

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120157-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 14. September 2012

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. August 2012 (EK121179)

Erwägungen:

1. Am 23. August 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 890.40 nebst Zins zu 5% seit 8. Juli 2011 und Fr. 30.-- Mahnspesen, Fr. 95.-- Inkassogebühren sowie Fr. 169.-- Betreuungskosten über die Schuldnerin den Konkurs (act. 5 = act. 6/5). Der Empfang der Urteils vom 23. August 2012 wurde für die Schuldnerin am 24. August 2012 unterschriftlich bestätigt (act. 6/7). Mit Beschwerde vom 3. September 2012 (Poststempel) erhob C._____, Direktor der Schuldnerin mit Einzelzeichnungsberechtigung (act. 7), rechtzeitig Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Zur Begründung führte er zusammenfassend aus, die Konkursforderung sei durch Zahlung von Fr. 1'995.45 an die Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin hinterlegt als auch mit diesem Betrag der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren bezahlt worden. Überdies seien durch die weitere Zahlung von Fr. 1'350.-- die Kosten des Konkursamtes einschliesslich die erstinstanzliche Spruchgebühr sicher gestellt worden. Nach dem Erwerb der Aktienmehrheit der Schuldnerin von D._____ im Jahre 2009 sei zum Vorschein gekommen, dass die Buchhaltungsunterlagen unvollständig und viele offene Positionen in der Buchhaltung nicht aufgeführt seien. Zuzufolge nicht oder nicht richtiger Abrechnung der Mehrwertsteuer durch seinen Vorgänger sei jeweils eine provisorische Einschätzung der Schuldnerin erfolgt. In den letzten Jahren habe er (C._____) rund Fr. 80'000.-- der bestehenden Verbindlichkeiten neben den laufenden Kosten bezahlt. Die Geburt seiner Tochter und deren gesundheitliche Probleme hätten ihn aus der Bahn geworfen, doch er sei zuversichtlich, dass die Schuldnerin bis Ende Jahr ohne weitere Betreibungen da stehen werde (act. 2 S. 2-4).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre 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

die Schuldnerin sowohl ihre 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 sie 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 ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die Schuldnerin konnte durch Urkunden belegen, durch Einzahlung von Fr. 1'995.45 am 31. August 2012 zuhanden der Gläubigerin die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten von total Fr. 1'234.65 (vgl. act. 8) bei der Obergerichtskasse hinterlegt und mit dem einbezahlten Betrag auch den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.-- bezahlt zu haben (act. 4/3; act. 2 S. 2; act. 9). Aus den Akten ergibt sich sodann, dass die Schuldnerin die Konkursforderung hernach am 3. September 2012 zuhanden der Gläubigerin beim Betreibungsamt E._____ getilgt hat (act. 4/6m). Überdies leistete sie gemäss Bestätigung des Konkursamtes F._____ vom 3. September 2012 die geforderten Sicherheiten (Gebühren und Auslagen inklusive erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.--) im Umfang von Fr. 1'350.-- (act. 4/4). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung ist somit ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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 finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vo-

rübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss Auszug über offene Betreibungen des Betreibungsamtes E._____ vom 24. August 2012, wurden gegen die Schuldnerin neben der in Betreibung gesetzten Konkursforderung 26 weitere Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 124'960.80 eingeleitet. Insgesamt entfallen 23 Betreibungen auf das Jahr 2012, drei auf das Jahr 2011 und eine Betreibung entfällt auf das Jahr 2004 (act. 4/5). Die Anzahl der Betreibungen sowie der Umstand, dass in dreizehn Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung in der Betreibung Nr. ... inzwischen getilgt.

Die Schuldnerin konnte mit Urkunden belegen, am 3. September 2012 fünfzehn offene Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 17'746.75 getilgt zu haben (Betreibungs-Nr. ..., .., ..., .., ..., .., ..., .., ..., .., ..., .., ..., .., ..., .., ..., .. und ..., act. 2 S. 4 und act. 4/6a-p), wobei sich zehn dieser Betreibungsverfahren bereits im Stadium der Konkursandrohung befunden haben (act. 4/5). Die Betreibung Nr. ... für eine Forderung von Fr 1'418.10 wurde gemäss eingereichtem Schreiben der Gläubigerin G._____ SA zurückgezogen (act. 2 S. 4; act. 4/7). In der Betreibung Nr. ... bezahlte die Schuldnerin beim Betreibungsamt E._____ am 24. Mai 2011 zuhanden der Gläubigerin H._____ AG den Betrag von Fr. 6'215.40 und machte in der Beschwerdeschrift geltend, dafür besorgt zu sein, dass diese Betreibung nunmehr zurückgezogen werde (act. 2 S. 4; act. 4/8). Die Gläubigerin I._____ SA bestätigte der Schuldnerin mit Schreiben vom 28. August 2012, dass die Forderung in der Betreibung Nr. ... vollumfänglich bezahlt worden sei (act. 4/9). Eine Betreibung mit der vorerwähnten Nummer lässt sich dem Betreibungsregisterauszug jedoch nicht entnehmen. Vielmehr figuriert eine Betreibung der vorerwähnten Gläubigerin mit der Betreibungs-Nr. ... (act. 4/5). Da vorerwähnte Gläubigerin jedoch bestätigte, dass der ausstehende Saldo zu ihren Gunsten Fr. 0.00 betrage,

erscheint die Darstellung der Schuldnerin glaubhaft, dass die Tilgung der Forderung im Umfang von Fr. 3'131.85 die Betreuung mit der Nummer ... betraf (act. 2 S. 4). Die Forderung in der Betreuung-Nr. ... in Höhe von Fr. 562.7 existiert gemäss Darstellung der Schuldnerin nicht mehr (act. 2 S. 4). Da es sich um eine Betreuung aus dem Jahre 2004 handelt, in welcher nach dem erhobenen Rechtsvorschlag soweit ersichtlich keine weiteren betreibungsrechtlichen Schritte erfolgten (act. 4/5), hat diese unberücksichtigt zu bleiben.

Zur Forderung der Gläubigerin J. _____ SA in K. _____ in Höhe von Fr. 26'234.50 (Betreibungs-Nr. ...) sowie zur Forderung der L. _____ AG in M. _____ in Höhe von Fr. 31'565.80 (Betreibungs-Nr. ...) führte die Schuldnerin aus, die Betreibungen würden die gleiche Forderung beschlagen. Diese werde gemäss der beiliegenden Abzahlungsvereinbarung getilgt. Die Rate vom 31. August 2012 in Höhe von Fr. 1'300.-- sei pünktlich bezahlt worden und bis zum 15. September 2012 werde eine Lösung für die Gesamtforderung der L. _____ AG gesucht und gefunden (act. 2 S. 4 f.; act. 4/10-11). Den eingereichten Unterlagen ist zu entnehmen, dass die Schuldnerin am 14. August 2012 Fr. 10'000.-- an die Gläubigerin L. _____ AG bezahlte (act. 4/10 Blatt 2). Sodann wurde eine (noch) nicht unterzeichnete Abzahlungsvereinbarung eingereicht, gemäss welcher eine Restschuld von Fr. 25'598.55 gegenüber der L. _____ AG bestehe, zahlbar in 20 Raten, letztmals am 31. März 2014 (act. 4/10 Blatt 1). In ihrem Schreiben vom 31. August 2012 mit dem Betreff Betreuung Nr. ... bestätigte die L. _____ AG, „mit der Firma J. _____ SA bei der Betreuung mit der Fallnummer ... im Moment und bis zum 15. Sept. 2012 keine weiteren Schritte“ einzuleiten, damit die Parteien eine Lösung im Sinne einer Abzahlungsvereinbarung finden können (act. 4/10 Blatt 3). Dass es sich bei den Betreibungen Nr. ... (Betreibung vom 15. Juni 2012) und Nr. ... (Betreibung vom 29. März 2012) tatsächlich um die gleiche Forderung handeln soll, lässt sich den eingereichten Unterlagen jedoch nicht entnehmen. Unabhängig davon, ob eine Abzahlungsvereinbarung zwischen den Parteien zustande kommt oder nicht, ist der gesamte in Betreuung gesetzte Forderungsbetrag der beiden Gläubigerinnen im Umfang von Fr. 26'234.50 und Fr. 21' 565.80 (Fr. 31'565.80 abzüglich Fr. 10'000.--) zu berücksichtigen.

Zu den Mehrwertsteuerforderungen der Eidg. Steuerverwaltung (Betreibungs-Nr. ..., ..., ... und ...) im Gesamtbetrag von Fr. 36'615.65 liess die Schuldnerin ausführen, es handle sich um provisorische Forderungen, weil die entsprechenden Abrechnungen noch nicht hätten eingereicht werden können, da vom Vorgänger Buchhaltungsunterlagen fehlen würden. Abgesehen davon, dass C._____ die Aktienmehrheit bereits im Jahre 2009 erworben hat, handelt es sich bei den Mehrwertsteuerforderungen um solche für das Jahr 2011 (act. 4/12). Zwar führte die Schuldnerin aus, dass die definitive Abrechnung vom Buchhalter erstellt worden sei und der Eidg. Steuerverwaltung eingereicht werde, und ist der Ansicht, dass sich die offenen Forderungen um die Hälfte reduzieren und diese auch beglichen werden können (act. 2 S. 5). Doch wenn auch es sich bei den offenen Forderungen um Steuereinschätzungen handelt (act. 4/12), bleiben diese bis zu einer allenfalls anderslautenden definitiven Einschätzung – sofern die entsprechenden Quartalsabrechnungen auch eingereicht werden – der Gläubigerin geschuldet und bestehen keine Indizien (z.B. entsprechende Steuerbelastungen aus den Vorjahren), dass sich die Forderungen halbieren werden.

Zur Betreuung Nr. ... der Gläubigerin B._____ AG im Umfang von Fr. 1'122.50 äussert sich die Schuldnerin nicht.

Am 3. September 2012 waren somit noch 7 Betreibungen mit Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 85'538.45 offen.

4.3 Die Schuldnerin reichte eine Fakturaliste betreffend den Zeitraum vom 1. März bis 30. August 2012 ein, gemäss welcher Debitoren im Umfang von Fr. 22'034.60 bestehen (act. 4/13). Weiter wurden Kopien von fünf Rechnungen an Kunden je vom 31. August 2012 über einen Betrag von total Fr. 9'749.35 eingereicht (act. 14a-e) sowie eine Liste betreffend ausgeführte aber noch nicht verrechnete (nicht näher ausgeführte) Arbeiten in zehn Fällen im Umfang von Fr. 21'000.-- (act. 4/15). Diesen Debitoren stehen gemäss Darstellung der Schuldnerin kurzfristige Kreditoren im Umfang von Fr. 4'130.-- gegenüber (act. 2 S. 5; act. 4/16).

Somit wären unter Berücksichtigung der Debitoren von Fr. 52'783.95 denen kurzfristige Kreditoren in Höhe von Fr. 4'130.-- und die noch offenen Betreuungsforderungen in der Höhe von Fr. 85'538.45 (gesamthaft Fr. 89'668.45) gegenüber stehen, noch Schulden von Fr. 36'884.50 abzutragen.

4.4 Zur Zahlungsfähigkeit liess die Schuldnerin sodann ausführen, mit den laufenden Aufträgen und den daraus resultierenden Einnahmen werde es künftig ohne weiteres möglich sein, die bestehende Abzahlungsvereinbarung mit der L. _____ AG einzuhalten und die ausstehenden Forderungen der Mehrwertsteuerverwaltung zu begleichen. Herbst/Winter seien im Autogewerbe zudem sehr arbeitsintensive Zeiten. Eine grosse Verschuldung werde in Zukunft nicht mehr möglich bzw. nötig sein, da die meisten notwendigen Ersatzteile bei der L. _____ AG bar bezahlt würden. Mit Hilfe des neuen Buchhalters werde dann endlich auch Ordnung in die administrativen Arbeiten einkehren (act. 2 S. 5).

4.5 Eine Jahres- bzw. Zwischenbilanz, Erfolgsrechnung oder allenfalls Steuererklärung, welche Aufschluss über die Entwicklung des Geschäftsgangs und die finanzielle Lage der Schuldnerin geben könnten (allenfalls weitere nicht betriebene Kreditoren, liquide Mittel, Gewinn/Verlust des Vorjahres, Aufwendungen etc.), wurden nicht eingereicht. Aktuelle Bankkontoauszüge wurden ebenfalls nicht eingereicht, und es lassen sich auch der Beschwerdeschrift keine Hinweise auf allfällig kurzfristig abrufbare Guthaben/Vermögenswerte entnehmen. Selbst wenn man von keinen zusätzlichen Ausständen ausginge, vermochte die Schuldnerin nicht glaubhaft darzutun, dass sie ihre offenen Verbindlichkeiten innert nützlicher Frist zu decken vermag, zumal auch keinerlei Anhaltspunkte für flüssige Mittel vorliegen. Mit den eingereichten Unterlagen vermochte die Schuldnerin jedenfalls 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.

5. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr des Rechtsmittelprozesses der Schuldnerin aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. August 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. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen entrichtet.
4. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag Fr. 1'245.45 dem Konkursamt F. _____ zuhanden der Konkursmasse der Schuldnerin zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt F. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E. _____ sowie an die Obergerichtskasse, 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. D. Tolic

versandt am: