

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160218-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 21. November 2016

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 26. Oktober 2016 (EK161639)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist Inhaberin des seit 24. Mai 2006 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "C.____", wobei als Zweck "Import, Montage, Bau, Verkauf von Fenstern, Türen, Rolladen, Zargen, Wintergärten und Verglasung aller Art" sowie "Ausführung von Fassadeninstallationen und sonstigen Hausverkleidungen, Baureinigung, Raumpflege, Gebäudereinigung und Hauswartung" genannt wird (act. 6).

2. Am 26. Oktober 2016, 10:00 Uhr, eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich gestützt auf den Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung des Betreibungsamtes Zürich 11 in der Betreuung-Nr. ... für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 7):

Fr.	3'726.00	nebst Zins zu 5 % seit 13. Mai 2016
Fr.	57.00	zuzüglich Zins vom 01.01.2015 bis 12.05.2016
Fr.	500.00	Umtriebsentschädigung
Fr.	146.60	Betreibungskosten

Die Zustellung des Entscheides bot offenbar Schwierigkeiten. In den Akten liegt ein Briefumschlag, der von der Post mit dem Kleber "nicht abgeholt" an das Gericht retourniert wurde (act. 8). Gleichzeitig gibt es einen Empfangsschein, der Namen und Adresse der Schuldnerin nennt, aber offenkundig von einer anderen Person unterzeichnet wurde (act. 13). Das geht nicht zusammen, da die Abholfrist bis zum 3. November 2016 gelaufen sein soll (act. 12) und der Empfangsschein vom selben Datum ist (act. 13). Sei denn, wie dem wolle: offenbar wurde dem Anwalt der Schuldnerin mitgeteilt, die Zustellung sei am 3. November 2016 erfolgt (act. 9), und darauf durfte er sich verlassen.

Dagegen erhob die Schuldnerin am 14. November 2016 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer, wobei sie die Aufhebung des Konkurses, eventualiter die Abschreibung des Konkurses infolge Gegenstandslosigkeit, sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragte. Zudem beantragte sie, es sei ihr die Frist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung bis zum 10. Dezember 2016 zu erstrecken (act. 2 S. 2). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-13). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin ihre *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

2. Eine Beschwerde gegen einen Konkurseröffnungsentscheid ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Dies bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit 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 (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2.1 Die Schuldnerin belegt mit einem Schreiben der Gläubigerin vom 10. November 2016, dass sie die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung mit Valuta vom 31. Oktober 2016 – und damit nach der am 26. Oktober 2016 erfolgten Konkurseröffnung – an die Gläubigerin bezahlt hat (act. 5/3-4; vgl. auch act. 5/7) und dass die Gläubigerin aufgrund der erfolgten Zahlung die der Kon-

kurseröffnung zugrunde liegende Betreuung Nr. ... mit Schreiben vom 10. November 2016 zurückgezogen hat (act. 5/4). Im Weiteren weist die Schuldnerin mit einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 2. November 2016 nach, dass sie beim Konkursamt zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'300.– sichergestellt hat (act. 5/5). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan.

2.2 Da die Schuldnerin die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung erst nach Konkurseröffnung bezahlt hat, hat sie überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Anzumerken ist an dieser Stelle sodann, dass der Rückzug der Betreuung durch die Gläubigerin entgegen der Meinung der Schuldnerin (vgl. act. 2 S. 5 f.) nicht zur Gegenstandslosigkeit des Konkursverfahrens führt, vermag doch auch ein ausdrücklicher Verzicht der Gläubigerin auf Durchführung des Konkursverfahrens *nach* Konkurseröffnung weder diese ungeschehen zu machen noch im Beschwerdeverfahren die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zu ersetzen (BGer 5P.256/2002 vom 4. September 2002 = Pra 2003, S. 42 ff.; BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 26). Deshalb setzt die Aufhebung des Konkurses vorliegend die Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit durch die Schuldnerin voraus, wozu substantiierte Behauptungen aufzustellen sind. Die Schuldnerin hat ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen zu legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel anzugeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3 u.a. mit Hinweis auf BGE 132 III 715, E. 3.1).

2.3 Aus dem vorgelegten Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 2. November 2016 (act. 5/6 S.4) gehen ne-

ben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreuung noch 9 weitere Betreibungen hervor, wobei in zwei Betreibungen die Forderung inzwischen an die Gläubigerin bezahlt wurde (Code 106). Neben der Konkursforderung bleiben damit 7 offene Betreibungsforderungen über einen Betrag von insgesamt Fr. 44'802.85, wobei eine Betreuung (Forderung Fr. 286.85) inzwischen erloschen ist (Code 501). In einer Betreuung (Forderung Fr. 2'109.65) wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Code 102) und zwei Betreibungen (Gesamtforderung Fr. 8'417.95) sind durch Rechtsvorschlag gehemmt (Code 104). In drei weiteren Betreibungen (Gesamtbetrag gemäss Betreibungsregisterauszug Fr. 33'988.40) läuft eine Pfändung (Code 204), wobei die in diesen drei Pfändungen offene Forderung inklusive Kosten gemäss einer von der Schuldnerin eingereichten provisorischen Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 9. November 2016 sogar Fr. 37'220.50 beträgt (act. 5/6 S. 1). Damit ergeben sich aus dem Betreibungsregister und aus der von der Schuldnerin eingereichten provisorischen Abrechnung Forderungen (teilweise inklusive Betreuungskosten) von insgesamt Fr. 48'034.95 [Fr. 44'802.85 + (Fr. 37'220.50 – Fr. 33'988.40)].

Zu diesen offenen Forderungen bringt die Schuldnerin vor, dass sie davon bereits über Fr. 10'000.– abbezahlt habe und dabei sei, weitere Abschlagszahlungen zu leisten (act. 2 S. 4). Aus zwei von der Schuldnerin eingereichten Pfändungsabrechnungen des Betreibungsamtes Zürich 11 (act. 5/6 S. 2-3) ergeben sich Zahlungen der Schuldnerin von Fr. 13'700.–, womit eine Restschuld von Fr. 34'334.95 (Fr. 48'035.95 – Fr. 13'700.–) verbleibt. Weitere, insbesondere ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machenden Belege reicht die Schuldnerin jedoch nicht ein. Vielmehr führt sie dazu im Rahmen ihrer Beschwerde im Weiteren einzig aus, es sei ihr nicht möglich gewesen, in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit alle für die Begründung der Beschwerde erforderlichen Akten zu beschaffen und dem Gericht vorzulegen, wobei der Nachweis, dass keine weiteren Schulden ausser den "genannten" bestehen würden, dem Konkursamt bekannt sei (act. 2 S. 4). Aus diesem Grund ersuche sie um Erstreckung der Frist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung bis zum 10. Dezember 2016 (act. 2 S. 5).

Wie bereits gesagt (vorstehend Ziff. II.2) hat die Schuldnerin eine Beschwerde gegen einen Konkursöffnungsentscheid jedoch innert der 10-tägigen Beschwerdefrist *abschliessend* zu begründen, weshalb sie insbesondere auch ihre Zahlungsfähigkeit innert Frist glaubhaft zu machen hat. Das Urteil der Vorinstanz wurde der Schuldnerin am 3. November 2016 zugestellt (vgl. vorstehend Ziff. I.2), womit die 10-tägige Beschwerdefrist am 14. November 2016 endete. Die Schuldnerin hat ihre Beschwerdeschrift dementsprechend am letzten Tag der Frist der Post übergeben und die Eingabe ist einen Tag später – und damit nach Ablauf der Frist – bei der Kammer eingegangen (vgl. act. 2). Eine Ergänzung der Beweismittel zur Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist deshalb nicht mehr möglich. Beim Antrag um Erstreckung der Frist schwebt dem Anwalt vielleicht § 276 Abs. 3 ZPO/ZH zum alten, kantonalen Rekurs vor. Dieser gilt seit dem 1. Januar 2011 nicht mehr, und die gesetzliche Beschwerdefrist ist nicht erstreckbar (Art. 174 SchKG/Art. 321 Abs. 2 SchKG und Art. 144 Abs. 1 ZPO). Eine Wiederherstellung der Frist wurde nicht verlangt und könnte der anwaltlich vertretenen Schuldnerin auch nicht bewilligt werden. Soweit die Schuldnerin mit dem Hinweis, dass dem Betreibungsamt der Nachweis, dass keine weiteren Schulden ausser den "genannten" bestünden, einen Beweisantrag stellt, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass ein Beweisantrag von vornherein nicht dazu dienen kann, den rechtlich relevanten Sachverhalt erst mit der Vorlage bzw. Abnahme der Beweismittel darzulegen oder zu substantiieren, sondern einzig dazu, bereits substantiiert dargelegte Ausführungen zu belegen (vgl. statt vieler ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 29); solche fehlen vorliegend jedoch, hat die Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift doch weder konkrete Ausführungen zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen noch Angaben dazu gemacht, wie hoch der gesamthafte Betrag ihrer Schulden ist. Ob die aktuellen Einnahmen der Schuldnerin ausreichen, um neben den laufenden Geschäftsausgaben noch die bestehenden Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, kann dementsprechend gestützt auf den von ihr vorgetragenen Sachverhalt nicht beurteilt werden, weshalb die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gar nicht erst rechtsgenügend behauptet wurde. Aus dem Umstand, dass durch die laufenden Pfändungen in der Zeit zwischen dem 1. Januar 2016 und dem 9. November 2016 bis anhin offenbar Forde-

rungen im Umfang von Fr. 13'700.– getilgt werden konnten, kann alleine sodann nichts zugunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin abgeleitet werden, wäre die Schuldnerin bei dieser Tilgungsrate doch nicht in der Lage, die noch offenen Forderungen von Fr. 34'334.95 innert nützlicher Frist, jedenfalls aber innerhalb von zwei Jahren, abzutragen.

Insgesamt ist es der Schuldnerin aufgrund der unvollständigen bzw. fehlenden Darstellung ihrer Einkommens- und Vermögenslage sowie der fehlenden Glaubhaftmachung von Behauptungen nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Da damit ihre Zahlungsfähigkeit nicht ausreichend glaubhaft ist, sind die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde ist daher abzuweisen.

2.4 Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreibung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am: