

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110159-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 23. September 2011

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B. \_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B. \_\_\_\_\_,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 5. September  
2011 (EK111314)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 5. September 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Zürich für eine Forderung von Fr. 6'043.70 nebst 5% Zins seit 1. Januar 2011 zuzüglich Fr. 29.-- Mahn- und Fr. 40.-- Contentieuxkosten (Art. 106 OR) sowie Fr. 161.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7). Mit Eingabe vom 6. September 2011 ersucht diese um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Weiter wies sie die Zahlung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten nach (act. 4/2); somit liegt der Konkurshinderungsgrund der Tilgung vor (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Schliesslich stellte sie die zweitinstanzlichen Gerichtskosten in Höhe von Fr. 750.-- sowie die allfälligen Kosten des Konkursamtes sicher (act. 4/3 und 5).

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 sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Verfügung vom 6. September 2011 wurde der Beschwerde antragsgemäss einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Sodann wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Eingabe bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ergänzen kann (act. 9). Innert Frist reichte die Schuldnerin eine ergänzte Beschwerdeschrift mit dem Antrag um Aufhebung des Konkursdekretes sowie diverse Unterlagen ein (act. 13 und 14/5-15).

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) Die Schuldnerin erwähnt vorab, zur jetzigen Situation sei es wegen Abstimmungsproblemen zwischen dem Geschäftsführer C.\_\_\_\_\_ und der für Zahlungen zuständigen Person gekommen. Über die Fortsetzung der Betreuung durch die Gläubigerin und die Vorladung zur Konkursverhandlung sei C.\_\_\_\_\_ nicht informiert worden, weshalb der Konkurs in seiner Abwesenheit eröffnet worden sei (act. 13 S. 3 f.).

b) Gemäss Art. 138 Abs. 2 ZPO ist eine Zustellung erfolgt, wenn die Sendung vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens sechzehn Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten persönlich zuzustellen. Aufgrund des Empfangsscheins ist von einer ordnungsgemässen Zustellung im Sinne dieser Bestimmung auszugehen. Danach wurde der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung vom 5. September 2011 am 10. August 2011 zugestellt. Dass sie C.\_\_\_\_\_ nicht persönlich ausgehändigt wurde, ist durchaus möglich, wie ein Vergleich der Unterschriften auf dem Empfangsschein und der von C.\_\_\_\_\_ an den schuldnerischen Rechtsvertreter erteil-

ten Vollmacht ergibt (act. 3 und 8/4, act. 13 S. 3). Der Einwand, dass die Vorladung intern nicht an C.\_\_\_\_\_ weitergeleitet wurde, vermag an der Gültigkeit der Zustellung jedoch nichts zu ändern; anderslautende Anweisungen des Gerichts werden weder behauptet noch ergeben sich solche aus den Akten. Die Voraussetzungen für eine allfällige Wiederherstellung der Konkursverhandlung sind schliesslich nicht zu prüfen, da kein entsprechendes Gesuch gestellt wurde.

6.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss den vorgelegten Auskünften (sowohl summarisch als auch detailliert) aus dem Register des Betreibungsamtes U.\_\_\_\_\_ (act. 14/12-13) wurden seit 1. Januar 2009 bis 14. September 2011 11 Betreibungen eingeleitet, wovon zehn durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Betreibungen sowie der Umstand, dass nach dem summarischen Auszug in zwei Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betreibung Nr. ... erscheint in den Auszügen nicht, da sie gemäss telefonischer Auskunft des Betreibungsamtes am 14. September 2011 auf Antrag der Gläubigerin gelöscht wurde (act. 15). Die hier ergangene Konkursandrohung fällt zusätzlich zu den beiden bereits erwähnten an. Wie dargelegt wurde aber auch diese Forderung inzwischen getilgt. Die am tt. Mai 2009 eingegangene Betreibung Nr. ... ist schliesslich durch Rechtsvorschlag gehemmt. Da seither offenbar keine Inkassoschritte mehr unternommen worden sind, rechtfertigt es sich, diese unberücksichtigt zu lassen. Damit verbleiben gegenwärtig keine in Betreibung gesetzten offenen Forderungen.

b) Die Schuldnerin nennt unter Hinweis auf die Kreditorenliste per 15. September 2011 Schulden in Höhe von Fr. 42'485.20 (act. 13 S. 4, act. 14/10). Dabei berücksichtigte sie allerdings lediglich die bis zum 18. September 2011 fällig gewordenen Positionen. In der Liste erscheinen aber zahlreiche weitere Ausstände, welche allesamt bis spätestens 31. Oktober 2011 und damit kurzfristig fällig werden. Diese von der Schuldnerin nirgends erwähnten Verpflichtungen sind ebenfalls miteinzubeziehen, weshalb ihre Kreditoren beachtliche Fr. 191'641.94 betragen. Sodann reichte die Schuldnerin einen ungeprüften und

einen revidierten Jahresabschluss per 31. Dezember 2010 sowie einen Zwischenabschluss per 31. August 2011, der auch die Vorjahreszahlen enthält, ein (act. 4/4 und 14/5-6, act. 13 S. 4). Vorab ist auf erhebliche, nicht nachvollziehbare Divergenzen in den Bilanzen für das Jahr 2010 hinzuweisen. So weist der ungeprüfte Abschluss eine Bilanzsumme in Höhe von Fr. 4'236'167.04 aus, während im geprüften, der mehr oder weniger mit dem Vorjahr im Zwischenabschluss übereinstimmt, eine solche von Fr. 1'161'387.95 erscheint. Im ersteren belaufen sich die Positionen "Flüssige Mittel" und "Kreditoren" auf Fr. 147'640.54 bzw. Fr. 0.-- im Vergleich zu Fr. 20'444.95 bzw. Fr. 240'109.82 im letzteren. Angesichts dieser Unstimmigkeiten, zu denen sich die Schuldnerin mit keinem Wort äussert, kann nicht vorbehaltlos auf den Zwischenabschluss abgestellt werden. Dies zeigt sich nur schon darin, dass er keine (Lieferanten-)Kreditoren ausweist, die Schuldnerin selbst aber von den erwähnten Fr. 42'485.20 ausgeht (die indes wie dargelegt auf Fr. 191'641.94 zu korrigieren sind). Ebenso wenig führt er im Gegensatz zum Vorjahr die Kreditoren "Mehrwertsteuer" und "E.\_\_\_\_\_" an; diese finden sich aber immerhin in der Kreditorenliste. Hingegen erscheinen wiederum ein Aktionärsdarlehen von Fr. 2'334'183.69 und ein Darlehen der D.\_\_\_\_ AG über Fr. 295'439.18. Hierzu erklärt die Schuldnerin, sie sei von ihrem Eigentümer C.\_\_\_\_\_, dem auch das Reinigungsunternehmen "D.\_\_\_\_ AG" gehöre, finanziert und verfüge über keinerlei Bank- oder Drittkredite (act. 13 S. 5). Diese Darlehen dürften somit nicht kurzfristig zurückzuzahlen sein, da für das Aktionärsdarlehen gemäss dem Revisionsbericht für Fr. 2'015'956.22 eine (nicht eingereichte) Rangrücktrittserklärung vorliegt (act.14/5) und die Darlehensgeber der Schuldnerin nahe stehen. Damit hat die Schuldnerin offene kurzfristige Verbindlichkeiten von rund Fr. 191'641.94.--. Demgegenüber führt sie per 15. September 2011 Debitoren in Höhe von Fr. 26'390.23.-- an (act. 14/9). Diese scheinen mehrheitlich bereits fakturiert zu sein, weshalb mit den Eingängen innert nützlicher Frist gerechnet werden darf. Weiter macht sie ein Guthaben bei der E.\_\_\_\_\_ in Höhe von Fr. 8'043.-- geltend (act. 13 S. 5 und 14/11). Dieses ist jedoch unbeachtlich, da unklar bleibt, ob es sich dabei um einen effektiv zu erwartenden Zufluss oder bloss um eine Rechnungskorrektur handelt. Ebenso müssen mangels näherer Angaben die mit einem Negativsaldo ausgewiesenen transitorischen Passiven (im Wesentli-

chen verschiedene Durchlaufkonti) unberücksichtigt bleiben. Die schuldnerischen Konti bei der F. \_\_\_\_\_ und der G. \_\_\_\_\_ wiesen per 14. bzw. 13. September 2011 ein Guthaben von Fr. 58'157.41 und Fr. 211.41 aus (act. 14/7-8). Es liegen somit liquide Mittel von Fr. 58'368.82 vor. Die im Zwischenabschluss aufgeführten Vorräte, Mobilien und Immobilien 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 Guthaben sowie die flüssigen Mittel die Verbindlichkeiten bei weitem nicht zu decken. Gestützt auf diese aktuellen Zahlen beträgt der Liquiditätsgrad II [(liquide Mittel + kurzfristige Forderungen) x 100 / kurzfristiges FK] - unter Ausschluss der beiden langfristigen Darlehen - 44% und liegt somit deutlich unter dem anzustrebenden Wert eines gesunden Unternehmens von 100%.

Stellt man gestützt auf den Zwischenabschluss dem Fremdkapital (Fr. 2'579'215.91) die Aktiven (Fr. 1'213'777.38) gegenüber, so ergibt sich eine klare Unterdeckung. Damit ist eine Überschuldung ausgewiesen. Berücksichtigt man aber die vorhin erwähnte Rangrücktrittserklärung, ist - auch wenn sich dadurch an der Höhe der Passiven nichts ändert - im Ergebnis nicht (mehr) von einer eigentlichen Überschuldung auszugehen, da der Rangrücktritt das Ausmass der Überschuldung deutlich übersteigt. Aus diesem Grund sah der Verwaltungsrat gemäss Prüfungsbericht der Revisionsstelle für das Jahr 2010 trotz Überschuldung von der Benachrichtigung des Richters ab (act. 14/5). Dennoch scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen in absehbarer Zeit zu befriedigen, aufgrund der dargelegten Verhältnisse als nicht gegeben. Ihrem Einwand, mit den Bareinnahmen von Fr. 200'000.-- pro Monat könne sie all ihren Verpflichtungen nachkommen (act. 13 S. 5), ist entgegenzuhalten, dass sich die monatlichen Kosten (Waren-, Personal- und Betriebsaufwand) gemäss Bilanz 2010 auf etwa diesen Betrag belaufen (act. 14/5). Sie verfügt somit nicht über hinreichend flüssige Mittel, um zusätzlich ihre Schulden abzutragen. Für das Jahr 2011 macht die Schuldnerin unter Hinweis auf den provisorischen Abschluss zwar tiefere Kosten gelten (act. 13 S. 4). Dies erscheint jedoch wenig glaubhaft, denn die nicht erfolgte Bilanzierung der Kreditoren bedeutet, dass ent-

sprechende Buchungen auch auf der Aufwandseite fehlen. Die effektiven Kosten müssen somit deutlich höher ausgefallen sein. Nicht dargetan ist zudem, weshalb beispielsweise die Warenkosten bei gleichem Umsatz deutlich tiefer ausfallen sollen. Insbesondere lässt auch der letztjährige Gewinn von Fr. 334'383.95 nicht auf Liquidität schliessen, da dieser soweit ersichtlich grösstenteils auf einen Forderungsverzicht von Fr. 300'000.-- zurückzuführen ist (act. 14/5). Der eigentliche Gewinn beträgt damit nur ca. Fr. 34'400.--. 2009 resultierte denn auch ein beträchtlicher Verlust von Fr. 289'360.72. Der im Zwischenabschluss ausgewiesene Gewinn von Fr. 459'529.20 ist zufolge der fehlenden Buchungen ebenfalls wenig aussagekräftig. Schliesslich ist auch der Einwand der Schuldnerin, C.\_\_\_\_\_ sei in der Lage, Zahlungsengpässe jederzeit zu finanzieren (act. 13 S. 6) unbehelflich. Weder liegen eine derartige Erklärung noch Unterlagen zu dessen wirtschaftlicher Situation vor. Sollte sie geltend machen, C.\_\_\_\_\_ könne ihr über seine zweite Gesellschaft "D.\_\_\_\_\_ AG" Mittel zugänglich machen (act. 13 S. 5) gilt dasselbe: Allein der Umstand, dass diese Gesellschaft keine Betreibungen aufweist, gibt keinen hinreichenden Aufschluss über deren Möglichkeit zur Unterstützung der Schuldnerin (act. 14/14). Weiteres zu ihren Finanzen ist nicht bekannt; insbesondere blieb die Behauptung, dass sie 2011 einen Umsatz von Fr. 4,5 Mio. erzielen wird, gänzlich unbelegt (act. 13 S. 5). In Gesamtwürdigung der finanziellen Lage der Schuldnerin kann damit nicht davon ausgegangen werden, diese befinde sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass und die Konkurseröffnung sei auf eine Unachtsamkeit zurückzuführen (act. 1 S. 3). Sie 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.

7. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **23. September 2011, 11.55 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Y.\_\_\_\_\_ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt Y.\_\_\_\_\_, ferner durch besondere Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt U.\_\_\_\_\_, 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: