

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130214-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 11. Februar 2014

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern
vom 5. Dezember 2013 (EK130153)

Erwägungen:

1. Am 5. Dezember 2013 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 6). Der Entscheid wurde ihr am 9. Dezember 2013 zugestellt (act. 7/16). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach am 19. Dezember 2013 ab. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde (Poststempel 13. Dezember 2013) beantragte sie u.a. die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 16. Dezember 2013 entsprochen (act. 9).
2. a) 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin eine Verzichtserklärung der Gläubigerin auf Durchführung des Konkurses vom 10. Dezember 2013 eingereicht (act. 5/4). Die Schuldnerin stellte ausserdem beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 5/12).

c) Die Schuldnerin hat eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG dargetan. Für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete sie einen Barvorschuss (act. 11).
3. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren 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 zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

4. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

Im Zeitraum vom 27. April 2009 bis 12. Dezember 2013 wurden 50 Betreibungen im Betrag von Fr. 107'437.- (inkl. Konkursforderung) eingeleitet. Pfändungsverlustscheine wurden keine ausgestellt (act. 5/5). Aus dem Betreibungsregister ergibt sich ferner, dass die Schuldnerin 40 Betreibungsforderungen bereits bezahlt hat (act. 5/5, Betreibungen mit dem Code 105). Überdies wurde die der vorliegenden Konkursöffnung zugrunde liegende Betreibungsforderung getilgt (Betr. Nr. ...). Offen sind noch 9 Betreibungsforderungen. Davon befinden sich 5 im Stadium der Konkursandrohung (Fr. 5'305.65, Betreibungen mit dem Code 207). Bei zwei Betreibungen wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Fr. 1'237.95, Betreibungen mit dem Code 102) und bei zwei Fällen ist die Betreibung erloschen (Fr. 11'157.90, Betreibungen mit dem Code 501). Die Beschwerdeführerin nimmt zu diesen letzten beiden Forderungen keine Stellung. Die beiden Betreibungen sind zwar erloschen, das bedeutet aber nicht, dass die Forderungen nicht mehr bestehen. Deshalb sind sie in der Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen. Es sind somit noch Schulden in der Höhe von Fr. 17'701.50 vorhanden. Gemäss Tauschvertrag vom 23. Januar 2012 schuldete die Schuldnerin ihrer Schwester Fr. 175'000.- (act. 5/6). Es wurde behauptet, dass sie der Schwester bereits Fr. 160'000.- bezahlt habe (act. 2 S. 5). Zahlungsbelege wurden allerdings keine eingereicht. Nebst oben erwähnten Betreibungsforderungen hat A._____ demnach bei ihrer

Schwester aus dem Landabtausch noch Schulden von mindestens Fr. 15'000.-.

b) Die Schuldnerin unterliess es, eine Bilanz bzw. Aufwand- und Ertragsrechnung einzuliefern. Eben so fehlt eine aktuelle Debitoren- und Kreditorenliste. Die im Juni und September 2013 eingeleiteten Betreibungen der Ausgleichskasse für zwei Quartalsrechnungen von je Fr. 830.60 lässt unter Berücksichtigung eines AHV-Beitrages für Selbständigerwerbende von 9,7% des erzielten Verdienstes auf ein Bruttoeinkommen von etwas über Fr. 34'200.- $\{[(4 \times \text{Fr. } 830.6) : 9,7] \times 100\}$ schliessen, welches die Schuldnerin jährlich mit ihrem Betrieb erzielt. Pro Monat verbleibt ihr demnach ein Nettolohn von ca. Fr. 2'570.-. Dieser Lohn reicht nicht aus, um die offenen Schulden innert nützlicher Frist zu bezahlen. Die eingereichte Schuldübernahmeerklärung des Ehemannes enthält eine Widerrufsklausel (act. 5/10) und ist deshalb nicht zu berücksichtigen. Ferner ist auch die finanzielle Lage des Ehemannes nicht bekannt. Ob die Schuldnerin ihr ... Investment Depot kündigen kann, um weitere finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, ist ungewiss. Unbekannt ist auch der aktuelle Wert dieses Depots. Eingereicht wurde eine Vermögensübersicht per 31. Dezember 2012. Danach wurde für das Jahr 2012 ein Verlust verzeichnet und der damals ausgewiesene Vermögensstand belief sich auf Fr. 10'597.53 (act. 5/9). Aktuelle Bankkontoauszüge wurden keine eingereicht. Das per Ende Dezember 2012 ausgewiesene Vermögen würde jedenfalls nicht ausreichen, um die Betreibungsforderungen zu tilgen.

c) Die Schuldnerin ist Eigentümerin (act. 5/6) eines von der ... [Bank] am 14. April 2011 geschätzten Grundstückes im Wert von Fr. 700'000.- (act. 5/8 S. 10). Dieses Grundstück ist hypothekarisch unbelastet. Mit der Errichtung von Schuldbriefen könnte die Schuldnerin somit zu genügend Bargeld kommen, um ihre derzeitigen (bekannten) Schulden zu tilgen. Eine Belastung von 60% des Schätzwertes ergäbe nämlich eine Pfandsomme von Fr. 420'000.-.

d) Die Schuldnerin hat sofort zu handeln und die ausstehenden Betreibungsforderungen zu begleichen, um weitere Konkursöffnungen zu

verhindern. Um ihre Liquidität zu erhalten, hat sie entsprechende Massnahmen zu ergreifen, sei es, dass sie einen Schuldbrief auf ihrer Liegenschaft errichtet oder ihr Ehemann die Mittel einschiess.

5. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde.
6. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.- anzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 5. Dezember 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. Das Konkursamt ... ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 5'100.- (Fr. 3'500.- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.- Rest des von der Gläubigerin dem Einzelgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.- und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern ZH und das Konkursamt ... ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt ... ZH, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: