

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120087-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 11. Juni 2012

in Sachen

A._____ GmbH, Geschäftsführer: **B._____**,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung C._____,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 3. Mai 2012 (EK120525)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 3. Mai 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 4'779.80 nebst 5% Zins seit 31. März 2011 zuzüglich Fr. 50.-- Regl. Mahn- und Fr. 100.-- Regl. Inkassokosten sowie Fr. 242.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt diese die Aufhebung des Konkursdekretes und reicht zwei Beilagen ein (act. 2, act. 4/1-2).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Gemäss der mit der Beschwerdeschrift eingereichten Abrechnung des Betreibungsamtes D._____ bezahlte die Schuldnerin am 9. Mai 2012 die Konkursforderung samt Betreibungs-, Mahn- und Inkassokosten (act. 4/1). Mit Verfügung vom 11. Mai 2012 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass ihre Beschwerde unvollständig sei, sie diese aber bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Sie müsse die gesamte Konkursforderung samt Zinsen und Kosten – letztere würden neben den bereits bezahlten auch die beim Konkursamt anfallenden sowie die erstinstanzlichen Kosten umfassen – begleichen bzw. sicherstellen und ihre Zahlungsfähigkeit nachweisen. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert. Schliesslich wurde der Schuldnerin

Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt (act. 7).

Am 15. Mai 2012 und damit innert der Beschwerdefrist bestätigte das Konkursamt E._____ die Sicherstellung seiner sowie der erstinstanzlichen Kosten. Im Weiteren teilte es mit, dass der von der Schuldnerin beim Betreibungsamt bezahlte Betrag auf sein Amtskonto zugunsten der Konkursmasse der Schuldnerin überwiesen werde und bei Gutheissung der Beschwerde der Gläubigerin zur Verfügung stehe (act. 9). Damit ist die Konkursforderung vollständig beim Konkursamt zuhanden der Gläubigerin hinterlegt. Die Schuldnerin reichte sodann weitere Unterlagen zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ein und stellte die zweitinstanzlichen Gerichtskosten sicher (act. 10 und 11/1-6, act. 12). Mit Verfügung vom 22. Mai 2012 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 13).

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 Betreibungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes D._____

(act. 11/3) wurden in der Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 14. Mai 2012 14 Betreibungen eingeleitet, wovon eine durch Zahlung erledigt und eine weitere erloschen ist. In zwei Betreibungen kam es zur Verwertung, wobei jeweils ein Verlustschein nach Art. 149 SchKG resultierte. Hinzu kommt ein dritter Verlustschein in einer offenbar vor der vom Auszug erfassten Zeitspanne eingeleiteten Betreibung. Die Anzahl Betreibungen sowie der Umstand, dass in zwei Fällen die Konkursandrohung erfolgte und im Weiteren drei Verlustscheine bestehen, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betreibung Nr. 1 inzwischen getilgt. Damit sind gegenwärtig noch 9 Betreibungen von total Fr. 47'734.60 offen. Im Beschwerdeverfahren wies die Schuldnerin die Bezahlung der Betreibung Nr. 2 nach (act. 11/1 und 11/5 S. 4). Zu den Betreibungen Nr. 3, 4, 5 – diese wurde bereits am 1. Februar 2012 bezahlt – und 6 verweist sie auf einen Kontoauszug der Eidgenössischen Steuerverwaltung, wonach noch Fr. 2'158.-- offen sind (act. 11/1 und 11/4). Zwar lässt sich diese Abrechnung aufgrund des Forderungsbetrages und dessen Valutadatum sowie der den Zahlungsbefehlskosten angefügten Nummer in erster Linie der Betreibung Nr. 6 zuordnen. Ob die beiden anderen noch offenen Betreibungen der Steuerverwaltung mitberücksichtigt sind, geht aus der Aufstellung nicht mit Sicherheit hervor. Da aber der Kontoauszug explizit die offenen Posten aufführt und auch weitere (noch nicht eingereichte bzw. verarbeitete) Abrechnungen erwähnt, darf mit der Schuldnerin angenommen werden, der Saldo gebe die Gesamtschuld wieder; dies umso mehr, als die Betreibungen Nr. 3 und Nr. 4 – letztere ist durch Rechtsvorschlag gehemmt – seit 2010 nicht fortgeführt wurden. Damit sind gegenwärtig Mehrwertsteuerschulden von Fr. 2'158.-- offen. Die Betreibung Nr. 7 bezeichnet die Schuldnerin als durch Verrechnung getilgt (act. 11/1). Trotz des ausdrücklichen Hinweises in der Verfügung vom 11. Mai 2012 erbringt sie indes keinen entsprechenden Nachweis, weshalb diese Betreibung als geschuldet zu gelten hat. Gleich verhält es sich mit der Betreibung Nr. 8, welche gemäss der Schuldnerin bezahlt ist. Auch hier liegt kein Beleg vor. Hinsichtlich der Betreibungen Nr. 9 und Nr. 10 der Sammelstiftung F._____ erklärt sie, die Hälfte bezahlt und für den Restbetrag monatliche Ratenzahlungen à Fr. 700.-- vereinbart zu haben (act. 11/1). Damit macht sie deutlich, dass sie die bei-

den Forderungen ungeachtet des erhobenen Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. 9 anerkennt. Da sie es aber auch hier unterlässt, die Vereinbarung und Belege für allenfalls bereits erbrachte Abschlagszahlungen einzureichen, sind diese Betreibungen nicht als erledigt zu betrachten. Die ebenfalls durch Rechtsvorschlag gehemmte Betreuung Nr. 11 wurde nach schuldnerischen Angaben eingestellt, da der Rechtsgrund für die Forderung nicht gegeben gewesen sei (act. 11/1). Seit 2010 sind keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden, weshalb diese Betreuung unbeachtet bleiben kann. Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von ca. Fr. 22'150.--. Hinzu kommen die erwähnten Verlustscheine in Höhe von Fr. 5'921.10. Diese sind ebenfalls als Verpflichtungen der Schuldnerin zu betrachten, liegen doch seitens der Gläubiger keine Verzichts- oder zumindest Stundungserklärungen vor.

b) Der Kreditorenliste lassen sich Ausstände von Fr. 7'875.30 entnehmen, wobei hier die betriebenen Forderungen der Steuerverwaltung in Höhe von Fr. 2'158.-- und der Sammelstiftung F._____ bereits enthalten sind (act. 11/1). Hinzu kommen hingegen die von der Schuldnerin mit Fr. 2'116.15 veranschlagten, indes noch nicht abgerechneten Mehrwertsteuerschulden für das zweite Semester 2011 sowie Fr. 601.15 für die G._____ (act. 11/5). Die Bilanz per 31. Dezember 2011 weist Verpflichtungen (Kreditoren, Mehrwertsteuer und ...) inklusive transitorische Passiven von Fr. 42'618.55 aus (act. 4/1). Angesichts der unterschiedlichen Stichtage von Bilanz und Kreditorenliste bzw. Betreibungsregisterauszug dürften diese Positionen, abgesehen von den transitorischen Passiven, jedoch nicht zusätzlich anfallen. Letztere dienen einzig der buchhalterischen Zuordnung der Verbindlichkeiten in die richtige Rechnungsperiode, ändern aber nichts an ihrem Bestand. Da sie im Jahr 2010 bereits in derselben Höhe aufgeführt wurden, dürfte es sich indes kaum mehr um kurzfristige Verpflichtungen handeln. Sie können deshalb unbeachtet bleiben. Somit hat die Schuldnerin offene Verbindlichkeiten von rund Fr. 30'000.--. Nennenswerte Debitoren und Bankguthaben sind gemäss ihren Angaben keine vorhanden (act. 10). Zu Recht führte sie das bilanzierte Kontokorrentguthaben gegen B._____ nicht als kurzfristigen Debitor auf, da über die finanzielle Lage von B._____ und damit die Einbringlichkeit dieser Forderung sowie über die vereinbarten Zahlungsmodalitäten nichts be-

kannt ist. Das ausgewiesene Mobiliar im Wert von Fr. 5'000.-- stellt kaum einen innert nützlicher Frist realisierbaren Wert dar, weshalb es ebenfalls nicht zu berücksichtigen ist. Demnach sind die Verbindlichkeiten nicht gedeckt.

Stellt man gestützt auf die Bilanz dem Fremdkapital (Fr. 42'618.55) die Aktiven (Fr. 64'959.25) gegenüber, so ergibt sich zwar eine Deckung. Eine Überschuldung liegt somit nicht vor. Das grösste Aktivum in Höhe von Fr. 53'403.95 stellt allerdings das erwähnte Kontokorrent B. _____ dar, dessen Einbringlichkeit offen ist. Sollte diese Position ausfallen oder (risikobereinigt) wesentlich tiefer bewertet werden müssen, wäre eine Überschuldung zu bejahen. Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, ihre Schulden in absehbarer Zeit abzubauen sowie in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als nicht gegeben. Allein vom Umstand, dass die Schuldnerin 2011 einen, wenn auch bescheidenen Gewinn von Fr. 8'768.45 erzielte (act. 4/2), kann nicht auf deren Liquidität geschlossen werden, zumal sie wie dargelegt keine flüssigen Mittel hat. Mit einem zum Jahre 2011 vergleichbaren Gewinn würde die Abtragung der Schulden fast dreieinhalb Jahre beanspruchen. Die Schuldnerin verweist auf einige Aufträge, die "am Laufen" seien. Dies könne zu ein bis zwei Abschlüssen innerhalb des nächsten Monats führen. Ein Abschluss könne schnell bis zu Fr. 30'000.-- einbringen, womit sämtliche offene Rechnungen bezahlt werden könnten (act. 10). Dieser pauschale Hinweis auf potentielle Vertragsabschlüsse erscheint indes zu vage, als dass er berücksichtigt werden könnte. So sind weder die erhofften Abschlüsse noch die erwarteten Einnahmen in irgendeiner Weise – z.B. mittels einer Auftragsliste oder einer Aufstellung des Geschäftsganges oder der Honorareingänge der letzten Monate – glaubhaft gemacht. Schliesslich führt auch der beabsichtigte Versuch der Schuldnerin, ihr Büro in der ... bis Mitte 2013 zu räumen (act. 10), nicht zu kurzfristigen Kosteneinsparungen. Im Übrigen lässt sie offen, wo sie im Falle einer Aufgabe ihrer bisherigen Geschäftsräume ihre Tätigkeit auszuüben gedenkt bzw. welche Kosten ihr aus anderen Örtlichkeiten erwachsen werden. Zusammenfassend kann somit nicht davon ausgegangen werden, die Schuldnerin befinde sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass. Sie vermochte mithin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Be-

schwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

6. 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 **Montag, 11. Juni 2012, 15.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die auf dem Amtskonto des **Konkursamtes E. _____** liegenden Fr. 5'480.90.-- fallen in die Konkursmasse der Schuldnerin.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 10, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt E. _____, ferner durch besondere Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt D. _____, 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: