

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120091-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Beschluss und Urteil vom 31. Mai 2012

in Sachen

A. _____ GmbH, Geschäftsführerin: B. _____
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

C. _____ Stiftung,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C1. _____ Versicherungen AG

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 8. Mai 2012 (EK120083)

Erwägungen:

1. Am tt. Mai 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 7). Dieses Urteil wurde ihr am 9. Mai 2012 zugestellt (act. 6). Mit Poststempel vom 15. Mai 2012 reichte die Schuldnerin eine Beschwerde ein mit dem Antrag auf Aufhebung des Konkurses. Überdies stellte sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 16. Mai 2012 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass die Beschwerde innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen sei. Weiter wurde ausgeführt, die Schuldnerin habe zwar einen Konkurshindierungsgrund, nämlich eine Gläubigerverzichtserklärung, nachgewiesen, aber ihre Zahlungsfähigkeit habe sie überhaupt nicht glaubhaft gemacht und dafür könne keine Nachfrist gewährt werden. Die aufschiebende Wirkung wurde deshalb einstweilen nicht zuerkannt (act. 9). Mit gleicher Verfügung wurde der Schuldnerin eine Frist von 10 Tagen zur Leistung eines Vorschusses für das obergerichtliche Verfahren angesetzt (act. 9).

2. a) Den Vorschuss hat die Schuldnerin am 21. Mai 2012 (act. 13) bezahlt. Mit Poststempel vom 22. Mai 2012 reichte sie dem Gericht eine ergänzende Begründung der Beschwerde ein. Im Bewusstsein, dass diese Eingabe um einen Tag verspätet erfolgte, stellte sie gestützt auf Art. 148 ZPO ein Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist (act. 11). Sie begründete ihr Gesuch um Fristwiederherstellung damit, dass die Auflagen, welche das Obergericht in der Verfügung vom 16. Mai 2012 – ohne Gewährung einer Nachfrist – gemacht habe, von ihr nicht ohne weiteres hätten erfüllt werden können. Die Unterlagen, welche zur Belegung der Zahlungsfähigkeit dienen, hätten nicht ohne die Mitwirkung des Treuhänders erstellt werden können. Der Treuhänder sei aber zu diesem Zeitpunkt ferienhalber abwesend gewesen und sei erst am Montag (21. Mai 2012) zurückgekehrt bzw. habe am 22. Mai 2012 die Arbeit wieder aufgenommen. Die Unterlagen hätten deshalb erst am 22. Mai 2012 erstellt und versandt werden können (act. 11 sinngemäss).

b) Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichtes innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen gelten die Bestimmungen der ZPO, sofern das SchKG nichts anderes bestimmt (Art. 31 SchKG). Gestützt auf Art. 142 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO lief die Beschwerdefrist demnach am Montag, 21. Mai 2012, ab. Gemäss Art. 143 Abs. 1 ZPO sind schriftliche Eingaben nur dann rechtzeitig, wenn sie spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der *Schweizerischen* Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden sind. Demnach erfolgte die Eingabe mit Poststempel vom 22. Mai 2012 verspätet.

c) Wird ein Rechtsmittel nicht rechtzeitig erhoben, ist darauf nicht einzutreten. Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Frist wiederhergestellt werden. Da es sich bei der 10tägigen Frist um eine SchKG-Frist handelt, gelangen für die Fristwiederherstellung nicht die Bestimmungen von Art. 148 f. ZPO zur Anwendung, sondern jene nach Art. 33 Abs. 4 SchKG (BSK SchKG-Francis Nordmann, 2. Auflage, Art. 33 N 2a). Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung einer Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen (Art. 33 Abs. 4 SchKG). Ein Restitutionsgesuch ist nur bei objektiver Unmöglichkeit, höherer Gewalt, unverschuldeter persönlicher Unmöglichkeit oder entschuldbarem Fristversäumnis gutzuheissen (BSK SchKG, a.a.O., Art. 33 N 10).

d) Die Schuldnerin hat sofort nach Wegfall des Hindernisses gehandelt. Es muss aufgrund der Ausführungen in der ergänzten Beschwerdeschrift (act. 11) davon ausgegangen werden, dass sich die Geschäftsunterlagen, welche für die Erstellung der Zwischenbilanz bzw. Erfolgsrechnung benötigt wurden, beim Treuhänder befanden. Da der Treuhänder gemäss eingereicherter Zah-

lungsbestätigung für Hin- und Rückflug vom 11. Mai bis 21. Mai 2012 abwesend war, war es für die Schuldnerin selbst unmöglich, die entsprechenden Buchhaltungsunterlagen rechtzeitig einzureichen. Einen Betriebsregisterauszug hätte die Schuldnerin zwar selbst organisieren können, allerdings hätte dies für eine Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit in ihrem Falle wohl nicht genügt. Es ist deshalb von einem entschuldbarem Fristversäumnis auszugehen. Die Frist ist demnach wiederherzustellen und auf die eingereichten Beilagen samt ergänzender Begründung der Beschwerdeschrift ist nachfolgend einzugehen.

3. 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.
4. Einen Konkurshinderungsgrund, der innert laufender Beschwerdefrist eingetreten ist, hat die Schuldnerin mit dem Einreichen der Gläubigerverzichtserklärung nachgewiesen (act. 4/1 und act. 5). Beim Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG muss – anders als bei den Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG – weder die Tilgung noch die Hinterlegung der *Kosten im Sinne der vorinstanzlichen Entscheidunggebühr und der Kosten des Betriebs- bzw. Konkursamts* innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist erfolgen (zu den Kosten auch unten).
5. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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 ab-

sehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

b) Über die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gibt u.a. ein Betreibungsregisterauszug Aufschluss. In den Beilagen findet sich ein solcher für den Zeitraum vom 23. September 2010 bis 26. April 2012 (act. 12/3). Darin werden Betreibungsforderungen in der Höhe von Fr. 88'970.95 (inkl. Konkursforderung) aufgeführt, welche mit Ausnahme der Mehrwertsteuerausstände inzwischen alle bezahlt worden sind. MWSt-Forderungen sind zwar nicht auf dem Weg der Konkursbetreibung fortzusetzen, jedoch können solche Ausstände ein Hinweis dafür sein, dass dem Schuldner das Wasser bis zum Hals steht, und er nur noch die zum Überleben der Firma notwendigen Betreibungsausstände bezahlen kann.

Die Schuldnerin konnte aufzeigen, dass sie auch die Tilgung der Mehrwertsteuerausstände in Angriff genommen und dem Betreibungsamt am 27. April 2012 eine Teilzahlung von Fr. 5'000.- geleistet hat (act. 12/2). Es wird behauptet, es sei eine weitere Teilzahlung von Fr. 5'000.- erfolgt, weshalb aktuell rund Fr. 15'135.35 gegenüber der eidgenössischen Steuerverwaltung offen seien (act. 11 S. 3). In der Zwischenbilanz werden die MWSt-Ausstände mit Fr. 20'231.79 beziffert. Ob darin die bereits betriebenen Steuerforderungen enthalten sind, ist unklar.

Insgesamt bestehen kurzfristige Verbindlichkeiten im Betrag von Fr. 40'606.31. Gemäss Bilanz sind flüssige Mittel im Betrag von Fr. 51'763.26 vorhanden (act. 12/7). Damit können die kurzfristigen Verbindlichkeiten abgedeckt werden. Die Schuldnerin führt Lastwagenfahrten im Auftrag der Firma D._____ aus und erzielte nach Abzug von Treibstoff und Parkplatzgebühr für die Monate Januar (20'815.70, act. 12/5), Februar (Fr. 20'000.09, act. 12/6) und April (Fr. 19'507.30, act. 12/4) Fr. 60'323.09. Im März haben offenbar keine Fahrten stattgefunden, wird doch in der Er-

folgsrechnung lediglich ein Erlös aus Transport 6.126 (Fa. D._____, vgl. die Abrechnungen act. 12/4-6) im Betrag von Fr. 46'311.53 aufgeführt (act. 12/8). Für die kurze Zeitspanne (Januar-April) wird ein Gewinn von Fr. 5'379.07 resp. nach Abzug eines ausserordentlichen Aufwandes von Fr. 1'275.- ein solcher von Fr. 4'104.07 ausgewiesen. Bleiben die deklarierten Abschreibungen auf Fahrzeugen unberücksichtigt, resultiert ein Gewinn von Fr. 13'275.74. Die Schuldnerin führte aus, die Zahlungsschwierigkeiten seien deshalb aufgetreten, weil sie drei Lastwagenfahrer beschäftigt hätte, welche wegen Einbruchs von Aufträgen nicht mehr hätten rentabel arbeiten können. Inzwischen arbeite für die Schuldnerin lediglich ein Mitarbeiter, der Ehemann der Geschäftsführerin (act. 11 S. 4).

Aufgrund der regelmässigen Aufträge der Firma D._____ und der Tatsache, dass nur noch ein Lastwagenfahrer für die Firma tätig ist, kann davon ausgegangen werden, dass es der Schuldnerin möglich sein wird, innert nützlicher Frist ihre alten Schulden restlos zu tilgen.

6. Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich somit, dass die Schuldnerin zahlungsfähig ist und ihren laufenden Verpflichtung nachzukommen vermag. Offensichtlich hat es sich nur um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten gehandelt.
7. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkursurkenntnis ist aufzuheben.
8. Die Kosten des Verfahrens trägt die unterliegende Partei, und der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Im Konkursverfahren besteht die Besonderheit, dass der Gläubiger erhebliche Vorleistungen erbringen muss, um überhaupt die Konkursöffnung zu bewirken und so seinem Ziel der Befriedigung näher zu kommen. Müsste er

sich beim Konkursaufhebungsgrund der *Tilgung* mit Forderung, Zins und Betreuungskosten zufrieden geben, fehlte ihm doch noch, was aus dem üblicherweise auf Fr. 1'800.-- angesetzten Vorschuss im Sinne von Art. 169 SchKG bezogen wird, namentlich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes. Blicke das offen und würde das Konkursurkenntnis gleichwohl aufgehoben, müsste der Gläubiger für das Fehlende erneut von ganz vorne, mit dem Einleiten einer neuen Betreuung, beginnen. Die Praxis verlangt daher nicht nur Tilgung von Forderung, Zins und Betreuungskosten bis und mit Konkursandrohung. Der Schuldner muss zudem nachweisen, dass er innert der Beschwerdefrist beim Konkursamt so viel Geld hinterlegt hat, dass damit die Kosten des Konkursurkenntnisses (welche aus dem Vorschuss bereits bezogen worden sind) und die Kosten des Konkursamtes gedeckt werden können. So ist sicher gestellt, dass das Obergericht bei Aufhebung des Konkurses das Konkursamt anweisen kann, dem Gläubiger Fr. 1'800.--, entsprechend seinem Vorschuss, auszuzahlen (KuKo SchKG Diggelmann-Müller, Art. 174 N. 10 - allerdings noch nach altem Verfahrensrecht und betreffend gerichtlicher Fristansetzung daher überholt, vgl. ZR 110/2011 Nr. 5).

Entsprechend dieser Interessenlage pflegen professionelle Gläubiger, wenn ein Schuldner um Rückzug des Konkursbegehrens gegen eine substantielle Abschlagszahlung ersucht, die Höhe dieser Zahlung unter Einrechnen aller Betreuungskosten und des Vorschusses von Fr. 1'800.-- zu berechnen (was auch der rechtlichen Situation entspricht: Art. 85 Abs. 1 OR, Art. 68 Abs. 2 SchKG). Würden diese Kosten dem Schuldner auferlegt, trüge er sie doppelt. Die Parteien können vereinbaren, und das kommt vor, dass der Gläubiger das Konkursbegehren zurückziehe, und dass der Schuldner die Verfahrenskosten tragen solle. Darin liegt dann ein Vergleich, welchen das Gericht im Sinne von Art. 109 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen hat. Zieht ein Laie sein Konkursbegehren ohne Weiteres zurück, kann zweifelhaft sein, ob und wie sich die Parteien zu den Kosten geeinigt haben. Bei einem unbeholfenen Gläubiger mag sich eine Nachfrage rechtfertigen. Generell dient die gerichtliche Fragepflicht aber nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszuglei-

chen (*BGer* 5A_115/2012 vom 20. Apr. 2012 E. 4.5.2, mit Hinweisen auf andere Entscheide). In der Regel, und so auch bei der heutigen Gläubigerin, einer der gossen schweizerischen Versicherungsgesellschaften, darf und muss ein Rückzug daher als solcher verstanden werden, mit entsprechenden Kostenfolgen.

Die Kammer vertritt die Auffassung, dass die Gebührenverordnung zum SchKG (GebVO SchKG, AS 2010 3053) seit dem 1. Januar 2011 insoweit keine gesetzliche Grundlage mehr hat, als sie in ihrem 4. Kapitel (Art. 48 ff.) Gerichtsgebühren (nämlich für die im summarischen Verfahren zu führenden gerichtlichen Angelegenheiten) festsetzt. Entscheide über Konkurseröffnungen sind gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO), weshalb diese Verfahren von der ZPO geregelt werden und die Tarife der kantonalen Gebühren, im Kanton Zürich jene der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebVO OG, LS 211.11), zur Anwendung gelangen (Art. 96 ZPO). Es ist deshalb nachfolgend nicht eine "Spruchgebühr" (im Sinne von Art. 48 GebVO SchKG), sondern eine Gerichtsgebühr im Sinne der GebVO OG festzusetzen (vgl. dazu *OGer ZH* PS110024 vom 23. Februar 2011). In Anwendung dieser obergerichtlichen Gebührenverordnung ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 750.- anzusetzen. Sie ist aus dem Vorschuss zu beziehen und der Schuldnerin von der Gläubigerin zu ersetzen. Diese trägt ausgangsgemäss auch die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt.

Es wird beschlossen:

Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird gutgeheissen.

und erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 8. Mai 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt und der Gläubigerin auferlegt. Sie wird mit dem von der Schuldnerin geleisteten Barvorschuss verrechnet; der Schuldnerin wird dafür der Rückgriff auf die Gläubigerin eingeräumt.
3. Die Kosten des Konkursgerichts (bereits aus dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss bezogen) und des Konkursamtes werden ebenfalls der Gläubigerin auferlegt.
4. Das Konkursamt E._____ wird angewiesen, vom Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses den nach Abzug der Kosten verbleibenden Restbetrag der Gläubigerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur und das Konkursamt E._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: