

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120056-O/U

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

## Urteil vom 23. März 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG**, Präsident des Verwaltungsrates: **B.\_\_\_\_\_**  
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**C.\_\_\_\_\_ AG**,  
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 28. Februar 2012 (EK120150)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom tt. Februar 2012 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 2). Mit Beschwerde vom 16. März 2012 (überbracht am 19. März 2012) beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung der betriebenen Konkurssumme und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 20. März 2012 entsprochen (act. 9). Gleichzeitig mit der Beschwerdeerhebung leistete die Beschwerdeführerin zudem den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5).

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 am 19. März 2012 und damit am letzten Tag der zehntägigen Beschwerdefrist (vgl. act. 3/4, act. 7/7) beim Obergericht einen Betrag in Höhe von Fr. 2'000.-- zu Gunsten der Beschwerdegegnerin. Die Konkursforderung (Fr. 1'237.70) beträgt samt Zins bis zum 19. März 2012 (Fr. 31.05) und Kosten (Fr. 444.50) insgesamt Fr. 1'713.25 und ist durch den hinterlegten Betrag gedeckt. Ferner bezahlte die Beschwerdeführerin beim Obergericht einen Betrag in Höhe von Fr. 1'000.-- zur Deckung der Kosten des Kon-

kursamtes und des Konkursgerichtes (act. 5). Gemäss telefonischer Auskunft des Konkursamtes D.\_\_\_\_\_ reicht der Betrag von Fr. 1'000.--, um die Kosten im Falle der Konkursaufhebung zu decken (act. 4). Damit liegt der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor.

4. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat ein Schuldner wie ausgeführt zudem 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 D.\_\_\_\_\_ vom 19. März 2012 weist für die Zeit vom 17. März 2010 bis zum 19. März 2012 insgesamt 9 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 117'531.70 aus, wovon 3 Beteiligungen im Betrag von Fr. 10'942.05 durch Zahlung erledigt wurden (act. 3/1). Eine weitere Beteiligung über Fr. 34'589.30 wurde mit einem Verlustschein nach Art. 115 SchKG erledigt (Verlustschein über Fr. 36'873.40). Abzüglich der Konkursforderung (Fr. 1'487.70) bestehen gemäss diesem Betreibungsregisterauszug derzeit somit noch 4 offene Beteiligungen in der Höhe von Fr. 70'512.65. Bei den offenen Beteiligungen handelt es sich um eine Forderung von Rechtsanwalt E.\_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 2'864.55 und eine Forderung der F.\_\_\_\_\_ GmbH im Betrag von Fr. 8'647.70, bei welchen erst der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, sowie eine Forderung der G.\_\_\_\_\_ GmbH im Betrag von Fr. 57'512.70 und eine weitere Forderung der Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 1'487.70. Bei den zwei letztgenannten Forderungen ist bereits die Konkursandrohung zugestellt.

5.2 Zu der weiteren Forderung der Beschwerdegegnerin und den Forderungen von Rechtsanwalt E. \_\_\_\_\_ und der F. \_\_\_\_\_ GmbH führt die Beschwerdeführerin aus, dass sie diese Forderungen noch in der Woche vom 19. März 2012 beim Betreibungsamt bezahlen oder, wenn das Betreibungsamt keine Zahlungen annehmen sollte, hinterlegen werde (act. 3/1). Diese Äusserung ist jedoch unbehelflich, zumal vorliegend alleine die Verhältnisse bis zum Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist am 19. März 2012 (act. 3/4, act. 7/7) massgebend sind.

5.3 Insgesamt bestehen damit gegen die Beschwerdeführerin offene, in Betreuung gesetzte Forderungen im Umfang von Fr. 70'512.65, deren Durchsetzung im Umfang von Fr. 59'000.40 unmittelbar drohen, und ein Verlustschein in Höhe von Fr. 36'873.40.

6.1 Diesen Forderungen stehen gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten provisorischen Bilanz per 31. Dezember 2010 flüssige Mittel, Wertchriften und Debitoren in Höhe von rund Fr. 85'630.-- gegenüber. Eine definitive Bilanz für das Jahr 2010 oder eine provisorische Bilanz für das Jahr 2011 reichte die Beschwerdeführerin hingegen nicht ein. In Anbetracht dessen, dass es sich bei den vorliegenden Zahlen bloss um provisorische handelt und diese bereits über ein Jahr zurückliegen – sie also in gewisser Weise veraltet sind – kann nicht davon ausgegangen werden, diese flüssige Mittel stünden heute noch so zur Verfügung. Aus diesem Grund kann nicht darauf abgestellt werden. Im Gegenteil, es mutet gar merkwürdig an, warum die Beschwerdeführerin keine aktuelleren Zahlen einreichte. Von einer ordnungsgemäss geführten Unternehmung ist jedenfalls zu erwarten, dass sie im Februar / März 2012 über einen provisorischen Abschluss per Ende 2011 verfügt.

6.2 Im Weiteren reichte die Beschwerdeführerin drei Schreiben von verschiedenen Vertragspartnern ein, die vom 26. Januar 2012, vom 12. Januar 2012 und vom 25. Februar 2012 datieren (act. 3/2/1-3). In diesen Schreiben wird jeweils bestätigt, dass der Beschwerdeführerin aus Auftrag Mitte April 2012 ein Betrag in Höhe von € 21'338.--, sowie von € 4'342.-- bzw. von € 35'670.-- bezahlt werden wird. Insgesamt sollen der Beschwerdeführerin ab Mitte April 2012 also voraussichtlich insgesamt € 61'350.-- bzw. rund Fr. 74'000.-- (bei einem Wechsel-

kurs von 1.21) zur Verfügung stehen. Mit diesem Betrag könnten die in Betreuung gesetzten Forderungen in Höhe von Fr. 70'512.65 getilgt werden. Zu beachten gilt es aber, dass es sich dabei um Entgelt für noch zu leistende Aufträge handelt. Die Ausführung dieser Aufträge wird erfahrungsgemäss Kosten verursachen (Lohnkosten und Sachaufwand usw.). Die eingereichten Unterlagen bringen keinen Aufschluss darüber, in welchem Umfang die in Aussicht stehenden Gelder zur Umsetzung der Aufträge und für die üblichen Betriebskosten benötigt werden und inwiefern sie der Beschwerdeführerin zur Tilgung von offenen Forderungen zur Verfügung stehen. Es kann daher nicht stichhaltig angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin den gesamten Betrag zur Schuldenbereinigung verwenden können. Dargelegt ist einzig, dass der Beschwerdeführerin voraussichtlich Mitte April Einnahmen aus drei Geschäftsvorgängen anfallen werden.

6.3 Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin eine private Erklärung ihres Verwaltungsratspräsidenten vom 19. März 2012 eingereicht, wonach sich dieser bereit erklärt, den Betrag für die Tilgung der Forderung der G.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 57'512.70 aus seinem privaten Vermögen zur Verfügung zu stellen, falls die Beschwerdeführerin den Betrag nicht bis zum 15. April 2012 – und damit vor Eingang der erwarteten Zahlungen aus Auftrag – beglichen haben wird (act. 3/5). Diese Erklärung nimmt Bezug auf einen Auszug der ... [Bank] vom 2. März 2012, woraus sich ergibt, dass in das Depot des Verwaltungsratspräsidenten am 28. Februar 2012 220'000 Aktien der H.\_\_\_\_\_ AG mit einem Nominalwert von je Fr. 10.-- eingebucht worden sind (act. 3/5). Zur Werthaltigkeit dieser Aktien, die nicht an einer Börse kotiert sind und daher über keinen erkennbaren Marktwert verfügen, wird von der Beschwerdeführerin ebenfalls nichts dargelegt. Möglich ist daher, dass die Aktien einen Wert haben oder gerade keinen.

7. Entscheidend für die Aufhebung der Konkureröffnung ist aber ohnehin nicht primär, wie hoch die offenen Forderungen bzw. Schulden sind, sondern wie liquid eine Unternehmung als solche ist, so dass es ihr möglich ist, die bestehenden Schulden innerhalb einer voraussehbaren Zeit abzutragen. Dies lässt sich anhand der Kennzahlen der Bilanz ermitteln. Die Beschwerdeführerin verzichtete allerdings – wie bereits erwähnt – auf das Einreichen einer aktuellen Bilanz, wes-

halb die Kennzahlen basierend auf der provisorischen Rechnung für das Jahr 2010 für die gegenwärtige finanzielle Lage der Beschwerdeführerin nicht aussagekräftig sind, zumal die offenen Forderungen allesamt in der zweiten Hälfte 2011 und im Januar 2012 in Betreuung gesetzt worden sind. Auch der Verlustschein, der Schulden belegt, datiert vom 9. November 2011.

8.1 Insgesamt bleibt somit festzustellen, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die genannten Unterlagen und ihre eher kurz gehaltenen Ausführungen nicht glaubhaft zu machen vermag, dass sie die bestehenden Schulden in Höhe von Fr. 107'386.05 (Fr. 70'512.65 und Fr. 36'873.40) innerhalb einer angemessenen Zeit wird tilgen sowie ihre laufenden Kosten wird bestreiten können und sie sich lediglich in einem vorübergehenden Liquiditätsengpass befindet. Das ist auch nicht anders zu beurteilen, wenn davon ausgegangen würde, der Verwaltungsratspräsident würde die Forderung der G.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 57'512.70 bezahlen. Selbst dann würden noch Schulden in Höhe von Fr. 49'873.35 bestehen, wobei nicht dargetan ist, dass diese Schulden durch die voraussichtlich ab Mitte April 2012 zur Verfügung stehenden knapp Fr. 74'000.-- beglichen werden können, weil diese Mittel ja auch der Betriebsführung und der Auftragsabwicklung zu dienen haben und weitere Einkünfte der Beschwerdeführerin nicht dargetan sind. Vor diesem Hintergrund vermag der Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht glaubhaft zu machen.

8.2 Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 20. März 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über die Beschwerdeführerin neu zu eröffnen.

9.1 Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens durch die Beschwerdeführerin zu tragen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen.

9.2 Der bei der Obergerichtskasse zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag von Fr. 2'000.-- ist dem Konkursamt D.\_\_\_\_\_ zuhanden der Konkursmasse der Beschwerdeführerin zu auszuzahlen. Ferner ist der bei der Obergerichtskasse von der Beschwerdeführerin zur Deckung der Kosten des

Konkursgerichtes und des Konkursamtes bezahlte Vorschuss von Fr. 1'000.-- ebenfalls an das Konkursamt D. \_\_\_\_\_ zu überweisen. Dieses ist im Rahmen der Durchführung des Konkurses für die Behandlung der überwiesenen Kostenvorschüsse (Fr. 1'400.-- seitens der Beschwerdegegnerin via Konkursgericht und Fr. 1'000.-- seitens der Beschwerdeführerin via Obergericht) zuständig.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Beschwerdeführerin wird per **tt. März 2012, 13.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, sowohl den bei ihr zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegten Betrag von Fr. 2'000.-- als auch den bei ihr zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes bezahlten Betrag von Fr. 1'000.-- an das Konkursamt D. \_\_\_\_\_ zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 1, 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 D. \_\_\_\_\_, 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. Wili

versandt am: