

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120219-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 27. November 2012

in Sachen

A1._____ & Partner, (Kommanditgesellschaft), unbeschränkt haftender Gesellschafter: A._____
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. November 2012 (EK121627)

Erwägungen:

1.1 Die Beschwerdeführerin ist seit dem tt.mm.1990 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt den Betrieb eines Fachlabors für Farb- und Schwarzweissfotografie. (Einziger) unbeschränkt haftender Gesellschafter (Komplementär) mit Einzelunterschrift ist A. _____ (vgl. act. 6).

1.2 Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 8. November 2012 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 11). Mit Beschwerde vom 13. November 2012 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung der Konkursforderung (act. 2). Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren leistete sie ebenso rechtzeitig (act. 4/4 und 7).

1.3 Der Beschwerde wurde mit Präsidialverfügung vom 16. November 2012 (einstweilen) aufschiebende Wirkung beigelegt. Gleichzeitig wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass die eingereichten Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit kaum genügend seien. Die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit innert der bis Montag, 19. November 2012 laufenden Rechtsmittelfrist weitere Unterlagen beizubringen, um ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (act. 9). Das wurde der Beschwerdeführerin am 16. November 2012 um 14:00 Uhr zudem telefonisch mitgeteilt (act. 24). Mit Eingabe vom 19. November 2012 (Datum Poststempel; act. 13) ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde und reichte fristgemäss weitere Unterlagen ein (act. 14-23).

2.1 Nach Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 lit. a ZPO in Verbindung mit Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO 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 zu machen. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und einen der drei Konkurshinderungsgründe mit Urkunden nachzuweisen hat (vgl. BSK SchKG II, 2. A. Basel 2010, Art. 174 N 20 ff.). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Es besteht keine Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen oder der Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt (vgl. BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.2 Um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, womit die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch 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. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz dafür gelten, dass keine dauerhafte Illiquidität vorliegt.

3.1 Der Konkurs über die Beschwerdeführerin wurde für die Forderung der Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 237.35 nebst Zins zu 5 % seit 7. Februar 2012 (Fr. 8.90) sowie Betreuungskosten von Fr. 81.80 eröffnet (act. 11). Die Beschwerdegegnerin hat den Zahlungseingang der Gesamtforderung im Betrag von Fr. 328.05 mit Datum vom 13. November 2012 quittiert (act. 4/2a). Die Beschwerdeführerin belegt zudem die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und der erstinstanzlichen Spruchgebühr im Betrag von Fr. 1'000.– (act. 4/3 und Prot. S. 2) sowie des Barvorschusses für die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 750.– (act. 4/4 und 7). Damit weist die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung ausreichend nach.

3.2.1 Im Hinblick auf ihre Zahlungsfähigkeit reichte die Beschwerdeführerin zunächst den Jahresabschluss 2011 ins Recht. Per 31. Dezember 2011 (act. 4/7) wies sie bei einer Bilanzsumme von Fr. 262'466.– einen Gewinn von Fr. 64'196.– aus. Aus dem Verlustvortrag von Fr. 113'223.– des Vorjahres 2010 ergab sich so ein Bilanzverlust von Fr. 49'027.–. Die ausstehenden Forderungen aus Leistungen (vor Wertberichtigung), welche zusammen mit den Sachanlagen den Hauptanteil der Aktiven der Beschwerdeführerin ausmachen, wurden mit Fr. 156'183.– beziffert, während diese Position im Vorjahr noch Fr. 214'732.– betrug. Das zeigt, dass die Beschwerdeführerin einen erheblichen Teil der Ende 2010 bestehenden Ausstände einholen bzw. diese gegenüber dem Vorjahr reduzieren konnte. Auf der Passivseite gelang es der Beschwerdeführerin im Jahr 2011 die kurzfristigen Verbindlichkeiten im Vergleich zum Vorjahr von Fr. 288'167.– auf rund Fr. 203'000.– zu reduzieren. Sämtliche kurzfristigen Verbindlichkeiten inkl. Finanzverbindlichkeiten waren durch das Umlaufvermögen weit besser gedeckt als 2010 (76%), nämlich zu rund 93%. Der Brutto-Dienstleistungsertrag belief sich auf Fr. 711'500.–. Das Verhältnis zu den per Ende 2011 ausstehenden Forderungen aus Leistungen von rund Fr. 156'000.– zeigt auf, dass die Rechnungen der Beschwerdeführerin im Durchschnitt innert 2.4 Monaten beglichen wurden. Die Beschwerdeführerin erwähnt denn auch, dass viele ihrer Kunden ihre Rechnungen erst nach 60 Tagen bezahlen würden (vgl. act. 13). Gemäss der mit Rechnungsdaten und -Nummern versehenen Debitorenliste vom 13. November 2012 (act. 4/5) haben sich die Debitoren zwischenzeitlich auf Fr. 248'015.– erhöht, wobei ein grosser Teil der gestellten Rechnungen im Gesamtbetrag von gegen Fr. 170'000.– erst in der zweiten Hälfte des Jahres 2012 fällig wurden bzw. im Dezember 2012 fällig werden. Die Beschwerdeführerin bezieht sich ausserdem auf eine Forderung gegenüber der C._____ im Betrag von Fr. 73'542.– (act. 4/5 S. 2; vgl. auch act. 19 und 20/1-2). Die Beschwerdeführerin erklärt hierzu, es sei vereinbart worden, C._____ erbringe die Gegenleistung in Form von Gartenarbeiten am Grundstück von A._____ und seiner (nicht an der Beschwerdeführerin beteiligten) Ehefrau D._____. Infolge der Geschäftslage sei das Projekt hinausgeschoben worden; wenn die Beschwerdeführerin das Geld brauche, sei an eine Hypothekarerhöhung auf der Liegenschaft gedacht worden (act. 19). Die Forde-

rung der Beschwerdeführerin gegenüber C._____ entpuppt sich so als Forderung gegenüber ihrem Komplementär und seiner Ehefrau. In dieser Hinsicht fällt auf, dass im Jahr 2011 eine Forderung der Beschwerdeführerin gegen A._____ von Fr. 73'211.– und zudem eine Forderung seiner Ehefrau gegen die Beschwerdeführerin im Betrag von Fr. 71'200.– bilanziert wurden (act. 4/7 S. 2). Gemäss der (provisorischen) Steuererklärung der Eheleute für das Jahr 2010 (act. 22) hat ihre Liegenschaft an der E._____ -Strasse ... in F._____ einen Steuerwert von Fr. 1'192'970.– und ist in der Höhe von Fr. 1'250'000.– belastet (act. 23/5-6 und 23/8). Die privaten Schulden übersteigen demnach das Vermögen der Eheleute (vgl. act. 23/1, 23/8 und 23/11). Unterdessen weist die Steuererklärung von A._____ und seiner Ehefrau für das Jahr 2010 ein steuerbares Einkommen von Fr. 248'439.– aus (act. 22). Das Netto-Erwerbseinkommen von A._____ wird mit Fr. 71'200.– angegeben. Aus dem beiliegenden Lohnausweis geht hervor, dass D._____ bei der G._____ AG Fr. 236'300.– netto verdient hat (act. 23/14). Lässt man die (aktuelle) Forderung der Beschwerdeführerin gegenüber den Eheleuten von Fr. 73'500.– dennoch wegen zweifelhafter Werthaltigkeit bzw. Einbringlichkeit ausser Betracht, bleiben gemäss der Debitorenliste per Mitte November 2012 noch Forderungen der Beschwerdeführerin im Betrag von Fr. 175'000.–.

An weiteren Aktiven führt die Beschwerdeführerin ein Konto der H._____ an, mit einem Kontostand von Fr. 6'677.– (act. 17) sowie ein Konto der I._____ mit einem Kontostand von Fr. 473.– (act. 18). Der beiliegende Kontoauszug der H._____ weist zwischen dem 5. Oktober 2012 und dem 19. November 2012 Gutschriften im Gesamtbetrag von Fr. 62'909.– und Belastungen von Fr. 57'199.– aus (act. 17). Aus dem Kontoauszug der I._____ vom 21. August 2012 bis 19. November 2012 ergeben sich Gutschriften im Betrag von insgesamt Fr. 31'435.– und Belastungen von Fr. 31'218.– (act. 18). Die Detailauszüge zeigen auf, dass der Beschwerdeführerin regelmässig Bargelddbeträge aus ihrer Rechnungsstellung (Zahlungseingänge "VESR" und "BESR") zugehen, die für die laufende Geschäftsführung bzw. zur Begleichung der geschäftlichen Verbindlichkeiten verwendet werden.

Insgesamt stellt sich das Umlaufvermögen der Beschwerdeführerin, bestehend aus Debitoren und flüssigen Mitteln (ohne Warenvorräte und angefangene Arbeiten), bei Konkurseröffnung im November 2012 auf gegen Fr. 185'000.– ein (gegenüber cirka Fr. 167'000.– per Ende 2011).

3.2.2 Dem stehen gemäss der mit der Beschwerde eingereichten Kreditorenliste vom 13. November 2012 (act. 4/6) zunächst Verbindlichkeiten von Fr. 151'600.– gegenüber. Per 31. Dezember 2011 wurde das kurzfristige Fremdkapital der Beschwerdeführerin noch mit Fr. 198'786.– bilanziert (act. 4/7). Die Kreditorenliste enthält zwar die inzwischen getilgte Forderung der Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 237.– (act. 4/6 S. 3), lässt hingegen mit den offenen Betreibungen der Beschwerdeführerin gemäss Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts J._____ (act. 16) keine Übereinstimmungen erkennen. Im Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 19. November 2012 wurden gegen die Beschwerdeführerin 53 Betreibungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 133'700.– angehoben. Davon sind 30 Betreibungen im Totalbetrag von gegen Fr. 83'500.– durch Zahlung an das Betreibungsamt (mit Datumsangabe) als erledigt vermerkt. Nebst dem wurde (wie bereits erwähnt) die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ...) inzwischen getilgt. Bezüglich 12 weiterer (der 53) Betreibungen im Betrag von insgesamt rund Fr. 32'500.– macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe diese direkt bezahlt. Nur habe ihr für die Einreichung der betreffenden Belege die Zeit gefehlt, sie bestätige aber schriftlich, dass die Betreibungen erledigt seien, ansonsten diese weitergezogen worden wären (act. 15). Ein Weiterzug der Betreibungen mangels Tilgung ist insofern kaum plausibel, als viele Gläubiger den Kostenvorschuss scheuen und daher nach der Konkursandrohung häufig kein Konkursbegehren stellen. Die behauptete Erledigung der Betreibungen kann ohne Belege nicht als glaubhaft gelten. Die Belastungen in den eingereichten Kontoauszügen der H._____ und der I._____ (act. 17 und 18) decken sich zudem nicht mit den behaupteten Zahlungen der Beschwerdeführerin. Bei zwei weiteren Betreibungen der Gläubiger K._____ AG im Betrag von Fr. 7'431.– (Nr. ...) und L._____ AG von Fr. 1'296.– (Nr. ...) mit erfolgten Konkursandrohungen vermerkt die Beschwerdeführerin, sie habe mit den beiden Gläubigern Abzahlungsvereinbarungen geschlossen, allerdings wiederum ohne dies zu

belegen. Immerhin lässt sich den eingereichten Kontodetails des Geschäftskontos bei der I._____ (act. 18) entnehmen, dass die Beschwerdeführerin am 19. November 2012 eine Zahlung an die K._____ AG im Betrag von Fr. 1'500.– geleistet hat, was auf Ratenzahlungen hindeutet. Die Beschwerdeführerin führt im Weiteren aus, sie habe vor Fristablauf noch vier weitere, in Betreuung gesetzte Forderungen (von insgesamt Fr. 7'296.–) bezahlen wollen, worauf ihr das Betreibungsamt indes mitgeteilt habe, sie könne das erst nach dem Urteil (des Obergerichts) machen (act. 15). Das mag zutreffen. Die Auskunft wäre richtig gewesen, wenn und insoweit der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (noch) nicht zuerkannt war, ab der Gewährung der aufschiebenden Wirkung wären Zahlungen ab den Konti der Beschwerdeführerin indessen möglich gewesen. Wie dem aber auch sei: Auch diese Betreibungen sind offen. Insgesamt ist aufgrund des Registerauszuges von offenen Betreibungen im Betrag von total cirka Fr. 50'000.– auszugehen.

Zusammen mit den von der Beschwerdeführerin gelisteten Kreditoren ergibt sich so ein Gesamtbetrag an kurzfristigen Verbindlichkeiten von gegen Fr. 200'000.–.

3.2.3 Zu beachten ist, dass es hier nicht um eine vertiefte Analyse des Betriebes geht (welche etwa für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit aus Sicht einer Bank erforderlich wäre), sondern (nur) um das Glaubhaftmachen der kurz- bis mittelfristigen Chancen der Unternehmung. Unter diesem eingeschränkten Aspekt kann davon ausgegangen werden, dass sich die kurzfristig zu bedienenden Forderungen der Beschwerdeführerin und ihre Debitoren und flüssigen Mittel in einem (noch) tolerierbaren (ausgleichbaren) Verhältnis befinden resp. zwischen ihnen eine nicht unbezwingbare Differenz (von ungefähr Fr. 15'000.–) besteht.

3.2.4 Zum aktuellen Geschäftsgang führt die Beschwerdeführerin aus, das Auftragsvolumen sei in nächster Zeit sehr erfreulich. Sie habe einen neuen ...-Drucker, der viele neue Kunden bringe. So habe der ehemalige ...-Fotograf M._____ für einen Print-Auftrag gewonnen werden können; N._____ vom ... Verlag komme mit einem Auftragsvolumen von Fr. 50'000.– und das Museum O._____ gebe zwei grosse Ausstellungen in Auftrag (act. 13). In dieser Hinsicht

reicht die Beschwerdeführerin insgesamt sechs Offerten ins Recht: Zwei Offerten an das Museum O._____, die eine vom 17. Oktober 2012 für einen Auftrag ("...") über rund Fr. 9'100.– (act. 14/1), die andere ("P._____") mit Einzelpreisen von bis zu Fr. 320.–, wobei die Beschwerdeführerin anmerkt, das Gesamt-Volumen für diese Ausstellung betrage Fr. 20'000.– bis Fr. 30'000.– (act. 14/4); im Weiteren eine Offerte vom 11. Oktober 2012 für eine Ausstellung von M._____ in ... an ... über Fr. 34'300.– (act. 14/2), eine Offerte "Prints für Q._____" ohne Datum an R._____ AG – welche Firma bereits unter den Debitoren aufgeführt wird (vgl. act. 4/5 S. 2) – im Betrag von Fr. 7'400.– (act. 14/3) und schliesslich eine Offerte vom 1. Oktober 2012 an S._____ für "InkJet ..." über Fr. 18'650.– (act. 14/5). Dass sich aus einem wesentlichen Teil der Offerten im Gesamtbetrag von fast Fr. 100'000.– inzwischen definitive Aufträge für die Beschwerdeführerin ergeben haben oder in nächster Zeit ergeben, ist möglich und nicht unglaublich, obschon den Unterlagen der Beschwerdeführerin in diesem Punkt (einmal mehr) nicht die gewünschte Aussagekraft zukommt. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zu den Debitoren und Kreditoren der Beschwerdeführerin und mit Blick auf den aus dem Betreibungsregister und den Kontodetails der Geschäftskonti ersichtlichen Umstand, dass die Beschwerdeführerin in der (jüngsten) Vergangenheit doch immer wieder auch grössere Zahlungen erhielt und (daher) zu leisten vermochte (vgl. act. 16 S. 2-3; act. 17 und 18), können die erwähnten Offerten als ausreichendes Indiz für die Lebensfähigkeit der Unternehmung gelten.

3.3 So weit erscheint in dieser Situation glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin in absehbarer Zeit die bestehenden Verpflichtungen wird tilgen können. Angesichts des geringen Betrages der konkursaushörenden Forderung ist es im Übrigen plausibel, dass die Konkursöffnung – wie die Beschwerdeführerin sinn- gemäss ausführt (act. 2 und 15) – auf eine Nachlässigkeit bei der Buchhaltung und nicht auf einen gravierenden Liquiditäts-Engpass zurückzuführen ist.

Die Beschwerdeführerin muss sich indessen klar sein, dass neue Konkursandrohungen resp. eine weitere Konkursöffnung in nächster Zukunft die Beurteilung so verändern könnte, dass dannzumal eine Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen, und der Konkurs ist aufzuheben.

4. Obwohl die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Spruchgebühren beider Instanzen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. November 2012, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt T. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug der Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt T._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt J._____, 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. V. Seiler

versandt am: