

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120100-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Urteil vom 3. Juli 2012

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt lic. iur. X2._____

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Y._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Mai 2012 (EK120635)

Erwägungen:

I.

Am 24. Mai 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Zürich für eine Forderung von Fr. 3'982.20 (Forderung inklusive Zins, Verzugsschaden und Bearbeitungskosten abzüglich Teilzahlung vom 1. Februar 2012) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 3 = act. 6/8 = act. 7).

Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte sie daraufhin mit Eingabe vom 4. Juni 2012 dessen Aufhebung. In prozessualer Hinsicht verlangte sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, die Ansetzung einer angemessenen Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerde, eventualiter die Sistierung des Beschwerdeverfahrens sowie den Verzicht auf Einholung einer Beschwerdeantwort (act. 2; vgl. auch act. 6/10). Mit Verfügung vom 6. Juni 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Der Antrag auf Fristansetzung wurde unter Hinweis auf die im Zeitpunkt des Rechtsmitteleingangs bereits abgelaufene Beschwerdefrist und die Praxis des Obergerichts abgewiesen. Ebenso wurde der Eventualantrag auf Sistierung abgewiesen und auf die dem Gericht obliegende Prozessleitung hingewiesen (act. 9). Mit Eingaben vom 5., 12., 13., 18., 28. und 29. Juni 2012 wurden weitere Unterlagen nachgereicht (act. 12 bis act. 15 und act. 18 bis act. 20M; act. 22 bis act. 25). Am 11. Juni 2012 wurde der Kostenvorschuss in der verlangten Höhe einbezahlt (act. 16 und act. 17).

II.

Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 16 und act. 17; vgl. auch act. 10/1). Auf das Rechtsmittel ist daher einzutreten.

III.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Neue Tatsachen können im Beschwerdeverfahren einerseits geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Über konkurshindernde Tatsachen sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zudem selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid erfolgt sind. Da die Beschwerde innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen ist, muss der Schuldner allerdings *innert Rechtsmittelfrist* sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe durch Urkunden belegen als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Es besteht keine Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen oder der Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt (ZR 110/2011 Nr. 5 unter Hinweis auf BGE 136 III 294).

2. Die Schuldnerin bestätigte den Empfang der Konkursöffnung vom 24. am 25. Mai 2012 unterschriftlich (act. 6/10). Die Beschwerdefrist lief demnach am 4. Juni 2012 ab. Die Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt ist nach dem Gesagten ausgeschlossen, weshalb die nach Ablauf der Beschwerdefrist zur Post gebrachten weiteren Dokumente zur Liquidität (act. 12 mit act. 13/1-8, act. 14 mit act. 15, act. 18 mit act. 19/1+2, act. 20 mit act. 21/1+2, act. 22 mit act. 23/1+2 und act. 24 mit act. 25/1+2) nicht berücksichtigt werden können. Die Schuldnerin wurde bereits im Urteil betreffend Konkursöffnung - und damit vor Beginn der Beschwerdefrist - durch die Vorinstanz auf die notwendige Einreichung der Unterlagen bis zum Fristablauf hingewiesen (act. 3 S. 2 = act. 6/8 S. 2 = act. 7 S. 2). Zwar können Fristen nach Art. 33 Abs. 4 SchKG grundsätzlich wiederhergestellt werden, allerdings muss das Gericht diesbezüglich nicht von Amtes wegen tätig werden, sondern nur auf Antrag einer Prozesspartei (BSK SchKG I-NORDMANN, Art. 33 N 14 ff.). Die anwaltlich vertretene Schuldnerin hat bis heute keinen solchen Antrag gestellt (BSK SchKG I-

NORDMANN, Art. 33 N 10 ff.). Für die fehlende rechtzeitige Einreichung der Unterlagen wurden auch keine Umstände im Sinne objektiver oder unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit, höherer Gewalt oder entschuldigbarer Fristversäumnis dargelegt (BSK SchKG I-NORDMANN, Art. 33 N 10 ff. mit den Rechtsprechungsbeispielen Unfall, schwere plötzliche Erkrankung, Militärdienst, Übermittlungsfehler und falsche Rechtsauskunft der zuständigen Behörde mit nicht leicht feststellbarer Unrichtigkeit für den Empfänger). Kurze Beschwerdefristen, Feiertage oder Arbeitsüberlastung sowie persönliche bzw. familiäre Probleme der Geschäftsführerin (act. 2 S. 3) genügen für sich allein jedenfalls nicht ohne weiteres. Die mit den Eingaben vom 5., 12., 13., 18., 28. und 29. Juni 2012 (act. 12, act. 14, act. 18, act. 20, act. 22 und act. 24) zu den Akten gereichten Dokumente (act. 13/1-8, act. 15, act. 19/1+2, act. 21/1+2, act. 23/1+2 und act. 25/1+2) können daher im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden.

3. Durch Einreichung von Schreiben der Gläubigervertreterin vom 22. Mai 2012 (act. 5/5) und 1. Juni 2012 (act. 5/7 = act. 8) sowie eines Empfangsscheins vom 29. Mai 2012 (act. 5/6) wies die Schuldnerin die Begleichung der Konkursforderung inklusive der vorinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 400.00 ausreichend nach. Zudem bestätigte das Konkursamt C. _____ mit Schreiben vom 29. Mai 2012 die Leistung eines Barvorschusses von Fr. 500.00, wodurch die entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamts sichergestellt seien (act. 5/8). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung hinreichend belegt (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Daneben stellte die Schuldnerin mittels Barvorschuss auch die zweitinstanzliche Spruchgebühr sicher (act. 16 und act. 17).

4. a) Ausgangspunkt für die Einschätzung des Zahlungsverhaltens und die finanzielle Lage eines Schuldners ist das Betreibungsregister. Im eingereichten Auszug des Betreibungsamts D. _____ vom 1. Juni 2012 sind für den Zeitraum 1. Januar 2010 bis 1. Juni 2012 44 gegen die Schuldnerin angehobene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 50'857.20 vermerkt (act. 5/9). Dies ergibt für die ausgewiesenen rund zweieinhalb Jahre durchschnittlich fast eineinhalb Betreibungen monatlich. Darunter finden sich neben der aktuellen Betreibung neun Konkursandrohungen im Gesamtbetrag von Fr. 20'090.15 (Betreibung Nr. 1 über

Fr. 1'071.55 der E._____ AG; Betreuung Nr. 2 über Fr. 1'369.10 der F._____ gmbh; Betreuung Nr. 3 über Fr. 1'230.20 der G._____ AG; Betreibungen Nr. 4 über Fr. 11'637.30 und Nr. 5 über Fr. 2'887.15 der Stiftung H._____; Betreuung Nr. 6 über Fr. 549.00 der I._____ GmbH; Betreuung Nr. 7 über Fr. 413.20 der J._____ AG; Betreuung Nr. 8 über Fr. 496.35 der K._____ AG; Betreuung Nr. 9 über Fr. 436.30 der L._____ GmbH). In den letzten zweieinhalb Jahren erfolgte demnach betreffend die Schuldnerin etwa alle drei Monate eine Konkursandrohung. Eines der zur Konkursandrohung führenden Verfahren wurde gar nach der aktuellen Konkursbetreuung angehoben (Betreibung Nr. 5 über Fr. 2'887.15 der Stiftung H._____). Zudem erhellt daraus, dass die Schuldnerin selbst unter erheblichem Zwangsvollstreckungsdruck nicht in der Lage war, teilweise selbst Beträge von unter Fr. 500.00 zu begleichen. Daneben weist der Betreibungsregisterauszug drei Verfahren mit gestellten Fortsetzungsbegehren im Gesamtbetrag von Fr. 3'027.35 aus (Betreibungen Nr. 10 über Fr. 857.45 und Nr. 11 über Fr. 872.90 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich; Betreuung Nr. 12 über Fr. 1'297.00 des kantonalen Steueramts Zürich). Diese Umstände lassen mindestens auf deutliche Zahlungsschwierigkeiten wenn nicht gar eine desolatte finanzielle Gesamtsituation der Schuldnerin schliessen.

Allerdings sind von den 44 Betreibungen 24 im Betrag von insgesamt Fr. 14'591.70 (d.h. fast ein Drittel des betriebenen Betrags) als durch Zahlung erledigt markiert (Betreibungen Nr. ... über Fr. 555.30, Nr. ... über Fr. 468.90, Nr. ..., Nr. ..., Nr. ..., Nr. ..., Nr. ..., Nr. ... und Nr. ... über Fr. 332.85, Nr. ... über Fr. 296.65 und Nr. ... über Fr. 836.20 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich; Betreibungen Nr. ... über Fr. 105.60 und Nr. ... über Fr. 647.00 der M._____ AG; Betreibungen Nr. ... über Fr. 1'270.90, Nr. ... über Fr. 2'116.00 und Nr. ... über Fr. 3'065.90 des Steueramts der Stadt Zürich; Betreuung Nr. ... über Fr. 280.00 des Grundbuch- und Konkursamts N._____; Betreuung Nr. ... über Fr. 514.35 und Nr. ... über Fr. 862.10 des Kantonalen Steueramts Zürich; Betreibungen Nr. ... und Nr. ... über Fr. 80.00, Nr. ... über Fr. 200.00 des Strassenverkehrsamts des Kantons Zürich; Betreuung Nr. ... über Fr. 550.00 des Handelsregisteramts des Kantons Zürich). Daneben wies die Schuldnerin im Rechtsmittelverfahren die vollständige Begleichung der Konkursforderung von ur-

sprünglich Fr. 7'330.00 nach (Betreibung Nr. ... der O._____ AG durch act. 5/5-7 und act. 8). Auch in vier weiteren Fällen machte die Schuldnerin im Rechtsmittelverfahren Zahlungen glaubhaft: Der in Betreuung Nr. 2 geforderte Betrag von Fr. 1'369.10 der F._____ GmbH kann als beglichen betrachtet werden (act. 5/10), wenn auch erst nach Zustellung der Konkursandrohung. In der Betreuung Nr. 13 über Fr. 527.55 der P._____ AG wurde eine Zahlung von Fr. 366.40 glaubhaft gemacht (act. 5/11); es verbleibt ein Betrag von Fr. 161.15 (vgl. auch act. 2 S. 6). Auch wenn es sich bei BVG-Beiträgen um wiederkehrende Abgaben handelt, und die Betreffnisse aus den Belegen in act. 5/12 nicht ersichtlich sind, kann im Rahmen der Glaubhaftmachung dennoch vom Nachweis der Begleichung des in Betreuung Nr. 4 geforderten Betrages von Fr. 11'637.30 im Umfang von Fr. 11'068.80 ausgegangen werden; es verbleibt damit ein Betrag von Fr. 568.50. Dagegen betrifft die Rechnung der F._____ GmbH über Fr. 1'149.17 vom 6. Januar 2011 das Jahresabonnement betreffend Webseite Q._____.ch. Entsprechend wurde die Rechnung zwar auch an A._____, allerdings bei der Q._____ AG gestellt (act. 5/13; act. 2 S. 9). Obwohl in den fast ein Jahr zurückliegenden Betreibungen Nr. 14 über Fr. 1'473.00 der F._____ GmbH und Nr. 15 über Fr. 1'456.80 der R._____ AG Rechtsvorschlag erhoben wurde, macht die Schuldnerin in der Beschwerde geltend, die zugrundeliegenden Forderungen grundsätzlich nach wie vor zu schulden (act. 2 S. 6 und S. 9). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von insgesamt Fr. 16'131.20 (Betreibung Nr. 1 über Fr. 1'071.55 der E._____ AG; Restbetrag von Fr. 161.15 der Betreuung Nr. 13 über Fr. 527.55 der P._____ AG; Betreuung Nr. 3 über Fr. 1'230.20 der G._____ AG; Rest von Fr. 568.50 der Betreuung Nr. 4 über Fr. 11'637.30 und Betreuung Nr. 5 über Fr. 2'887.15 der Stiftung H._____; Betreuung Nr. 6 über Fr. 549.00 der I._____ GmbH; Betreuung Nr. 7 über Fr. 413.20 der J._____ AG; Betreuung Nr. 16 über Fr. 521.40 der S._____ KG; Betreuung Nr. 8 über Fr. 496.35 der K._____ AG; Betreuung Nr. 9 über Fr. 436.30 der L._____ GmbH; Betreuung Nr. ... über Fr. 411.60 der ... AG; Betreuung Nr. 14 über Fr. 1'473.00 der F._____ GmbH; Betreuung Nr. 15 über Fr. 1'456.80 der R._____ AG; Betreuung Nr. 10 über Fr. 857.45, Nr. 11 und Nr. ... über Fr. 872.90 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich; Betrei-

bung Nr. 12 über Fr. 1'297.00 des kantonalen Steueramts Zürich; Betreuung Nr. ... über Fr. 554.75 der M. _____ AG).

Die Betreuung Nr. 1 über Fr. 1'071.55 der E. _____ AG wurde vor über zwei Jahren angehoben und bis heute nicht weitergeführt. Es ist daher im Rahmen der summarischen Prüfung davon auszugehen, dass kein Konkursbegehren mehr gestellt werden könnte, und die Forderung mindestens nicht in naher Zukunft bezahlt werden müsste. Für die am 22. Dezember 2010 bzw. 18. und 25. März 2011 angehobenen Betreibungen Nr. 6 über Fr. 549.00 der I. _____ GmbH, Nr. 8 über Fr. 496.35 der K. _____ AG und Nr. 9 über Fr. 436.30 der L. _____ GmbH kann dies aufgrund der zeitlichen Gegebenheiten allerdings nicht ohne weiteres gesagt werden, zumal bei einer bestrittenen Forderung ein Rechtsöffnungsverfahren durchgeführt werden musste (Art. 166 Abs. 2 SchKG; vgl. act. 2 S. 7 ff.). Dasselbe gilt betreffend Betreuung Nr. 7 über Fr. 413.20 der J. _____ AG (vgl. act. 2 S. 8). Dagegen wurde die Betreuung Nr. 16 über Fr. 521.40 der S. _____ KG vor über einem Jahr angehoben und bis heute trotz fehlenden Rechtsvorschlags nicht weitergeführt. Es ist daher im Rahmen der summarischen Prüfung vom Erlöschen dieser Betreuung auszugehen (Art. 88 Abs. 2 SchKG; vgl. act. 2 S. 8).

Daraus resultieren offene betriebene Forderungen von rund Fr. 14'500.00 (Fr. 16'131.20 - Fr. 1'071.55 aus der Betreuung Nr. 1 der E. _____ AG - Fr. 521.40 aus der Betreuung Nr. 16 der S. _____ KG), die mehr oder weniger umgehend zu bedienen sind. Zu allfälligen weiteren, nicht betriebenen Kreditoren sind keine Details bekannt. Die Bilanz weist per 4. Juni 2012 Kreditoren von rund Fr. 18'300.00 aus. Darin sollen die betriebenen Forderungen enthalten sein (act. 5/23 S. 4 und S. 11).

b) Die Bilanz per 4. Juni 2012 (act. 5/23) weist einen Verlust von immerhin rund Fr. 65'700.00 aus. Auch wenn der Posten "Darlehen" unter dem Titel "Verbindlichkeiten an nahestehende Gesellschaften und Aktionäre" als langfristiges Fremdkapital zu behandeln ist (vgl. act. 5/24), kann die Schuldnerin das in der Bilanz ausgewiesene kurzfristige Fremdkapital von Fr. 34'247.90 mit ihren liquiden Mitteln und kurzfristigen Forderungen von Fr. 125.50 nur in vernachlässigbarem Umfang tilgen. Aufgrund der Zahlen in der Bilanz ist die Unternehmensliquidität

der Schuldnerin und damit deren Fähigkeit, ihren Zahlungsverpflichtungen fristgerecht nachzukommen, nicht annähernd gegeben.

c) Die Schuldnerin verweist zur Tilgung ihrer Ausstände und Verbesserung ihrer Unternehmensliquidität darauf, dass ihr ihre Alleinaktionärin und einzige Verwaltungsrätin nach umgehend ausbezahlten Abschlagszahlungen aus dem mütterlichen Nachlass im Umfang von Fr. 200'000.00 ein Darlehen mit Rangrücktritt über Fr. 110'000.00 und ein weiteres ohne Rangrücktritt über Fr. 30'000.00 gewähren werde (act. 2 S. 12 f.). Diese Darstellung der Schuldnerin ist durch die Vereinbarung mit dem Willensvollstrecker des mütterlichen Nachlasses betreffend Vorschuss von Fr. 200'000.00 an die Alleinaktionärin (act. 5/19) sowie die Darlehensverträge zwischen der Alleinaktionärin und der Schuldnerin vom 4. Juni 2012 (act. 5/20+21) belegt. Durch die eingereichten Unterlagen sind somit innert nützlicher Frist zur Verfügung stehende Einnahmen von Fr. 140'000.00 glaubhaft. Mit diesem Betrag könnten sogar die betriebenen Forderungen und die weiteren aus der Bilanz ersichtlichen Kreditoren gemeinsam ohne weiteres beglichen werden.

Unter Berücksichtigung der Darlehen gemäss obenstehenden Erwägungen ergibt sich ein sogenannter Quick Ratio (Liquiditätsgrad II) von fast 220% ([liquide Mittel + kurzfristige Forderungen] x 100 ./ . kurzfristiges Fremdkapital = [Fr. 140'125.50 + Fr. 0] x 100 ./ . Fr. 64'247.90). Damit wird die Unternehmensliquidität der Schuldnerin nach Eingang der Darlehensbeträge über 100% über dem Vergleichswert von wiederum 100% liegen (vgl. dazu BUCHHALTUNGSERGEBNISSE SCHWEIZERISCHER UNTERNEHMEN, herausgegeben vom Bundesamt für Statistik, S. 16, abrufbar unter www.bfs.admin.ch).

5. Zusammenfassend erscheint demnach glaubhaft, dass die Schuldnerin innert Kürze über ausreichend liquide Mittel zur Abtragung ihrer Schulden und Erfüllung der laufenden Verpflichtungen verfügen wird. Damit erweist sich ihre Zahlungsfähigkeit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

IV.

Obwohl die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren bei der 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 Zürich vom 24. Mai 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 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. 1'900.00 (Fr. 500.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'400.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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. K. Findeisen

versandt am: