

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130159-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 8. Oktober 2013

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B. \_\_\_\_\_,

gegen

**Stockwerkeigentümergeinschaft C.** \_\_\_\_\_

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Treuhandbüro D. \_\_\_\_\_ AG,

dieses vertreten durch Fürsprecher lic.iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. August 2013 (EK131195)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 21. August 2013 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 9'830.90 nebst Zins zu 5% seit 1. April 2013 zuzüglich Fr. 984.-- Kostenpendenz sowie Fr. 236.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 5). Mit fristgerecht eingereichter Beschwerde beantragt diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie zahlreiche Beilagen zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 2 und 4/2-11). Nach Ablauf der Beschwerdefrist gelangte die Schuldnerin mit einer weiteren Eingabe und einem Betreibungsregistrauszug an die Kammer (act. 8 und 9/2).

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. 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 Konkurs-hinderungsgründe 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. Mit Einreichung der Beschwerde wies die Schuldnerin eine Zahlung von Fr. 14'232.20 an die Gläubigerin nach. Dieser Betrag beinhaltet gemäss Forderungsaufstellung die Konkursforderung samt Zinsen, den von der Gläubigerin an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.-- sowie weitere Kosten gemäss "Kostennote" von Fr. 2'408.75 (act. 4/2). Über die Zusammensetzung der "Kostennote" geben die Akten keinen Aufschluss; die massgebliche Konkursandrohung und entsprechend der

Konkurseröffnungsentscheid führen Kosten von lediglich Fr. 1'220.-- auf (Kostenpendenz und Betreuungskosten, act. 6/2/7 und 5). Da diese Kosten mit der an die Gläubigerin geleisteten Zahlung beglichen sind, ist von der Tilgung der Konkursforderung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG auszugehen. Dies umso mehr, als die Schuldnerin nebst ihrer Rückzahlung von Fr. 1'800.-- an die Gläubigerin weitere Fr. 1'500.-- beim Konkursamt hinterlegte und damit dessen Kosten doppelt beglich bzw. sicherstellte (act. 4/4 und 10). Infolge der Zahlung verzichtete die Gläubigerin ebenfalls innert der Beschwerdefrist auf die Durchführung des Konkurses, weshalb auch der Konkurshinderungsgrund des Verzichts gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vorliegt (act. 4/3). Schliesslich leistete die Schuldnerin rechtzeitig einen Barvorschuss von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren (act. 13).

4.a) Vorab ist Folgendes anzumerken: Die Schuldnerin reichte eine Vollmacht für B.\_\_\_\_\_, Geschäftsführer der B1.\_\_\_\_\_ GmbH ein (act. 4/5 = 9/1, act. 15). Da in Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Art. 251 ZPO auch bei gewerbsmässiger Vertretung – sofern eine solche hier überhaupt vorliegt – kein Anwaltszwang besteht, sondern Geschäftsagenten nach kantonalem Recht ebenfalls zur Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten berechtigt sind, ist B.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Schuldnerin zuzulassen (OGer ZH PS110104 vom 30. Juni 2011 mit Verweis auf Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO, Art. 27 SchKG sowie das Zürcher Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943).

b) Die Konkurseröffnung erfolgte sodann gestützt auf Art. 48 SchKG am Aufenthaltsort der Schuldnerin in Zürich (act. 6/2/5 und /7, act. 5 und 9/2). Dieser besondere Betreuungsort steht nur für Schuldner ohne festen Wohnsitz zur Verfügung. Die Schuldnerin erklärt, sie pflege seit rund sieben Jahren ihre betagten Eltern und sei deshalb zu ihnen nach Zürich gezogen. Die von ihr nicht mehr bewohnte Eigentumswohnung in E.\_\_\_\_\_ bei F.\_\_\_\_\_/AG wolle sie verkaufen. Es ist demnach davon auszugehen, dass sie den Mittelpunkt ihrer persönlichen Lebensbeziehungen seit längerem in Zürich hat, zumal auch ihre

(inzwischen gelöschte) Einzelfirma in F. \_\_\_\_\_ offenbar seit Jahren inaktiv ist (act. 2 S. 2, act. 7 und 14). Damit dürfte sie für ihre Gläubiger in F. \_\_\_\_\_ seit geraumer Zeit nicht mehr erreichbar gewesen sein, weshalb sie wohl zu Recht in Zürich betrieben wurde. Ob die Betreuung am Aufenthaltsort zulässig war, kann aber letztlich offen bleiben, da der Konkurs, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ohnehin aufzuheben ist.

5. Nebst einem Konkursverhinderungsgrund 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 Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

6.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Wie eingangs dargelegt, wurde die Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Zürich ... (act. 9/2) zwei Tage nach Ablauf der Rechtsmittelfrist und damit verspätet zur Post gegeben. Die Schuldnerin erklärt, wegen des Knabenschiessens sei ihr die rechtzeitige Besorgung des Auszuges nicht möglich gewesen (act. 2 S. 2). Dieses Vorbringen kann sinngemäss als Gesuch um Wiederherstellung der Frist verstanden werden. Gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG kann jemand, der durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, die zuständige Behörde um Wiederherstellung der

abgelaufenen Frist ersuchen. Der letzte Tag der Rechtsmittelfrist fiel auf einen lokalen Feiertag. Wie sich dies und die damit einhergehenden verkürzten Öffnungszeiten der Behörden auf den Fristenlauf auswirken, ist für einen Laien nicht leicht festzustellen. Deshalb sowie unter Berücksichtigung, dass die Konkursforderung vollständig beglichen und die Gläubigerin in ihren Rechten nicht (mehr) tangiert ist, rechtfertigt es sich, die Frist wiederherzustellen und den Betreibungsregisterauszug als rechtzeitig entgegenzunehmen; dies umso mehr, als die Frage, wann ein Versäumnis unverschuldet ist, einen grossen Ermessensspielraum lässt.

b) Gemäss der Auskunft wurden in der Zeit vom 1. Januar 2011 bis zum 10. September 2013 20 Betreibungen eingeleitet, wovon zwei erloschen sind. Die Anzahl Betreibungen sowie der Umstand, dass es in 14 Fällen zur Verwertung – wenn auch mit voller Befriedigung – kam, lassen auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betreibung Nr. ... inzwischen beglichen bzw. verzichtete die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses. Damit sind gegenwärtig noch drei Betreibungen in Höhe von knapp Fr. 60'000.-- offen. Die Betreibung Nr. ... kann unbeachtet bleiben, denn hier führte die Pfändung zu einer genügenden Deckung. Zu den Betreibungen Nr. ... und ... des kantonalen Steueramtes Aargau und der Finanzverwaltung der Gemeinde F.\_\_\_\_\_ erklärt die Schuldnerin, sie werde sich bei der Gemeinde nach den Grundlagen dieser Betreibungen erkundigen. Die Einschätzungen der Steuerbehörden könnten viel zu hoch ausgefallen sein. Sie werde sich um eine Richtigstellung bemühen und die Restanzen so rasch wie möglich begleichen (act. 8). In diesen beiden Betreibungen sind somit anerkanntermassen noch keine Zahlungen geleistet oder korrigierte Steuerrechnungen erlassen worden, weshalb sie weiterhin zu berücksichtigen sind. Demnach verbleiben gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von rund Fr. 51'000.--.

c) Die Schuldnerin reichte weder eine Kreditoren- noch eine Debitorenliste ein. Sie erklärt, nebst der Hypothek und den Quartalsnebenkosten 2013 von Fr. 4'450.-- für ihre Wohnung in E.\_\_\_\_\_ habe sie vorbehältlich der nicht

erledigten Betreibungen keine weiteren Schulden. Namentlich bestünden keine Leasing- und Abzahlungsvereinbarungen oder Kleinkredite (act. 2 S. 2). Zwar ergibt sich aus der Vermögensübersicht per 6. September 2013 keine Laufzeit der Libor Hypothek von derzeit Fr. 319'376.--, in aller Regel handelt es sich dabei aber nicht um eine kurzfristige Verbindlichkeit (act. 4/6). Eine Steuererklärung oder ein Jahresabschluss, die ihre Angaben im Übrigen untermauern könnten, sind gemäss der Schuldnerin nicht vorhanden. Ohne Sichtung ihrer Unterlagen in E.\_\_\_\_\_ könne sie nicht sagen, wann sie zuletzt eine Steuererklärung eingereicht habe. Einen Jahresabschluss ihrer nur kurz aktiven Einzelfirma habe es nie gegeben (act. 2 S. 2). Dennoch erscheinen ihre Angaben glaubhaft, da keine Anhaltspunkte für weitere bedeutsame Ausstände vorliegen. Die Schuldnerin hat damit offene Verpflichtungen von ca. Fr. 55'000.--. Demgegenüber macht sie keine Debitoren geltend. Ihre Konti bei der UBS wiesen per 6. September 2013 einen Saldo von insgesamt Fr. 153'377.-- aus, wobei rund Fr. 52'000.-- auf ein Vorsorgekonto 3b entfallen. Dabei handelt es sich anders als bei der Säule 3a um eine freie Vorsorge, die man sich unter Berücksichtigung der Vertragsbedingungen im Einzelnen jederzeit auszahlen lassen kann. Ob hingegen die ca. Fr. 109'000.-- der gebundenen Vorsorge 3a demnächst verfügbar sind – sei es aufgrund eines bereits eingetretenen Vorsorgefalles oder eines Sachverhaltes, der eine vorzeitige Auszahlung im Sinne von Art. 5 FZG zulässt – ist nicht bekannt (act. 4/11). Weiter verweist die Schuldnerin auf ein Depot mit insgesamt rund Fr. 108'600.-- (Fr. 18'664.95 Bargeld und Fr. 89'988.-- Wertschriften) bei der Online-Bank Swissquote. Die Wertschriften seien täglich handelbar und damit liquid, was durch den Depotauszug mit Tagespreisen bestätigt wird (act. 2 S. 3, act. 4/8). Schliesslich hält sie zahlreiche Fonds im Gesamtwert von rund Fr. 380'000.--, wobei sie hier (kurzfristige) Zuflüsse selbst in Frage stellt. Als Gründe dafür nennt sie den Transfer mehrerer Fonds von der UBS zur Swissquote Bank, die Liquidation eines Fonds durch die amerikanischen Behörden sowie die Verwicklung des Managements zweier weiterer Fonds in einen Betrugsfall und das damit verbundene Ausfallrisiko (act. 2 S. 3, act. 4/9 - /10). Somit liegen Barmittel und kurzfristig realisierbare Wertschriften von Fr. 262'000.-- vor. Angesichts dieses Betrages ist unerheblich, ob die Schuldnerin in

nächster Zeit über die 3. Säule und ihre Fondsanteile wird verfügen können. Demzufolge vermögen die liquiden Mittel und Wertschriften die Verbindlichkeiten klar zu decken.

Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen sowie ihre Schulden in absehbarer Zeit abzutragen, als gegeben. Dass sie mit ihrem Einkommen aus der Anstellung bei G. \_\_\_\_\_ ihren Lebensunterhalt von monatlich knapp Fr. 2'000.-- problemlos bestreiten kann, ist glaubhaft. Ihren Mietanteil von Fr. 1'300.-- übernehme ihr Vater als Pflegeentgelt (act. 2 S. 3). Die Konkurseröffnung dürfte somit in der Tat zur Hauptsache auf die grosse Belastung der Schuldnerin durch die intensive Pflege ihrer Eltern und die damit verbundene Vernachlässigung ihrer administrativen Angelegenheiten zurückzuführen sein. Nunmehr ist sie jedoch bestrebt, ihre Situation zu bereinigen. So hat sie zu ihrer Entlastung wie dargelegt bereits ihre Einzelfirma löschen lassen und beabsichtigt, ihre Wohnung zu verkaufen. Weiter erklärt sie, sich um professionelle Betreuung für ihren Vater zu bemühen sowie selbst medizinische Hilfe in Anspruch zu nehmen. In finanziellen Belangen lasse sie sich von Herrn B. \_\_\_\_\_ unterstützen (act. 2 S. 3 f.). Für die Liquidität der Schuldnerin spricht ferner, dass die zahlreichen Verwertungen jeweils zur vollen Befriedigung führten und dennoch beachtliche Barmittel vorhanden sind. Schliesslich vermochte die Schuldnerin im Hinblick auf dieses Verfahren innert Kürze immerhin rund Fr. 15'000.-- aufzubringen.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin.

7. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Demnach wird die Schuldnerin vorbehältlich eines Antrages und Aufwendungen seitens der Gläubigerin grundsätzlich für beide Instanzen entschädigungspflichtig. Da die Gläubigerin in ihrem Konkursbegehren einen solchen Antrag stellte, rechtfertigt es

sich entsprechend den vorinstanzlichen Erwägungen, ihr eine Entschädigung von Fr. 100.-- für das erstinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Im Beschwerdeverfahren sind der Gläubigerin hingegen keine Umtriebe erwachsen, weshalb sie dafür nicht zu entschädigen ist.

Wie erwähnt erstattete die Schuldnerin der Gläubigerin mit der Bezahlung der Konkursforderung auch den von dieser an die Vorinstanz geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'800.-- (act. 4/2). Das Konkursamt hat somit einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Restbetrag vollständig der Schuldnerin zurückzuzahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. 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. Die Schuldnerin wird verpflichtet, der Gläubigerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 100.-- zu bezahlen. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt ...-Zürich 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 Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 8, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt 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. S. Bohli Roth

versandt am: