

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120206-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

## Urteil vom 22. November 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH**, Geschäftsführer: B.\_\_\_\_\_,  
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**"C.\_\_\_\_\_"**, c/o C1.\_\_\_\_\_ AG,  
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 24. Oktober 2012 (EK121512)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 24. Oktober 2012 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3 = act. 6). Mit Beschwerde vom 5. November 2012 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung der Konkursforderung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 7. November 2012 entsprochen (act. 9). Gleichzeitig mit der Beschwerdeerhebung leistete die Beschwerdeführerin zudem den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 4/4).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Kumulativ zu einem der Konkurshinderungsgründe hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zumachen. 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. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er 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 Beschwerdeführerin hinterlegte mit Valuta vom 5. November 2012 und damit am letzten Tag der zehntägigen Beschwerdefrist (vgl. act. 4/3, act. 8) beim Obergericht einen Betrag in Höhe von Fr. 8'637.95.-- zu Gunsten der Beschwerdegegnerin, womit die Konkursforderung gedeckt ist. Ferner hat die Beschwerdeführerin eine Quittung des Konkursamtes D. \_\_\_\_\_ vom 5. November 2012 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Kon-

kursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.-- geleistet hat (act. 4/5). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen.

4. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat ein Schuldner zudem – wie ausgeführt – seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

5.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ vom 29. Oktober 2012 weist für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 29. Oktober 2012 insgesamt 20 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 80'775.20 aus, wovon 5 Beteiligungen im Betrag von Fr. 20'542.45 durch Zahlung erledigt wurden (act. 4/11). Offene Verlustscheine bestehen keine. Abzüglich der Konkursforderung (Fr. 8'164.15) bestehen somit derzeit noch 14 offene Beteiligungen in der Höhe von Fr. 52'068.60. Bei den offenen Beteiligungen handelt es sich um 3 Forderungen der SVA des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, im Gesamtbetrag von Fr. 15'111.05, eine Forderung des F. \_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 975.--, eine Forderung der Stiftung G. \_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 4'306.--, eine Forderung des H. \_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 1'394.--, eine Forderung der eidgenössischen Steuerverwaltung im Betrag von Fr. 4'965.40 und eine Forderung der ... im Betrag von Fr. 5'714.--, bei welchen erst der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, sowie drei weiteren Forderungen der SVA des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, im Gesamtbetrag von Fr. 11'815.15, bei welchen das Fortsetzungsbegehren ge-

stellt wurde, eine weitere Forderung der Stiftung G.\_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 1'988.-- und zwei Forderungen der C2.\_\_\_\_\_ AG im Betrag von Fr. 5'800.--. Bei den letztgenannten Forderungen wurde bereits die Konkursandrohung zugestellt.

5.2 Diese Forderungen werden von der Beschwerdeführerin im Grundsatz nicht bestritten. Sie bemerkt einzig, dass es sich bei diesen fast ausschliesslich um Akontobeträge handle, die gestützt auf die ausbezahlten Löhne in Rechnung gestellt würden. Da sich die Lohnsumme dieses Jahr aber effektiv verkleinere, würden diese Beträge noch stark reduziert werden müssen (act. 2 S. 4). Da die Beschwerdeführerin diesbezüglich indes keine genaueren Angaben macht und jeweils auch keine (Teil-)Rechtsvorschläge erhoben hat, ist vorliegend von den genannten, effektiv in Betreuung gesetzten Beträgen auszugehen.

5.3 Insgesamt bestehen damit gegen die Beschwerdeführerin offene, in Betreuung gesetzte Forderungen im Umfang von Fr. 52'068.60, deren Durchsetzung im Umfang von Fr. 7'788.-- unmittelbar droht. Nach Angaben der Beschwerdeführerin bestehen per Ende Oktober 2012 zudem noch weitere Kreditoren in Höhe von Fr. 46'757.70 (act. 2 S. 4; act. 4/10). Unklar ist in diesem Zusammenhang, ob diese Forderungen alleine laufende Kosten (wie z.B. Leasingraten Oktober und November 2012 und Lohnforderungen Arbeitnehmer September und Oktober 2012) oder auch bereits fällige Forderungen (so z.B. "diverse Prämienbeiträge" SVA und ...) betreffen.

6.1 Zur Tilgung dieser Schulden führt die Beschwerdeführerin im Einzelnen aus, dass sie die Forderungen der C2.\_\_\_\_\_ AG sowie die Forderung der Stiftung G.\_\_\_\_\_, für welche bereits die Konkursandrohung zugestellt worden seien, umgehend aus dem vorhandenen Bankguthaben bezahlen könne. Den zuviel bezahlten Betrag für die C2.\_\_\_\_\_ AG könnte sie dann nach der definitiven Abrechnung zurückfordern. Die Forderungen der SVA des Kantons Zürich, die zweite Forderung der Stiftung G.\_\_\_\_\_ sowie die Forderungen des F.\_\_\_\_\_, des H.\_\_\_\_\_, der eidgenössischen Steuerverwaltung und der ... könnten schliesslich mit dem Überschuss bis Ende 2012 bezahlt werden (act. 2 S. 4 f.).

6.2 Der von der Beschwerdeführerin eingereichten Jahresrechnung für das Geschäftsjahr 2010/2011 ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin am Ende des Geschäftsjahres, nämlich am 31. März 2011, insgesamt über flüssige Mittel in Höhe von Fr. 37'249.11 und Debitoren im Betrag von Fr. 110'453.71 verfügt (act. 4/6; act. 2 S. 3). Ferner wird ein Nettogewinn von Fr. 33.75 ausgewiesen. Eine aktuellere Jahresrechnung (mit Bilanz) reichte die Beschwerdeführerin nicht ein; dies mit der Begründung, solche lägen noch nicht vor (act. 2 S. 3). Das mag sein, ist aber erstaunlich, weil das letzte Geschäftsjahr der Beschwerdeführerin in Nachfolge der Rechnung gemäss act. 4/6 per 31. März 2012 abgeschlossen war. Die Jahresrechnung mit Bilanz per 31. März 2011 ist daher ziemlich veraltet und vermag keine aussagekräftigen Hinweise zur aktuellen finanziellen Lage bzw. zur Liquidität der Beschwerdeführerin zu liefern. Es kann daher nicht darauf abgestellt werden, weshalb sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen.

6.3 Demgegenüber kann den von der Beschwerdeführerin eingereichten Auszügen des auf sie lautenden Kontos bei der I. \_\_\_\_\_ SA (Konto-Nr. ...) entnommen werden, dass sich die flüssigen Mittel im 4. Geschäftsjahr (1. April 2011 bis 31. März 2012) zwar von Fr. 37'249.11 um fast die Hälfte auf Fr. 18'942.16 reduziert haben, dass die Beschwerdeführerin aber per 26. Oktober 2012 ein Guthaben in Höhe von Fr. 29'187.71 hat (act. 4/7-8). Damit vermag die Beschwerdeführerin glaubhaft zu machen, dass sie über genügend flüssige Mittel verfügt, um sofort die Forderungen zu decken, deren Durchsetzung unmittelbar droht (Fr. 7'788.--).

6.4 Die Beschwerdeführerin macht ferner geltend, ihr Hauptauftraggeber sei die J. \_\_\_\_\_ AG (act. 2 S. 3). Dieser gegenüber bestehe aus erledigten Arbeiten bis Ende September 2012 eine Forderung in Höhe von Fr. 34'620.-- und aus erledigten Arbeiten bis Ende Oktober 2012 eine solche in Höhe von geschätzt Fr. 35'000.--. Zudem würden die Einnahmen im November 2012 und im Dezember 2012 gestützt auf bestehende Aufträge und die Zahlen der Vormonate voraussichtlich rund Fr. 35'000.-- bzw. rund Fr. 25'000.-- betragen (act. 2 S. 4; act. 4/9).

6.5 Aus der detaillierten Aufstellung der Beschwerdeführerin über die ausgeführten Arbeiten im September 2012 zuhanden der J. \_\_\_\_\_ AG, [K. \_\_\_\_\_], ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin für diese Arbeiten im Umfang von Fr. 34'620.15 erbracht hat (act. 4/9). Bei der J. \_\_\_\_\_ AG handelt es sich um eines der führenden Gerüstediensleistungs-Unternehmen der Schweiz, die 16 Zweigniederlassungen in der Schweiz führt, unter anderen diejenige in K. \_\_\_\_\_ (vgl. www.J. \_\_\_\_\_ .ch; www. ... .ch). Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung, dass die J. \_\_\_\_\_ AG in der Vergangenheit regelmässig und auch grössere Beträge an die Beschwerdeführerin überwiesen hat (vgl. act. 4/7-8), ist einerseits anzunehmen, dass sie geschuldete Beträge ohne Verzögerungen zu leisten vermag (Bonität). Andererseits ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auch für die Zukunft im bisherigen Umfang bereits Aufträge der J. \_\_\_\_\_ AG erhalten hat bzw. noch erhalten wird, zumal keine Anhaltspunkte bestehen, dass sich an der regelmässigen Zusammenarbeit etwas geändert hätte oder ändern wird. Die J. \_\_\_\_\_ AG überwies der Beschwerdeführerin im vergangenen Jahr (1. Oktober 2011 bis 30. September 2012) durchschnittlich rund Fr. 37'500.-- pro Monat (act. 4/7/8). Daher erscheint es insgesamt glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin sowohl für den Monat September 2012 als auch für die Monate Oktober 2012 und November 2012 jeweils rund Fr. 35'000.-- erwirtschaftet und effektiv zur Verfügung haben wird. Unklar ist hingegen, wie es sich mit dem Dezember 2012 verhält. Die Beschwerdeführerin macht zwar für diesen Monat nur noch Einnahmen in Höhe von Fr. 25'000.-- geltend. Nach Angaben der Beschwerdeführerin werden ab Dezember 2012 bis zum Beginn der Bausaison 2013 indes nicht mehr zwei Personen, sondern nur noch eine Person für sie tätig sein (act. 2 S. 4). Ausgehend von einer Halbierung der Arbeitskraft erscheint es daher im Lichte der handwerklichen Tätigkeit, welche die Beschwerdeführerin anbietet, wenig glaubhaft, dass die Einnahmen dennoch bloss um rund 30 % zurückgehen sollen. Immerhin behauptet die Beschwerdeführerin nicht, dass die zweite Arbeitskraft bisher nicht ausgelastet gewesen wäre. Das kann in Anbetracht der nachfolgenden Erwägungen allerdings offen bleiben.

6.6 Der Beschwerdeführerin werden die genannten Beträge – entgegen ihrer Ansicht – aber nicht in vollem Umfang zur Schuldentilgung zur Verfügung ste-

hen. Er sind davon vorab die notwendigen Aufwendungen (Materialkosten, Miete, Löhne, Versicherungsbeiträge, etc.) abzuziehen. In diesem Zusammenhang ergibt sich aus der Rechtsschrift, dass die Lohnsumme im Geschäftsjahr 2010 Fr. 142'826.70 betragen hat, dass die Beschwerdeführerin seit dem Ausstieg eines Gesellschafters/Vorsitzender der Geschäftsführung (L.\_\_\_\_\_) im April 2011 nur noch von einem Gesellschafter geführt wird, dass bis zum November 2012 zwei Löhne zu bezahlen waren (derjenige des Gesellschafters und derjenige des Arbeitnehmers M.\_\_\_\_\_), dass die Beschwerdeführerin ab Dezember 2012 so- dann nur noch einen Lohn für den verbleibenden Gesellschafter zu bezahlen ha- ben wird, und dass daneben Fixkosten für ein Fahrzeugleasing bestehen (vgl. act. 2 S. 2 und S. 4). Die Beschwerdeführerin macht allerdings weder umfassende Angaben zur Zusammensetzung noch zur konkreten Höhe der laufenden Kosten und abzuziehenden Aufwendungen, weshalb sie zu schätzen sind.

6.6.1 Anhaltspunkte dafür liefern die eingereichte Aufstellung über die Kredi- toren und die bereits genannten Kontoauszüge. Aus der Kreditorenliste ergibt sich, dass der Monatslohn des Arbeitnehmers M.\_\_\_\_\_ Fr. 4'460.-- beträgt und sich die Leasingkosten monatlich auf Fr. 1'380.40 belaufen (act. 4/10). Anhand des eingereichten Kontoauszuges vom 1. Januar 2012 bis zum 26. Oktober 2012 (act. 4/8) kann ferner festgestellt werden, dass der Lohn des verbleibenden Ge- sellschafters Fr. 4'875.-- beträgt, und dass jeweils nur dieser regelmässig ausbe- zahlt wurde. Daneben wurden unregelmässig Löhne für verschiedene Arbeitneh- mer, teilweise auch in unterschiedlicher Höhe ausbezahlt, so dass daraus keine konkreten Rückschlüsse auf die kommenden Monate gemacht werden können. Zudem sind hauptsächlich Schalterbezüge ersichtlich, wobei nicht festzustellen ist, wofür diese Bezüge gemacht wurden. Da sich somit nur ein lückenhaftes Bild der monatlichen Ausgaben der Beschwerdeführerin ergibt, erscheint es ange- zeigt, für die Fixkosten pauschal auf die durchschnittlichen Ausgaben der vergan- genen 12 Monate abzustellen.

6.6.2 Die Kontoauszüge weisen für die letzten zwölf Monate vor der Kon- kurseröffnung (1. Oktober 2011 bis 30. September 2012) im Durchschnitt Ausga- ben von rund Fr. 39'300.-- pro Monat aus (act. 4/7-8). Da die Einkünfte in diesen

Monaten allerdings rund Fr. 41'000.-- betragen und vorliegend nur noch von Einnahmen in Höhe von Fr. 35'000.-- bzw. Fr. 25'000.-- (ab 1. Dezember 2012) auszugehen ist, rechtfertigt es sich, die ermittelten durchschnittlichen Ausgaben im gleichen Verhältnis (minus 14.64 % bzw. minus 39.02 %) zu reduzieren. Das ergibt geschätzte monatliche Ausgaben von rund Fr. 33'500.-- für Oktober und November 2012 bzw. Fr. 24'000.-- für Dezember 2012.

6.6.3 Nach dem Gesagten verbleibt der Beschwerdeführerin in den zwei Monaten Oktober 2012 und November 2012 bei einem vermuteten Einkommen von Fr. 35'000.-- und geschätzten Ausgaben von Fr. 33'500.-- je einen Überschuss von lediglich Fr. 1'500.--, die zur Schuldentilgung verwendet werden können. Im Dezember 2012 würde der Überschuss bei erwirtschafteten Einnahmen von Fr. 25'000.-- gar nur noch Fr. 1'000.-- betragen. Auch unter zusätzlicher Inanspruchnahme der gesamten flüssigen Mittel (Fr. 29'187.71) vermöchte die Beschwerdeführerin damit die in Betreuung gesetzten Forderungen (Fr. 52'068.60) nicht innert einer angemessenen Zeit und schon gar nicht bis zum Jahresende 2012 zu tilgen. Selbst wenn zu Gunsten der Beschwerdeführerin auch in den weiteren Monaten der Nebensaison von einem möglichen Überschuss von Fr. 1'000.-- bzw. in der Bausaison (1. April 2013 bis 30. November 2013) wieder von einem Überschuss von Fr. 1'500.-- monatlich ausgegangen würde, würde die Beschwerdeführerin ihre Schulden nicht vor März 2014 getilgt haben. Zudem sind dabei die genannten Kreditorenforderungen – deren exakte Höhe gestützt auf die vorliegenden Angaben allerdings nicht ermittelt werden kann, weil unklar ist, inwiefern diese bereits beim pauschalen Abzug berücksichtigt wurden (vgl. E. 5.3 vorstehend) – noch nicht eingerechnet.

7. Insgesamt bleibt somit festzustellen, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die Angaben in der Beschwerdeschrift und die eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft zu machen vermag, dass sie die bestehenden Schulden in Höhe von mindestens Fr. 52'068.60 innerhalb einer absehbaren Zeit wird tilgen sowie ihre laufenden Kosten wird bestreiten können und sie sich lediglich in einem vorübergehenden Liquiditätsengpass befindet. Die vorhanden flüssigen Mittel alleine reichen zur Schuldentilgung nicht aus, der Geschäftsbetrieb erwirtschaftet keinen

wesentlichen Gewinn und andere Möglichkeiten zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf. Vor diesem Hintergrund erscheint die Beschwerdeführerin nicht zahlungsfähig im Sinne des Gesetzes. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 7. November 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über die Beschwerdeführerin neu zu eröffnen.

8. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens durch die Beschwerdeführerin zu tragen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag von Fr. 8'637.95 ist dem Konkursamt D. \_\_\_\_\_ zuhanden der Konkursmasse der Beschwerdeführerin auszuzahlen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Beschwerdeführerin wird per **22. November 2012, 15.20 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegten Betrag von Fr. 8'637.95 an das Konkursamt D. \_\_\_\_\_ zu überweisen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt D.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E.\_\_\_\_\_, 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. K. Houweling-Wili

versandt am: