

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160223-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 30. November 2016

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 16. November 2016 (EK161732)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist Inhaberin des seit dem 25. Juni 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens Restaurant C._____ und D._____ A._____. Das Unternehmen bezweckt gemäss Handelsregister die Führung eines oder mehrerer Restaurationsbetriebe (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 16. November 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 2'400.00 nebst Zins zu 5 % seit 7. Juni 2016 abzüglich einer Teilzahlung vom 8. November 2016 von Fr. 2'500.00, eine Forderung von Fr. 106.00 ohne Zins sowie Betreuungskosten von Fr. 162.60 (act. 3 = act. 7).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 28. November 2016 (überbracht) rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Urteils des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 16. November 2016 und verlangt die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 8/5; act. 2 S. 2). Da vorliegend sogleich der Entscheid in der Sache gefällt werden kann, wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsolet.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht werden (BGE 136 III 294; BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Schuldnerin hat mit Einzahlung vom 24. November 2016 den Rest der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten beim Obergericht hinterlegt und für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 5/13). Zudem hat sie am 24. November 2016 die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichts beim Konkursamt Riesbach-Zürich sichergestellt (act. 5/14). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie 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 der finanziellen Situation zu erkennen sind und die Schuldnerin auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre 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 (BGE 132 III 715; BGer 5A_726/2010 vom 22. März 2011, E. 3.2.1; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3).

2.3.2. Die Schuldnerin hat, da der Konkurs über sie privat eröffnet wurde, ihre (persönliche) Finanzlage umfassend darzulegen. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin versäumte es, einen Betreibungsregisterauszug einzureichen. Auch macht sie keine Ausführungen zu allenfalls bestehenden Schulden resp. offenen Betreibungen und dem aktuellen sowie künftigen Geschäftsgang des von ihr geführten Einzelunternehmens, was die Prüfung

der Zahlungsfähigkeit erschwert. Die Schuldnerin macht in Bezug auf ihre Zahlungsfähigkeit geltend, über die notwendigen Eigenmittel zu verfügen und zahlungskräftig zu sein. Ihre liquiden Mittel würden sich auf Fr. 138'000.00 belaufen (act. 2 S. 3 f.). Die Schuldnerin legt Kontobelege von der Credit Suisse, der Graubündner Kantonalbank, der Raiffeisenbank Zürich, der UBS Switzerland AG und der Zürcher Kantonalbank vom 24. November 2016 vor, aus welchen sich ein Bankguthaben von rund Fr. 134'400.00 ergibt (act. 5/6-11). Im Weiteren bringt die Schuldnerin vor, die Steuererklärung 2015 noch nicht fertiggestellt zu haben (act. 2 S. 3). Aus der vorgelegten Steuererklärung 2014 geht indes ein gesamthafes, steuerbares Vermögen von rund Fr. 7'400'000.00 und ein steuerbares Einkommen von rund Fr. 294'000.00 hervor, wobei sich Letzteres zur Hauptsache aus Liegenschaftenertrag zusammensetzte. Aus der Geschäftstätigkeit des Restaurants C._____ resultierte im Jahr 2014 ein Gewinn von rund Fr. 22'000.00 (act. 5/12). Die Staats- und Gemeindesteuern 2014 hat die Schuldnerin bezahlt. Gemäss Kontoauszug des Steueramtes vom 8. August 2016 besteht ein Saldo über Fr. 105'441.65 zugunsten der Schuldnerin (act. 5/12/6).

Zur Erklärung, wie es trotz vorhandener Liquidität von über Fr. 130'000.00 zur Konkursöffnung gekommen sei, verweist die Schuldnerin auf ein von ihr eingereichtes Arztzeugnis. Daraus ist ersichtlich, dass die Schuldnerin ihre berufliche Tätigkeit seit Anfang August 2016 aus gesundheitlichen Gründen nicht ausüben können (act. 5/2). Die Schuldnerin fügt an, sie sei erkrankt und habe deshalb die Büroarbeiten nicht erledigen können. Die Mahnung der Gläubigerin habe sie am 10. August 2016 erhalten und in der Folge sei sie betrieben worden. Daraufhin habe ihre Teilzeitmitarbeiterin per E-Banking Zahlungen vorgenommen (act. 2 S. 3). Mit dem zu den Akten gereichten Schreiben vom 24. November 2016 bestätigt die Teilzeitmitarbeiterin, dass ihr bei den Zahlungen per E-Banking ein Fehler unterlaufen sei. Sie habe die Zahlung direkt an die Gläubigerin statt an das Betreibungsamt vorgenommen, weswegen der beim Betreibungsamt geschuldete Betrag nicht beglichen worden sei (act. 5/15).

2.3.3. Der von der Schuldnerin geschilderte Geschehensablauf, welcher zur Konkursöffnung führte, erscheint anhand der eingereichten Belege als glaub-

haft. Vor diesem Hintergrund sowie aufgrund der belegten vorhandenen Liquidität resp. dem vorhandenen Vermögen der Schuldnerin, ist ihre Zahlungsfähigkeit – ausnahmsweise trotz versäumter Vorlage eines Betreibungsregisterauszuges – als glaubhaft anzusehen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht die Möglichkeit nicht ausschliesst, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Sollte es jedoch diesen Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre dies als ein starkes Indiz für eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zu werten.

2.4. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und der über die Schuldnerin am 16. November 2016 eröffnete Konkurs aufzuheben.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. November 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 219.20 (= Fr. 969.20 ./ Fr. 750.00) an die Gläubigerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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. K. Würsch

versandt am:

1. Dezember 2016