

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110174-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

Urteil vom 24. Oktober 2011

in Sachen

A._____

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im Konkursverfahren des Bezir-
kes Uster vom 12. September 2011 (EK110191)

Erwägungen:

I.

Am 12. September 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Uster für eine Forderung von Fr. 6'503.70 (Forderung inklusive Zins sowie Gläubiger- und Betreuungskosten) über die Schuldnerin den Konkurs (act. 2 = act. 7 = act. 8/10). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte die Schuldnerin daraufhin mit Eingabe vom 29. September 2011 dessen Aufhebung. In prozessualer Hinsicht verlangte sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie eine Fristansetzung zur Einreichung zusätzlicher Belege (act. 1; vgl. auch act. 8/11). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2011 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Der Antrag auf Fristansetzung zur Nachreichung zusätzlicher Belege wurde unter Hinweis auf die im Zeitpunkt des Rechtsmitteleingangs bereits abgelaufene Beschwerdefrist und die neue Praxis des Obergerichts abgewiesen (act. 10). Am 7. Oktober 2011 wurde der Kostenvorschuss in der verlangten Höhe einbezahlt (act. 12).

II.

Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 12; vgl. auch act. 11/1). Auf das Rechtsmittel ist daher einzutreten.

III.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Neue Tatsachen können im Beschwerdeverfahren einerseits geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Über konkurshindernde Tatsachen sind

neue Behauptungen und Urkundenbeweise zudem selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid erfolgt sind. Da die Beschwerde innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen ist, muss der Schuldner allerdings *innert Rechtsmittelfrist* sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe durch Urkunden belegen als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Es besteht keine Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen oder der Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt (ZR 110/2011 Nr. 5 unter Hinweis auf BGE 136 III 294).

2. Durch Einreichung eines Empfangsscheins vom 3. September 2011 über Fr. 6'253.70 (act. 8/6) und eines solchen vom 29. September 2011 über Fr. 250.00 (act. 4/3) wies die Schuldnerin die Begleichung der Konkursforderung ausreichend nach. Zudem bestätigte das Konkursamt C._____ mit Schreiben vom 20. September 2011 die Leistung eines Barvorschusses von Fr. 600.00, wodurch die entstandenen und noch entstehenden Kosten inklusive derjenigen des Konkursrichters sichergestellt seien (act. 4/4 = act. 5). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung hinreichend belegt (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Weiter stellte die Schuldnerin mittels Barvorschuss die zweitinstanzliche Spruchgebühr sicher (act. 12).

Daher kann offen bleiben, ob die Schuldnerin die vor Konkurseröffnung noch ausstehenden Fr. 250.00 Gläubigerkosten tatsächlich bereits mit der Bankzahlung über Fr. 350.00 vom 21. September 2011 an die Gläubigerin beglichen hat (act. 1 S. 3 f.). Dem Beleg ist dies jedenfalls nicht eindeutig zu entnehmen (act. 4/5). Immerhin handelt es sich bei ...-Beiträgen um wiederkehrende Betreffnisse, wobei aufgrund der Übersicht unklar bleibt, welche Periode die Zahlung betrifft.

3. a) Neben dem Beleg eines Konkurshinderungsgrunds hat der Schuldner nach dem Gesagten auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, womit 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 abzutragen. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz

für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen, müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten tatsächlich glaubhaft erscheint.

b) Gemäss Handelsregisterauszug eröffnete der Konkursrichter des Bezirks Uster am 21. April 2009 bereits einmal den Konkurs über die Schuldnerin. Am 25. August 2009 wurde der dagegen erhobene Rekurs gutgeheissen und die Konkursöffnung aufgehoben (act. 6). Im eingereichten Auszug des Betreibungsamts C._____ vom 23. September 2011 sind für den Zeitraum 1. Januar 2009 bis 23. September 2011 16 gegen die Schuldnerin angehobene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 35'782.37 vermerkt (act. 4/12). Dieses Bild lässt auf einige Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Allerdings sind von den 16 Betreibungen zehn im Betrag von insgesamt Fr. 17'631.72 (und damit fast der Hälfte des offenen Betrags) als durch Zahlung erledigt oder erloschen markiert (Betreibungen Nr. über Fr. 2'163.60 und Nr. über Fr. 1'073.70 der B._____; Betreibung Nr. über Fr. 447.60 der E._____; Betreibung Nr. ... über Fr. 230.90 der F._____; Betreibung Nr. ... über Fr. 1'958.00 von G._____ Betreibung Nr. ... über Fr. 3'966.70 der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Hauptabteilung Mehrwertsteuer; Betreibung Nr. ... über Fr. 2'707.87 des Steueramts der Stadt C._____; Betreibung Nr. ... über Fr. 2'585.35 des H._____; Betreibung Nr. ... über Fr. 2'230.15 der I._____ SA; Betreibung Nr. ... über Fr. 267.85 der J._____). Daneben wies die Schuldnerin im Rechtsmittelverfahren die vollständige Begleichung der Konkursforderung von Fr. 5'639.50 nach (Betreibung Nr. ... der B._____). Auch in vier weiteren Fällen machte die Schuldnerin im Rechtsmittelverfahren die Zahlung des in Betreibung gesetzten Betrages von gesamthaft Fr. 10'523.20 glaubhaft (Betreibung Nr. ... über Fr. 3'532.50 der K._____ durch act. 4/13; Betreibung Nr. über Fr. 4'443.00 der L._____ durch act. 4/14 und act. 4/15; Betreibung Nr. über Fr. 1'323.00 der B._____ durch act. 4/16; Be-

treibung Nr. ... über Fr. 1'224.70 der B._____ durch act. 4/17). Bezüglich der letzten vermerkten Betreibung (Nr. ... über Fr. 1'987.95 des H._____) führte die Schuldnerin in ihrer Beschwerde aus, diese Forderung werde bestritten, weshalb sie Rechtsvorschlag erhoben habe. Allerdings wäre sie in der Lage, auch diese Forderung zu begleichen, sollte sie tatsächlich bestehen (act. 1 S. 5). Als einzige, gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderung verbleibt nach dem Gesagten diejenige des H._____ über Fr. 1'987.95. Zu allfälligen weiteren, nicht betriebenen Kreditoren ist nichts bekannt.

Den Kreditoren stellt die Schuldnerin einerseits ein Bankguthaben und andererseits Debitoren aus erst kürzlicher Inrechnungstellung im Betrag von insgesamt Fr. 7'021.35 gegenüber (act. 1 S. 4). Der Auszug der M._____ (Bank) über die letzten fünf Buchungen vor 29. September 2011 weist einen Endsaldo von Fr. 6'930.90 aus (act. 4/7). Allerdings rührt das Guthaben per Ende September 2011 im Wesentlichen von einer einzigen Gutschrift von Fr. 6'916.75 her (Gutschrift .. vom 23. September 2011). Vor dieser Zahlung muss sich das Bankkonto mit Fr. 14.15 lediglich marginal im Plus befunden haben. Mit Fr. 233.60 bot das Bankguthaben auch zu Beginn der erfassten Periode am 19. September 2011 wenig finanziellen Spielraum. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin im Zusammenhang mit dem vorliegenden Konkursverfahren in jüngerer Zeit doch einige finanzielle Mittel aufbringen musste. Dennoch kann aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht davon ausgegangen werden, dass auf dem fraglichen Konto mehr als für die laufende Geschäftsführung benötigte Guthaben angehäuft werden können.

Dagegen erscheinen aufgrund der eingereichten Rechnungen vom 26., 27. und 28. September 2011 an die N._____ AG grösstenteils innert nützlicher Frist zur Verfügung stehende Einnahmen von Fr. 7'021.35 glaubhaft. Selbst ohne auch nur schätzungsweise Angaben zu den von einem eingehenden Betrag noch in Abzug zu bringenden Unkosten für Löhne, Material und Administration könnte die Forderung des H._____ von Fr. 1'987.95 bei deren Bestehen mit diesen kurzfristigen Forderungen ohne weiteres beglichen werden.

c) Insgesamt ist nach dem Gesagten trotz angespannter Finanzlage der Schuldnerin davon auszugehen, dass die Konkursöffnung wohl tatsächlich auf eine administrative Nachlässigkeit ihrerseits zurückzuführen war (act. 1 S. 3 und S. 5). Es darf angenommen werden, dass die Schuldnerin über ausreichend liquide Mittel zur (allfälligen) Abtragung ihrer Schulden und Erfüllung der laufenden Verpflichtungen verfügt. Unter den gegebenen Umständen erscheint jedenfalls glaubhaft, dass sie nicht aus Mangel an flüssigen Geldmitteln ihre Zahlungen völlig eingestellt und dadurch ihre eindeutige Zahlungsunfähigkeit bekundet hat. Damit erweist sich die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

IV.

Obwohl die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren bei der Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil diese das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Uster vom 12. September 2011, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 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 C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 600.00 Zahlung der Schuldnerin, Fr. 1'550.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses und Fr. 250.00 weitere Zahlung der Schuldnerin) der Gläu-

bigerin Fr. 2'000.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Uster und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie das Grundbuchamt C._____, und das Betreibungsamt C._____, 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:

lic. iur. K. Findeisen

versandt am: