

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130196-O/ U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Urteil vom 20. November 2013

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 22. Oktober 2013 (EK130243)

Erwägungen:

1. Das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur eröffnete mit Urteil vom 22. Oktober 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 4. November 2013 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (vgl. act. 8/6) die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung der Konkursforderung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sodann reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 4/1-13) und leistete einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 9). Mit Präsidialverfügung vom 6. November 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11).

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 Konkurshinderungsgründe 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. Die Beschwerdeführerin hinterlegte bei der Obergerichtskasse am 1. November 2013 einen Betrag in Höhe von Fr. 2'087.20 zuhanden der Beschwerdegegnerin, womit die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten gedeckt ist (act. 3, act. 4/1 und act. 10). Ferner hat die Beschwerdeführerin gleichentags beim Konkursamt C._____/D.____ Fr. 800.– zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens sichergestellt (act. 4/2). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im

Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen.

4. Überdies hat der Schuldner 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 abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn 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 ihm die Tilgung seiner 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 Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes C._____ (act. 4/3) wurden vom 16. Juni 2009 bis 16. Oktober 2013 insgesamt 32 Beteiligungen eingeleitet. Davon sind mittlerweile 12 erledigt. Wie dargelegt, wurde sodann die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Beteiligung Nr. 1...) von der Beschwerdeführerin zuhanden der Beschwerdegegnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Gegenwärtig sind somit noch 19 Beteiligungen offen.

In sieben Beteiligungen (Nr. 2..., 3..., 4..., 5..., 6..., 7... und 8...) hat das Beteiligungsamt C._____ der Beschwerdeführerin einen Verwertungsaufschub gewährt. Den eingereichten Aufschubsbewilligungen sind die Höhe und Verfalltermine der Abschlagszahlungen sowie die bereits geleisteten Zahlungen zu entnehmen (vgl. act. 4/4). Die Beschwerdeführerin hat bisher Abschlagszahlungen von insgesamt Fr. 10'500.– geleistet. Damit ist in diesen Beteiligungen noch ein Betrag

von Fr. 36'344.10 offen. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass auch in den Betreibungen Nr. 9... und 10... (vom 28. Juni sowie 9. August 2013) über total Fr. 33'608.– mit dem Betreibungsamt Abschlagszahlungen vereinbart worden seien (act. 2 S. 2). In vier weiteren Betreibungen (Nr. 11..., 12..., 13... und 14...) in der Höhe von insgesamt Fr. 5'757.80 erfolgte die Konkursandrohung (act. 4/3 S. 2 f.). Bezüglich der Betreibung Nr. 15..., führt die Beschwerdeführerin aus, es handle sich um eine Forderung von Fr. 2'620.–, welche gemäss Beschluss des Friedensrichteramtes C._____ längst hätte gelöscht werden müssen. Darüber hinaus bestehen fünf weitere Betreibungen, in welchen bei zweien (Betreibung Nr. 16... über Fr. 1'755.– und Nr. 17... über Fr. 4'090.35) der Zahlungsbefehl zugestellt wurde. In der Betreibung Nr. 18... im Umfang von Fr. 705.50 wurde Rechtsvorschlag erhoben. In der Betreibung Nr. 19... über Fr. 4'090.35 erfolgte eine Pfändung mit ungenügender Deckung. Die Betreibung Nr. 20... über Fr. 170.– wurde erst gerade eingeleitet.

Es ist damit aktuell von offenen in Betreibung gesetzten Forderungen von Fr. 86'521.10 auszugehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführerin vom Betreibungsamt C._____ im Umfang von Fr. 69'952.10 ein Verwertungsaufschub im Sinne von Art. 123 SchKG erteilt bzw. in Aussicht gestellt wurde. Als Gläubigerin dieser Forderungen fungiert in sieben Fällen die Schweizerische Eidgenossenschaft Bern, einmal die SUVA C._____ und einmal die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich. Die Beschwerdeführerin bringt dazu vor, sie sei vom Steueramt zu hoch eingeschätzt worden. Die Mehrzahl dieser Betreibungen betreffen die Leistung von Mehrwertsteuern. Es sei mit dem Betreibungsamt vereinbart worden, dass sie in diesen Betreibungen vorerst Abzahlungen leiste, bis die definitiven Zahlen vorliegen würden. Es sei den aktuellen Firmenzahlen zu entnehmen, dass die Einschätzung zu hoch ausgefallen und dementsprechend nach unten zu korrigieren sei (act. 2).

b) Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um ein seit dem tt.mm.2010 im Handelsregister eingetragenes Einzelunternehmen, das Montage- und Installationsarbeiten jeglicher Art in der Haustechnik bezweckt (vgl. act. 6). Die Beschwerdeführerin führt aus, sie sei in C._____ ein bekanntes und gern ge-

sehenes Kleinunternehmen. Ihre Stärke läge in diversen Bereichen der Elektroarbeiten wie Service, Unterhalt, Bauführung und Baumanagement. Den eingereichten Unterlagen sei zu entnehmen, dass es ihr in keiner Weise an Aufträgen oder Liquidität mangle. In den Unterlagen seien überdies laufende Arbeiten in der Höhe von rund Fr. 13'000.– nicht aufgeführt, da diese erst in den nächsten Tagen ihren Abschluss fänden. Zu ihren Kundschaft würden vielen Kleinkunden, Sportvereine sowie soziale Institutionen zählen, wie beispielsweise auch die Stadt C._____ und das Sportamt C._____. Um die gegenwärtig grosse Nachfrage und die vielen erteilten Aufträge zu bewältigen, habe sie sogar per 1. November 2013 einen weiteren Mitarbeiter eingestellt (act. 2).

Zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit reichte die Beschwerdeführerin zwei Bankkontoauszüge (act. 4/5-6), eine aktuelle Debitorenliste (act. 4/7), eine Aufstellung über die Aktiven (act. 4/8), einen detaillierten Buchungsauszug für das Jahr 2013 (act. 4/9), einen Arbeitsvertrag (act. 4/10), eine Lohnabrechnung für September 2013 (act. 4/11) sowie eine Budget-Aufstellung der ZKB (act. 4/12-13) ein. Dem Privatkontoauszug der Beschwerdeführerin bei der Zürcher Kantonalbank lässt sich per 30. September 2013 ein Kontostand von Fr. 6'348.75 entnehmen (act. 4/5). Das Geschäftskonto bei der Zürcher Kantonalbank wies gleichentags einen Saldo von Fr. 19'251.36 auf (act. 4/6). Die Debitorenauflistung zeigt für den Zeitraum vom 1. Januar bis 4. November 2013 ein Gesamttotal von Fr. 114'478.45 auf (act. 4/7). Zusätzlich erwartet die Beschwerdeführerin rund Fr. 13'000.– für eine zwischenzeitlich erbrachte Leistung (act. 2 S. 2). Obwohl zwar die Rechnungs-, nicht aber die Fälligkeitsdaten bekannt sind, dürfen die Zahlungseingänge innert nützlicher Frist angenommen werden. Zumindest liegen keine gegenteiligen Anzeichen vor; der eingereichte Buchhaltungsauszug vom 6. Januar bis 1. November 2013 verzeichnet jedenfalls regelmässige Zahlungseingänge von Kunden (act. 4/9). Damit ist von Debitoren und flüssigen Mitteln von rund Fr. 150'000.– auszugehen.

Zwar liessen die Anzahl eingeleiteter Betreibungen zunächst auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin schliessen, aufgrund der dargelegten weiteren Verhältnisse scheint aber die Möglichkeit der Beschwerdeführerin,

in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachkommen zu können sowie ihre Schulden in absehbarer Zeit abzutragen, als gegeben. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das Betreibungsamt C._____ der Beschwerdeführerin für einen Grossteil der betriebenen Forderungen einen Verwertungsaufschub gewährte und die Beschwerdeführerin die offenen Schulden demnach ratenweise bzw. mit regelmässigen Abschlagszahlungen tilgen kann. Die bereits getätigten Abschlagszahlungen sind ausgewiesen (act. 4/4) und es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass die Beschwerdeführerin dieser Verpflichtung künftig nicht nachkommen wird und kann. Vielmehr macht sie überzeugend geltend, sehr darum bemüht zu sein, ihrer Zahlungspflicht nachzukommen und das Weiterbestehen ihrer kleinen Firma zu gewährleisten. Aufgrund der gegenwärtig zahlreichen Auftragseingänge konnte sie sogar einen weiteren Mitarbeiter einstellen (vgl. act. 4/10).

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

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Oktober 2013, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'087.20 der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt C._____/D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____/D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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. Graf

versandt am: