

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120178-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

## Urteil vom 22. Oktober 2012

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B. \_\_\_\_\_ der C. \_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 19. September 2012 (EK120233)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 19. September 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen für eine Forderung von Fr. 36'034.70 nebst 4.5 % Zins seit 1. Januar 2012 zuzüglich Fr. 234.– Betreibungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7/9). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 28. September 2012 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2a und 2b). Weiter reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 4/1-24).

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 selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen 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 D.\_\_\_\_\_ nach (act. 4/1). Ebenso stellte sie die Kosten des Konkursamtes sicher (act. 4/2) und leistete einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.– für das obergerichtliche Verfahren (act. 4/3). Die Zahlung an das Betreibungsamt tilgt die Forderung unmittelbar (Art. 12 SchKG). Da somit der Konkurshinderungsgrund der Tilgung vorliegt, wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 1. Oktober 2012 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

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 D. \_\_\_\_\_ vom 28. September 2012 (act. 4/4) wurden in der Zeit vom 5. Mai 2010 bis 11. September 2012 insgesamt 35 Beteiligungen eingeleitet, wovon 5 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen lassen auf mindestens zeitweise erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. 1 inzwischen getilgt; sie ist im Auszug bereits als bezahlt ausgewiesen. Die Schuldnerin führt im Übrigen glaubhaft aus, dass die auf dem Beteiligungsregisterauszug als Nr. 2 aufgeführte Beteiligung durch die Beteiligung Nr. 1 ersetzt worden ist (act. 4/5 S. 2). Die Beteiligungen Nr. 3 und Nr. 4 im Umfang von gesamthaft Fr. 20'760.– sind gemäss eingereichter Vereinbarung (Emailverkehr) auf einen Betrag von Fr. 3'000.– reduziert und von E. \_\_\_\_\_ (Mitglied des Verwaltungsrates der Schuldnerin mit Einzelunterschrift) persönlich übernommen worden (vgl. act. 4/5 S. 2, act. 4/6). Die Beteiligung Nr. 5 wurde gemäss unterbreitetem Bankauszug vom 8. September 2010 bereits am 7. September 2010 bezahlt (act. 4/8). Wie aus den von der Schuldnerin eingereichten Unterlagen hervorgeht, wurden die Beteiligungen Nr. 6, Nr. 7 und Nr. 8 durch Vergleich reduziert und von der Schuldnerin beglichen (act. 4/9,

act. 4/10-11, act. 4/13). Mit der F. \_\_\_\_\_ GmbH ... hat der Verwaltungsrat der Schuldnerin einen Vertrag abgeschlossen, welcher die Verpflichtungen und Rechte der Parteien im Rahmen verschiedener Transaktionen mit Blick auf eine künftig gemeinsame Durchführung des ... regelt. Gemäss Ausführungen der Schuldnerin sind die Beteiligungen Nr. 9, Nr. 10 und Nr. 11 demnach durch die Beteiligung des Verwaltungsrates hinfällig geworden (act. 4/5 S. 2 und act. 4/12). Die Schuldnerin macht geltend, die Beteiligung Nr. 12 sei durch Vergleich erledigt worden und es bestehe kein Anspruch des Gläubigers mehr (act. 4/5 S. 2). Aufgrund der zeitlichen Gegebenheit (Eingang der Beteiligung datiert vom 27. September 2010) und der Nichtbeseitigung des erhobenen Rechtsvorschlages durch den Gläubiger erscheinen die Ausführungen der Schuldnerin als plausibel. Gleiches trifft auf die Beteiligung Nr. 13 (Eingang datiert vom 4. Juli 2011) zu, welche durch Rechtsvorschlag gehemmt wurde. Die Schuldnerin führt aus, der Gläubiger habe die Forderung zwischenzeitlich abgeschrieben. Da vom Gläubiger offenbar keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden sind, kann diese Beteiligung unberücksichtigt bleiben.

Die Schuldnerin führt weiter aus, auch die Beteiligungen Nr. 14, Nr. 15, Nr. 16, Nr. 17 und Nr. 18 im Umfang von insgesamt Fr. 7'988.50 mit derselben Gläubigerin seien "erledigt" (art. 4/5 S. 2), sie unterlässt es jedoch, dies zu belegen. Mit Blick auf den Beteiligungsregisterauszug fällt indes auf, dass bei all diesen Beteiligungen kein Fortsetzungsbegehren gestellt worden ist (act. 4/4). Dies im Gegensatz zu den später erfolgten Beteiligungen Nr. 19, Nr. 20 und Nr. 21 der gleichen Gläubigerin, welche von der Schuldnerin als "offene Beteiligungen" aufgeführt werden (act. 4/5 S. 1) und für welche die Gläubigerin ein Fortsetzungsbegehren stellte (act. 4/4). Es ist daher gestützt auf die Ausführungen der Schuldnerin davon auszugehen, dass die Beteiligungen Nr. 14, Nr. 15, Nr. 16, Nr. 17 und Nr. 18 beglichen worden sind, weshalb auch diese Beteiligungen im vorliegenden Verfahren ausser Acht gelassen werden können. Gemäss dem Auszug aus dem Beteiligungsregister bestehen folglich gegenwärtig noch 13 offene in Beteiligung gesetzte Forderungen (Nr. ..., Nr. 22, Nr. ..., Nr. ..., Nr. 19, Nr. 20, Nr. 21, Nr. ..., Nr. ..., Nr. ..., Nr. ..., Nr. ... und Nr. ...) von total Fr. 68'934.90 (act. 4/4). Die Schuldnerin macht gemäss der von ihr eingereichten Aufstellung über die noch of-

fenen Betreibungen geltend, sie habe davon bereits Fr. 11'273.– abbezahlt und überdies den in Betreuung gesetzten Betrag von Fr. 21'014.10 in der Betreuung Nr. 22 vergleichsweise auf einen Viertel, das heisst auf Fr. 5'253.50, reduzieren können (act. 4/5 S. 1). Die Schuldnerin unterlässt es jedoch, die geleisteten Abzahlungen und die vergleichsweise Reduktion der Forderung zu belegen, obwohl es ein Leichtes gewesen wäre, diesbezügliche Bescheinigungen einzureichen. Da den eingereichten Unterlagen keine Anhaltspunkte für erfolgte Abzahlungen sowie über eine allfällige Vereinbarung mit dem entsprechenden Gläubiger zu entnehmen sind, ist gegenwärtig von offenen in Betreuung gesetzten Forderungen von gerundet Fr. 68'930.–, und nicht, wie von der Schuldnerin in ihrer Zusammenstellungen aufgeführt, von rund Fr. 35'540.– bzw. Fr. 42'000.– (act. 4/5 S. 1 und act. 4/22 S. 1), auszugehen.

b) Der von der Schuldnerin eingereichten Kreditorenaufstellung per 28. September 2012 lassen sich neben den betriebenen Forderungen noch weitere Ausstände von Fr. 47'457.50 entnehmen (act. 4/22 S. 1). Ungeachtet der von der Schuldnerin getroffenen Unterscheidung in betriebene und nicht betriebene Verpflichtungen sind auch letztere nächstens zu begleichen. Die von der Schuldnerin vorgenommene Zusammenstellung der Kreditoren in der Höhe von Fr. 89'550.60 (vgl. Kreditorenaufstellung, act. 4/22; Bilanz per 15. September 2012, act. 4/24 S. 2) kann so nicht übernommen werden. Es ist vielmehr von Kreditoren im Umfang von rund Fr. 116'390.– (Fr. 68'934.90 + Fr. 47'457.50) auszugehen. Des weiteren weist die Bilanz per 15. September 2012 noch weitere Verpflichtungen (Kredit, Mehrwertsteuer und transitorische Passiven) von Fr. 104'944.05 aus (act. 4/24 S. 2). Dabei fällt insbesondere der als kurzfristige Verbindlichkeit aufgeführte Kredit der G. \_\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 104'351.76 ins Gewicht. Damit hat die Schuldnerin ausgewiesene offene Verbindlichkeiten von Fr. 221'340.– (gerundet).

Diesen Forderungen stehen gemäss der von der Schuldnerin eingereichten Bilanz per 15. September 2012 flüssige Mittel von gerundet Fr. 7'010.– sowie Debitoren von gerundet Fr. 750.– gegenüber (act. 4/24 S. 1). Dazu kommen die vom Verwaltungsrat als Darlehen zur Verfügung gestellten und ausgewiesenen

Fr. 100'000.– (act. 4/23 S. 2). Von diesem Betrag sind allerdings die zur Erledigung der Konkursforderung bezahlten Fr. 38'170.20 (act. 4/1) in Abzug zu bringen, weshalb davon noch rund Fr. 61'830.– und somit insgesamt noch rund Fr. 69'600.– an flüssigen Mitteln und Guthaben verbleiben. (act. 2b S. 3). Die in der Bilanz per 15. September 2012 aufgeführten Vorräte, mobilen Sachanlagen und der aktivierte Aufwand sind im Rahmen der Liquiditätsprüfung unbeachtlich, da sie – sofern sie überhaupt einen kurzfristig realisierbaren Wert darstellen – für den Betrieb wohl zwingend erforderlich sind. Demnach vermögen die vorliegenden Guthaben sowie die flüssigen Mittel die Verbindlichkeiten in keiner Weise zu decken.

c) Die Schuldnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sie mit den erhältlich gemachten flüssigen Mitteln von Fr. 100'000.– sämtliche in Betreuung gesetzten Forderungen begleichen könne und ihr sodann noch Fr. 20'000.– liquide Mittel zur Begleichung weiterer Kreditoren und Fr. 10'000.– als Reserve zur Verfügung stünden. Damit sei sichergestellt, dass der Betrieb reibungslos funktioniere. Diese Massnahmen würden der Schuldnerin eine solide Basis für die Weiterführung des Betriebes ermöglichen (act. 2b S. 3). Aufgrund vergangener und anhaltender Bemühungen sei eine starke Stabilisierung zu verzeichnen. Zudem seien sämtliche Mitarbeiter (mit Ausnahme des Verwaltungsrates), Lager- und Geschäftsräume und Teile des Fahrzeugbestandes abgebaut worden. Weiter seien die Geschäfte zur Abwicklung (Produktion, Logistik, Lager, Administration und Finanzen) an die G.\_\_\_\_\_ AG übergeben worden. Auch die Bilanz habe mit stetiger Sanierung der Gläubiger, Reduktion der Fixkosten, Verzicht durch die Gläubiger und Umschuldung des Betriebskredits auf den Verwaltungsrat privat korrigiert werden können (act. 2b S. 3). Es sei ferner mit einer Marge von mindestens Fr. 50'000.– pro Jahr aus dem ...geschäft zu rechnen. Zudem soll ein neuer Geschäftszweig mit ...geschäften zusätzlich rund Fr. 40'000.– pro Jahr generieren. Um unnötige Aufwände zu vermeiden, habe sich der Verwaltungsrat dazu entschlossen, per 1. Oktober 2012 eine zusätzliche Arbeitsstelle anzunehmen. Somit würden zusätzliche Sicherheiten geschaffen und die Schuldnerin weiter entlastet. Der neue Arbeitgeber des Verwaltungsrates gebe diesem auch die Möglichkeit,

für die Events und in dringenden Fällen auch für sie (die Schuldnerin) aktiv zu sein (act. 2b S. 3).

Auch wenn der Schuldnerin zugestehen ist, dass sie bemüht ist, ihre Verpflichtungen zu begleichen, ist – gestützt auf die vorstehenden Ausführungen – festzuhalten, dass ihre Guthaben und liquiden Mitteln kaum zur Begleichung der offenen in Betreuung gesetzten Forderungen ausreichen. Selbst wenn davon auszugehen ist, dass der Kredit der G.\_\_\_\_\_ AG aufgrund der geltend gemachten Zusammenarbeit nicht sofort bezahlt werden muss, sind nach wie vor kurzfristige Verbindlichkeiten von rund Fr. 50'000.– offen. Die Schuldnerin verfügt somit nicht über hinreichende Mittel, um ihre zusätzlichen Schulden abzutragen. Die Ansicht der Schuldnerin, dass eine starke Stabilisation des Unternehmens habe verzeichnet werden können, kann überdies nicht geteilt werden. Mit Blick auf die Bilanz per 15. September 2012 (act. 4/24) ergibt sich eine klare Unterdeckung, da die Aktiven das Fremdkapital nicht zu decken vermögen. Damit ist eine Überschuldung ausgewiesen.

Auch die Tatsache, dass sämtliche Geschäfte der G.\_\_\_\_\_ AG übertragen worden sind, trägt nichts zur Stabilität und Entlastung der Schuldnerin bei. Für die mittelfristigen Aussichten des Betriebes ist es sogar eher problematisch. Der ...markt ist schwierig. Ausgesprochen lokale oder sonst originelle Marken können sich behaupten. Wenn aber ein ..., das wie allgemein bekannt ist als "... für H.\_\_\_\_\_" mit dem Aufdruck "A1.\_\_\_\_\_-I.\_\_\_\_\_" verkauft und in J.\_\_\_\_\_ hergestellt wird, geht der Bonus des Lokalen bald verloren. Auch dass der Verwaltungsrat der Schuldnerin per 1. Oktober 2012 eine zusätzliche Arbeitsstelle angenommen hat, ändert nichts Entscheidendes. Der vom Verwaltungsrat bezogene Lohn wird für dessen Lebenshaltungskosten aufzuwenden sein, da er bei der Schuldnerin gemäss Erfolgsrechnung für den Zeitraum vom 1. Januar bis 15. September 2012 offensichtlich kein Honorar erzielt hat (act. 4/20, act. 4/24 S. 3).

d) In Gesamtwürdigung der finanziellen Lage der Schuldnerin kann damit nicht davon ausgegangen werden, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen sowie in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen und sie sich somit in einem bloss vorübergehenden Liquiditäts-

tätsengpass befindet. Für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation gibt es keine wesentlichen Anhaltspunkte. Die Schuldnerin vermochte mithin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens durch die Schuldnerin zu tragen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Schuldnerin wird per **22. Oktober 2012, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2a und 2b, sowie an das Konkursgericht Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt I.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
4. 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. Graf

versandt am: