

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 14. Mai 2013

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 24. April 2013 (EK130461)

Erwägungen:

1. Am 24. April 2013 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Innert Frist beantragte die Schuldnerin mit Eingabe vom 3. Mai 2013 (Datum Überbringung) die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Während noch laufender Beschwerdefrist reichte die Schuldnerin am 6. Mai 2013 eine ergänzte Beschwerdeschrift sowie diverse Unterlagen nach (act. 8 u. 9/1-16). Die aufschiebende Wirkung wurde mit Verfügung der Kammer vom 7. Mai 2013 gewährt (act. 10).

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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Gemäss Urteil vom 24. April 2013 eröffnete die Vorinstanz den Konkurs für die Forderung von Fr. 7'405.– nebst Zins zu 2 % seit 27. Juli 2012 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.– (act. 3 S. 1). Aus dem Schreiben der Gläubigerin vom 5. Mai 2013 geht hervor, dass sie das Konkursbegehren zurückziehe, da die gesamte Forderung inkl. Spesen am 3. Mai 2013 durch die Schuldnerin mittels Barzahlung beglichen worden sei (act. 9/3). Mit den eingereichten Belegen belegt die Schuldnerin zudem die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und der vorinstanzlichen Gerichtsgebühren im Betrag von insgesamt Fr. 1'500.– (act. 9/13) und des Barvorschusses für die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 750.– (act. 9/1). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung ausreichend nach (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).

4.1 Wie bereits erwähnt, hat die Schuldnerin neben dem Konkurshindernisgrund auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, womit 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. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt das Beteiligungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Beteiligungsamtes C. _____ vom 6. Mai 2013 wurden vom 1. Januar 2008 bis 29. Mai 2012 (Datum Wegzug der Schuldnerin) keine Beteiligungen anhängig gemacht (act. 9/14). Demgegenüber wurden gemäss Beteiligungsauszug des Beteiligungsamtes D. _____ vom 29. April 2013 im Zeitraum vom 16. August 2012 bis 19. April 2013 zehn Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 22'801.– angehoben (act. 9/4). Vier Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 4'437.45 sind mit dem Vermerk "Zahlungsbefehl" versehen (Betr.-Nr. ..., Betr.-Nr. ..., Betr.-Nr. ..., Betr.-Nr. ...). Für die Beurteilung der unmittelbar zu bedienenden Verpflichtungen sind diese Forderungen vorderhand nicht zu berücksichtigen, wobei anzumerken ist, dass die Forderung von Fr. 222.50 (Betr.-Nr. ...) von der Schuldnerin am 12. Dezember 2012 bzw. am 14. März 2013 beglichen worden ist (act. 9/8 u. 9). Wie dargelegt, wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung in der Beteiligung Nr. ... inzwischen getilgt. Ferner hat die Schuldnerin am 23. Januar 2013 die Forderung im Betrag von Fr. 3'300.– (Betr.-Nr. ...) beglichen (act. 9/7). Folglich verbleiben vier offene Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 7'658.55 (Betr.-Nr. ..., Betr.-Nr. ..., Betr.-Nr. ..., Betr.-Nr. ...). Davon sind zwei Beteiligungen mit dem Vermerk "Konkurs" und zwei mit dem Vermerk "Konkursandrohung" versehen.

Zur Forderung mit der Betr.-Nr. ... gibt die Schuldnerin an, diese Rechnung sei durch einen nicht autorisierten Mitarbeiter, welcher nach einigen Tagen wieder entlassen worden sei, verursacht worden. Allerdings sei es versäumt worden, gegen die Einleitung der Betreuung Rechtsvorschlag zu erheben (act. 9/5). Zur Forderung von Fr. 987.35 (Betr.-Nr. ...) bringt die Schuldnerin vor, es handle sich dabei um eine offene Bareinlieferung mit ungenauer Rechnungskontrolle (act. 9/5). Schliesslich gibt die Schuldnerin zu den Betr.-Nrn. ... u. ... an, diese würden offene Rechnungen darstellen. Bei der Forderung von Fr. 3'029.– sei die Zahlung versäumt worden und diejenige von Fr. 2'790.– sei infolge Konkursöffnung gestoppt worden (act. 9/5).

4.3 Es liegt eine Kreditorenliste mit Stichtag 6. Mai 2013 vor (act. 9/10). Bis auf zwei Kreditorenforderungen (E._____ Schätzung: Fr. 2'983.–; Konkursamt F._____: Fr. 3'000.–) deckt sich die Kreditorenliste mit den gemäss Betreibungsregisterauszug in Betreuung gesetzten Forderungen (vgl. act. 9/4). Die insgesamt zu deckenden Forderungen (Betreibungs- und Kreditorenforderungen) belaufen sich demnach auf Fr. 13'641.55 (Fr. 2'983.– + Fr. 3'000.– + Fr. 7'658.55). Zu den gegen sie eingeleiteten Betreibungen macht die Schuldnerin in erster Linie geltend, die Häufung der nicht bezahlten Forderungen sei nicht auf einen schlechten Geschäftsgang oder mangelnde Ertragsstärke zurückzuführen, sondern auf die unzureichende Organisation und das fehlende Controlling. Dieses Organisationsdefizit sei nun durch die externe Vergabe von Buchhaltung, Controlling und Zahlungsmanagement behoben worden. Dadurch entstehe auch zusätzlich freierwerdende Kapazität für Verkaufsaktivitäten. Zur Deckung der noch offenen Verbindlichkeiten sei eine Nachliberierung von Stammkapital in der Höhe von Fr. 20'000.– vorgesehen. Dieses Geld sei bereits bereitgestellt worden und befinde sich auf dem persönlichen Konto des Verwaltungsrates G._____ (vgl. act. 9/16; act. 9/10).

Gemäss Debitorenliste vom 6. Mai 2013 bestehen offene Forderungen gegenüber Dritten in der Höhe von Fr. 2'800.– (act. 9/10).

4.4 Die Schuldnerin legte keine aktuelle Zwischenbilanz zu den Akten, sondern sie reichte einen vorläufigen Jahresabschluss mit Stichtag 31. Dezember 2012 ein (act. 9/12). Dazu bringt sie vor, die Tätigkeit der Unternehmung umfasse

primär den Verkauf von Kommissionswaren in fremden Namen und auf fremde Rechnung. Dafür sei im Jahr 2012 eine Provision von jeweils 35 % fällig geworden. Für das Jahr 2013 sei der Provisionssatz reduziert worden. Im Gegenzug sei die Ladenfläche komplett untervermietet worden um Fixkosten zu senken. Der Jahresumsatz habe im letzten Geschäftsjahr Fr.192'548.– betragen. Daraus hätten Provisionseinnahmen von Fr. 67'392.05 resultiert. Hinzugekommen seien gelegentliche Eigengeschäfte mit einem Ertrag von Fr. 7'645.–. Im Jahr 2012 hätten die monatlichen Fixkosten, ohne einmalige Zahlungen, ca. Fr. 5'500.– betragen. Demgegenüber würden die mittlerweile reduzierten Fixkosten noch monatlich Fr. 1'300.– betragen und die monatlichen Umsätze befänden sich auf ähnlichem Niveau wie im Jahr 2012 (act. 9/12).

Die Ausführungen der Schuldnerin zu den verschiedenen Positionen lassen sich gestützt auf den eingereichten vorläufigen Jahresabschluss 2012 nicht schlüssig nachvollziehen. Zwar lassen sich die Beträge von Fr. 67'392.05 und Fr. 7'645.– aus der Ertragsseite entnehmen, der Jahresumsatz von Fr. 192'548 geht aber – soweit ersichtlich – nicht daraus hervor. Für die flüssigen Mittel und Wertschriften in der Höhe von Fr. 6'392.86 liegen zudem keine Kontobelege vor. Für die Beurteilung der aktuellen Unternehmensliquidität ist der vorläufige Jahresabschluss für das Jahr 2012 nicht aussagekräftig. Somit lassen sich daraus keine Finanzkennzahlen errechnen oder Prognosen für das Jahr 2013 erstellen. Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners kann daher nur auf den Betreibungsregisterauszug sowie die Kreditoren- und Debitorenlisten abgestellt werden.

Den ausgewiesenen Schulden in der Höhe von Fr. 13'641.55 stehen Barmittel von (mindestens) Fr. 20'000.– gegenüber. Damit können sämtliche offenen Verbindlichkeiten sofort gedeckt werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich die Schuldnerin bemüht, ihre bis anhin unzureichende buchhalterische Organisation zu verbessern, damit keine offenen Rechnungen unbezahlt bleiben. Insgesamt erscheint es glaubhaft, dass sie ihre Zahlungen nicht aus Mangel an flüssigen Geldmitteln *völlig* eingestellt und dadurch ihre *eindeutige Zahlungsunfähigkeit* bekundet hat. Damit erweist sich die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als hinrei-

chend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, was zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses führt.

5. Obwohl die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Spruchgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil diese das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. April 2013, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt F. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner 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 F. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an 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. M. Weibel

versandt am: