, die Schuldnerin befinde sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass. Sie vermochte mithin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

6. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 21. Februar 2012, womit über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, wird bestätigt.
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. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 579.-- dem Konkursamt G. _____ zuhanden der Konkursmasse der Schuldnerin zu überweisen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 1 und 4, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf und das Konkursamt G._____, ferner durch besondere Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Z._____, 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. S. Bohli Roth

versandt am: