

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130148-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 11. September 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. August 2013 (EK130189)

**Erwägungen:**

1. Am 14. August 2013 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 27. August 2013 entsprochen (act. 9).
2. a) 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.  
  
b) Seit dem 1. Januar 2011 ist das gegen Konkursöffnungen zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 Ziff. 6 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 174 Abs. 1 SchKG) 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).
3. Der Konkursöffnung liegt eine Konkursforderung der Gläubigerin von Fr. 3'816.- nebst Zins zu 5 % seit 8. Dezember 2012 zuzüglich Fr. 155.-

Betreibungskosten zugrunde (act. 6). Die Schuldnerin hat die Konkursforderung im Betrag von Fr. 4'101.40 auf dem Postamt einbezahlt (act. 4/2) und damit die Forderung vollumfänglich getilgt (vgl. act. 8, Zinsberechnung). Ferner hat sie beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes inklusive Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sichergestellt (act. 4/3) Diese Zahlungen leistete die Schuldnerin innert laufender Rechtsmittelfrist. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache (Tilgung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete die Schuldnerin einen Barvorschuss (act. 4/4, act. 11).

4. 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 absehbarer 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.
5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.  
  
b) Im Zeitraum vom 26. Oktober 2009 bis 15. August 2013 wurden 55 Betreibungen im Betrag von Fr. 124'113.40 eingeleitet (act. 4/5). Bei 26 Betreibungen (inkl. vorliegender Konkursforderung, total Fr. 72'063.45) erfolgte die Konkursandrohung. Eine Betreibung ist erloschen (Fr. 805.45), drei befinden sich im Einleitungsstadium (Fr. 10'813.50 ) und bei 13 Betreibungen wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Fr. 29'499.30 ). Die Schuldnerin hat gemäss Betreibungsregister-Auszug nebst der

Konkursforderung (Betreibungs-Nr. ...) 11 weitere Betreuungsausstände, nämlich Fr. 10'931.70 getilgt. Im Beschwerdeverfahren vermochte sie nachzuweisen, dass sie einen Teil der im Register aufgeführten Betreuungsforderungen inzwischen bezahlt hat (act. 2 i.V.m. act. 4/6) und für die restlichen, unbestrittenen Forderungen, für die sie teilweise bereits Teilzahlungen geleistet hat (act. 2 i.V.m. act. 4/6), beim Konkursamt Fr. 44'000.- hinterlegt hat (act. 4/9). Aufgrund eines Erbvorbezuges war es ihr möglich, diese Geldsumme zu hinterlegen (act. 4/9).

Gemäss Aufstellung der Schuldnerin betragen die noch offenen Forderungen Fr. 43'881.20 (act. 2 S. 4). Die Schuldnerin unterliess es zu begründen, weshalb sie in dieser Auflistung die Forderung der C.\_\_\_\_\_ GmbH (Betreibungs Nr. ...) anstatt mit Fr. 6'264.- lediglich mit Fr. 3'000.- beziffert hat (vgl. act. 2 S. 4 i.V.m. act. 4/5). Insgesamt sind somit nach korrekter Berechnung noch Fr. 47'145.30 offen, d.h. nach Abzug der Hinterlegungssumme verbleiben Fr. 3'145.30. Bleibt in Anbetracht der Abzahlungsvereinbarung mit der Gläubigerin betreffend die Betreuung Nr. ... (Restbetrag Fr. 2'362.20 und nicht, wie die Schuldnerin meint, Fr. 2'362.10) und der regelmässigen Ratenzahlungen (act. 4/8) diese Forderung unberücksichtigt, ist noch ein sofort zur Zahlung fälliger Ausstand von Fr. 783.10 zu verzeichnen.

Die Schuldnerin vermochte mit Urkunden zu belegen, dass gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nrn. 1, 2) Zahlungen geleistet worden sind. Die im Schreiben vom 1. Dezember 2012 der D.\_\_\_\_\_ AG erwähnte Restschuld (bezüglich Betreuung Nr. 1) von Fr. 5'153.75 (act. 4/7) hat die Schuldnerin mit nahezu 20monatiger Verspätung mit einem Zuschlag von Fr. 170.75 (Fr. 5'324.50 – Fr. 5'153.75) beglichen. Aufgrund der Ausführungen im Email der D.\_\_\_\_\_ AG vom 20. August 2013 (act. 4/7) ist davon auszugehen, dass die Gläubigerin den in der Betreuung Nr. 2 erwähnten Forderungsbetrag von Fr. 8'635.60 (vormals Betreuung Nrn. 1) auf Fr. 2'004.40 reduziert hat. Ob effektiv eine Restschuld besteht, ergibt sich nicht eindeutig aus den Akten.

Es rechtfertigt sich, diese Schuld bei der Gesamteinschätzung der Zahlungsfähigkeit ausseracht zu lassen.

Die Schuldnerin hat ihre beiden Betriebe stillgelegt (act. 2 S. 5) und im Juli 2013 (act. 4/11) die GmbH ihres Vaters übernommen. Gemäss Bilanz weist sie für die am tt. April 2013 gelöschte Einzelfirma E.\_\_\_\_\_ by A.\_\_\_\_\_ (act. 12) per 31. Dezember 2011 einen Gewinn von Fr. 10'324.45 aus (act. 4/10). Aufgrund der Tilgung der alten Schulden ist es der Schuldnerin möglich, schuldenfrei den seit 25.4.2000 (act. 4/11) bestehenden Betrieb ihres Vaters weiter zu führen. Es ist zu erwarten, dass sie die seit Jahren bestehende Firma erfolgreich, mit Gewinn, führen kann und ihre laufenden Verpflichtungen sowie den Restausstand von Fr. 783.10 zu erfüllen vermag. Es liegen demnach wesentliche Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich nur um einen vorübergehenden Liquiditätsengpass gehandelt hat.

6. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkurserkennntnis ist aufzuheben.
7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.
8. Gemäss Antrag der Schuldnerin ist das Konkursamt F.\_\_\_\_\_ anzuweisen, den bei ihm hinterlegten Barbetrag von Fr. 44'000.- dem Betreibungsamt G.\_\_\_\_\_ zu überweisen.

Es ist Sache der Schuldnerin, das Betreibungsamt über die konkrete Verteilung der hinterlegten Geldsumme auf die Gläubiger zu instruieren.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. August 2013, 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 wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt F.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.- (Fr. 900.- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.- Rest des von der Gläubigerin dem Einzelgericht im summarischen Verfahren geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.- und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Ferner wird das Konkursamt F.\_\_\_\_\_ angewiesen, den bei ihm hinterlegten Barbetrag von Fr. 44'000.- dem Betreibungsamt G.\_\_\_\_\_ zu überweisen mit dem Vermerk: "zur Tilgung der Betreibungsforderungen gegenüber A.\_\_\_\_\_, nach vorgängiger Absprache mit der Schuldnerin".
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen und das Konkursamt F.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und im Dispositiv an das Betreibungsamt G.\_\_\_\_\_, 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: