

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120126-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 24. Juli 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Juni 2012 (EK120861)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 28. Juni 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 2'061.85 nebst 5% Zins seit 13. Mai 2011 abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 96.90 zuzüglich Fr. 20.-- Mahn- und Fr. 194.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7); dies, nachdem die Kammer die Beschwerde gegen eine bereits im Februar 2012 erfolgte Konkursöffnung gutgeheissen hatte. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 2 und 5/3-12).

2. 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 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, wie sie der Vertreter der Schuldnerin verlangt, sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Einreichung der Beschwerde wies die Schuldnerin die Zahlung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten beim Betreibungsamt C._____ nach. Ebenso stellte sie die Kosten des Konkursamtes sicher (act. 5/5/1, act. 5/6). Die Zahlung an das Betreibungsamt tilgt die Forderung unmittelbar (Art. 12 SchKG). Da somit der Konkurshinderungsgrund der Tilgung vorliegt, wurde der Beschwerde am 9. Juli 2012 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für die zweit-

instanzliche Gerichtsgebühr angesetzt (act. 9). Der Vorschuss ging rechtzeitig bei der Gerichtskasse ein (act. 11).

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 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. 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 C. _____ (act. 5/4) wurden in der Zeit vom 7. September 2009 bis zum 6. Juli 2012 56 Beteiligungen eingeleitet, wovon 30 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass es in 18 Fällen zur Verwertung – wenn auch mit voller Befriedigung – kam (am 6. Juli 2012 leistete die Schuldnerin in 34 Beteiligungen insgesamt Fr. 53'000.-- an das Beteiligungsamt, act. 5/3 und 5/5/1-34), lassen auf mindestens zeitweise erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen ebenfalls getilgt; sie ist im Auszug bereits als bezahlt ausgewiesen. In den acht noch offenen Beteiligungen von total Fr. 17'979.55 leistete die Schuldnerin anerkanntermassen noch keine Zahlungen (act. 2 S. 3). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Beteiligung gesetzte Forderungen von Fr. 17'979.55. Das sind –

offenbar gezielt – die Forderungen der öffentlich-rechtlichen Gläubiger. Von ihnen droht keine Konkursgefahr (Art. 43 SchKG). Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sind sie aber sehr wohl von Bedeutung (KuKo SchKG Diggelmann / Müller, Art. 174 N 14), allenfalls auch bei einer Konkursöffnung wegen Zahlungseinstellung (OGerZH NN100104 vom 28. September 2010).

b) Die Schuldnerin reichte weder eine Kreditoren- noch eine Debitorenliste ein. Sie erklärt, sie habe unter Berücksichtigung der noch nicht bezahlten Beteiligungen Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt rund Fr. 45'000.-- (act. 2 S. 3). In der Bilanz per Ende 2010 und dem allerdings erst provisorischen Abschluss 2011 (act. 5/7-8, vgl. auch act. 5/10) – beide mangels Aktualität bzw. Verbindlichkeit nur beschränkt aussagekräftig – erscheinen kurzfristige Verpflichtungen von ca. Fr. 65'000.-- und Fr. 89'000.--. Angesichts der unterschiedlichen Stichtage der Abschlüsse und der Beschwerdeschrift sowie des Umstandes, dass die Schuldnerin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ihre Verbindlichkeiten um rund Fr. 53'000.-- reduzierte, erscheint der Betrag von Fr. 45'000.-- plausibel. Anhaltspunkte für weitere bedeutsame Ausstände liegen keine vor. Insbesondere dürften die Darlehen der D._____ AG und von E._____, Gesellschafter der Schuldnerin (act. 6), kaum kurzfristig zurückzuzahlen sein. Ersteres bestand bereits im Vorjahr in ähnlicher Höhe und letzteres wurde der Schuldnerin von einer ihr nahe stehenden Person gewährt. Die Schuldnerin hat somit offene Verbindlichkeiten von rund Fr. 45'000.--. Demgegenüber macht sie Debitoren von mindestens Fr. 63'000.-- geltend und verweist auf eine "Rechnungsübersicht Debitoren" (act. 2 S. 3ff. und act. 5/9), welche allerdings nur die seit Januar 2011 bis Februar 2012 gestellten Rechnungen enthält. Im Februar 2012 waren rund Fr. 95'000.-- noch nicht beglichen. Welche Beträge seither fakturiert worden bzw. eingegangen sind, bleibt offen. Ebenso ist fraglich, inwieweit die letztjährigen Rechnungen noch einbringlich sind. Dennoch darf von Debitoren in der Grössenordnung von Fr. 63'000.-- ausgegangen werden: Dieser Betrag ist angesichts der in den Vorjahren unter dieser Position bilanzierten Fr. 57'000.-- respektive Fr. 73'000.-- sowie des gemäss der genannten Übersicht mehr oder weniger gleichmässigen Umsatzes (monatlich werden durchschnittlich Fr. 25'000.-- in Rechnung gestellt) glaubhaft. Es ist weiter anzunehmen, dass diese Zuflüsse innert nützlicher Frist erfolgen werden. We-

sentliche flüssige Mittel scheinen keine vorhanden zu sein. In den Abschlüssen sind flüssige Mittel von ca. Fr. 450.-- bzw. Fr. 335.-- aufgeführt, aktuelle Kontoauszüge reichte die Schuldnerin nicht ein. Die Vorräte und Sachanlagen (Mobiliar, Einrichtungen, Fahrzeuge und Werkzeuge) sind für die Liquiditätsprüfung unbeachtlich, da sie für den Betrieb wohl grösstenteils erforderlich sind. Im Übrigen scheint fraglich, ob bei einem Verkauf unter Zeitdruck ein nennenswerter Erlös realisiert werden könnte. Demnach vermögen die Debitoren die ausstehenden Verbindlichkeiten zu decken. Stellt man gestützt auf den provisorischen Abschluss dem Fremdkapital (Fr. 170'195.63) die Aktiven (Fr. 210'971.80) gegenüber, so ergibt sich eine Deckung. Gleich verhielt es sich im Vorjahr. Eine Überschuldung liegt somit weder 2010 noch 2011 vor. Obwohl die Guthaben der Schuldnerin zur Hauptsache in Debitoren und nicht in vorhandenen flüssigen Mitteln bestehen, scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie ihre Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, als gegeben; dies umso mehr, als nicht alle Kreditoren auf einmal befriedigt werden müssen. Die Konkureröffnung dürfte somit auch auf Arbeitsüberlastung der Schuldnerin zurückzuführen sein (act. 2 S. 3). Wie erwogen liegt ein regelmässiger Geschäftsgang mit einem Umsatz von rund Fr. 390'000.-- im (16 Monate langen) Steuerjahr 2010 bzw. von Fr. 258'000.-- im letzten Jahr vor. So konnte der Gewinn denn auch von ca. Fr. 4'000.-- auf immerhin rund Fr. 11'400.-- gesteigert werden, was zumindest teilweise auf die durch die Anstellung zweier Lehrlinge reduzierten Personalkosten zurückzuführen sein dürfte (act. 2 S. 5 f., act. 5/10-11). Schliesslich ist zu Gunsten der Schuldnerin anzumerken, dass sie wie erwähnt im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren innert Kürze rund Fr. 53'000.-- aufzubringen vermochte.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit derzeit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Guttheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin. Letztere darf indes nicht davon ausgehen, dass dies in einem künftigen Beschwerdeverfahren wiederum der Fall sein werde, wäre doch eine erneute Konkureröffnung ein kaum mehr zu widerlegender Hinweis auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Der Antrag "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin" dürfte irrtümlich gestellt worden sein.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Juni 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. 2'150.-- (Fr. 750.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- 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. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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: