

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120228-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 17. Dezember 2012

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. November 2012 (EK120361)

Erwägungen:

1.

Am 14. November 2012, 10.15 Uhr, wurde über die Schuldnerin (als Mitglied einer Kollektivgesellschaft; Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) für eine Forderung von

Fr.	49'777.75	nebst Zins zu 8.15% seit dem 6. April 2011, abzüglich
Fr.	500.–	Teilzahlung am 03. Januar 2012
Fr.	500.–	Teilzahlung am 31. Januar 2012
Fr.	1'000.–	Teilzahlung am 12. März 2012
Fr.	1'000.–	Teilzahlung am 30. April 2012
Fr.	500.–	Teilzahlung am 22. Mai 2012
Fr.	500.–	Teilzahlung am 09. Juli 2012, zuzüglich
Fr.	220.–	Betreibungskosten

der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7). Der Entscheid wurde der Schuldnerin am 21. November 2012 zugestellt (act. 8/16/2). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 30. November 2012 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten (act. 2). Innert der Beschwerdefrist reichte die Schuldnerin mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 (Poststempel) eine Ergänzung zur Beschwerde mit diversen Beilagen ein (act. 10 und act. 11/1-4).

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. Wenn der Schuldner sich auf Tilgung berufen will, muss er innert der Beschwerdefrist nicht nur die in der Konkursandrohung aufgeführten Positionen zahlen, sondern auch die Kosten des Konkursrichters und die des Konkursamtes zahlen oder sicherstellen – nur so kann dem Gläubiger

bei einer Aufhebung des Konkurses der an den Konkursrichter geleistete Kostenvorschuss unverkürzt zurückerstattet werden (*OGerZH* PS110095 vom 6. Juli 2011 auf www.gerichte-zh.ch/entscheide). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (*KUKO* SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 18).

3.

3.1. Den Kostenvorschuss leistete die Schuldnerin fristgerecht (act. 15), auf die Beschwerde kann demnach *eingetreten* werden (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

3.2. Gemäss Bestätigung des Konkursamtes C._____ wurde die Forderung beim Betreibungsamt D._____ sichergestellt (act. 9). Überwiesen wurden dem Betreibungsamt vom Konto der Schuldnerin Fr. 52'785.20 (vgl. act. 5/6, act. 5/7). Damit wurde die Forderung zuzüglich Zins bis zur Konkurseröffnung (Art. 209 Abs. 1 SchKG) und zuzüglich Betreibungskosten beglichen. Erforderlich gewesen wären Fr. 52'533.15 (vgl. act. 14).

3.3. Für die vom Konkursrichter aus dem Vorschuss der Gläubigerin direkt bezogenen Kosten der Konkurseröffnung (Fr. 300.–) und die mutmasslichen Aufwendungen des Konkursamtes hinterlegte die Schuldnerin beim Konkursamt C._____ rechtzeitig insgesamt Fr. 900.–, was dieses als ausreichend bezeichnete (vgl. act. 3, act. 9 und act. 11/3).

3.4. Damit ist ein *Konkursaufhebungsgrund* nachgewiesen. In diesem Sinne wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 4. Dezember 2012 die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt (act. 12).

4.

4.1. Neben dem Konkurshinderungsgrund hat die Schuldnerin auch ihre *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichende 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 Zahlungsschwierigkeiten berücksichtigt werden.

4.2. Die Schuldnerin bringt vor, ihr sei ein von der Gläubigerin geleastes Fahrzeug der Marke ... im Januar 2010 in E. _____ [Staat in Europa] gestohlen worden. Die Versicherung (F. _____) habe sich bis dato geweigert, den Verlust zu bezahlen, während die Gläubigerin weiterhin den Leasingzins gefordert habe. So sei die Schuld aus Leasingzinsen gegenüber der Gläubigerin entstanden. Die Schuldnerin habe die Versicherung nun betrieben und werde nötigenfalls gegen die Versicherung klagen (act. 2 und act. 5/9). Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit, welche vor allem anhand vorhandener oder in absehbarer Zeit realisierbarer liquider Mittel beurteilt wird, ist der Hinweis auf eine in die Wege geleitete Beteiligung gegen die F. _____ kaum geeignet. Wenn sich die F. _____ bis anhin geweigert hat, den Verlust zu bezahlen (und ihrerseits gegen die Schuldnerin aus demselben Sachverhalt eine Beteiligung eingeleitet hat [vgl. act. 10 S. 2 und act. 11/4]), wird sie sich kaum durch eine Beteiligung der Schuldnerin beeindrucken lassen. Vergleichsverhandlungen oder gar ein Prozess können einige Zeit in Anspruch nehmen (vor allem bei Sachverhalten wie dem vorliegenden), weshalb sich die – nicht einmal mit Sicherheit bestehende – Schuld der Versicherung als Indikator für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht heranziehen lässt.

4.3. Aussagekräftig ist hingegen der Beteiligungsregisterauszug, welcher bis ins Jahr 2007 zurückreicht (act. 11/4). Demnach wurde die Schuldnerin in der Zeit vom 1. Januar 2007 bis zum 16. November 2012 insgesamt neun Mal betrieben. Fünf dieser Beteiligungen (mit je Forderungsbeträgen unter Fr. 1'000.–) wurden bezahlt und sind hier nicht mehr zu berücksichtigen. Nicht zu berücksichtigen ist auch die bezahlte Konkursforderung.

Es verbleiben damit drei Betreibungen. Dabei handelt es sich um zwei Betreibungen der AHV-Kasse G._____, für welche je ein Verlustschein in der Höhe von Fr. 17'588.70 (26. November 2008) bzw. Fr. 16'360.– (18. März 2011) ausgestellt wurde. Bei der dritten Betreibung, der einzigen noch offenen Betreibung, handelt es sich um diejenige der F._____ gegen die Schuldnerin aus oben beschriebenen Sachverhalt (Diebstahl des ... [Auto]). Diese Betreibung für eine Forderung von Fr. 22'342.80 befindet sich erst im Stadium des Rechtsvorschlages (und wie erwähnt, ist wohl auch mit einem Ab- oder Anerkennungsverfahren zu rechnen, welches einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte).

Es besteht somit keine unmittelbar zu bedienende Verpflichtung. Das Konto der Schuldnerin bei der H._____ AG in ... wies am 3. Dezember 2012 einen positiven Saldo von Fr. 2'906.70 aus (act. 11/1). Darüber hinaus ergibt sich aus der Bilanz der Kollektivgesellschaft der Schuldnerin sowie ihres Ehegatten (... A._____ + Co) per 31. Dezember 2011 sowie aus der Erfolgsrechnung des Jahres 2011 ein Gewinn von Fr. 170'555.03 (act. 6 und act. 11/2).

4.4. Damit erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ausreichend ausgewiesen. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen.

5.

5.1. Die Schuldnerin hat erst nach Konkurseröffnung die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses geschaffen, und es sind ihr daher alle Kosten aufzuerlegen.

5.2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen, der Schuldnerin aufzuerlegen und von dem von ihr geleisteten Barvorschuss zu beziehen. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 300.– ist der Schuldnerin aufzuerlegen.

5.3. Das Konkursamt C._____ ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 900.– Zahlung der Schuldnerin, Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubi-

gerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

5.4. Das Betreibungsamt D. _____ ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 52'785.20 der Gläubigerin den Betrag von Fr. 52'533.15 (Forderung abzüglich Teilzahlungen, zuzüglich Betreibungskosten [vgl. act. 14]) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. November 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
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 von Fr. 300.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt C. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 900.– Zahlung der Schuldnerin, Fr. 1'500.– 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 auszusahlen.
4. Das Betreibungsamt D. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 52'785.20 der Gläubigerin den Betrag von Fr. 52'533.15 (Forderung abzüglich Teilzahlungen, zuzüglich Betreibungskosten) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), an das Konkursamt C._____ (unter Hinweis auf die Dispositiv-Ziffer 3) und an das Betreibungsamt D._____ (unter Hinweis auf die Dispositiv-Ziffer 4), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, 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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: