

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140061-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 5. Mai 2014

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Affoltern vom 27. Februar 2014 (EK140023)

### **Erwägungen:**

1. Am 27. Februar 2014 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern für eine Forderung von Fr. 9'484.80 nebst Zins zu 5% seit 15. Mai 2013 zuzüglich Fr. 10.80 Zins aus Teilzahlungen, Fr. 974.-- Verzugsschaden und Fr. 219.-- Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 5/4-10).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Innert der Rechtsmittelfrist belegte die Schuldnerin, dass die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in Höhe von total Fr. 11'063.-- mit Valuta vom 4. März 2014 der Gläubigerin gutgeschrieben worden war (act. 5/6). Das Konkursamt bestätigte ferner die Sicherstellung seiner sowie der erstinstanzlichen Kosten (act. 5/10). Da somit der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG vorliegt, wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 13. März 2014 die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Sodann wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Zahlungsfähigkeit nicht hinreichend glaubhaft gemacht habe und ihre Beschwerdeschrift diesbezüglich bis zum Ablauf

der Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Schliesslich wurde ihr Frist zur Leistung eines Vorschusses von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Fristgerecht reichte die Schuldnerin weitere Unterlagen ein (act. 11 und 12/1-8). Da sie aber innert Frist den Vorschuss nicht bezahlte, wurde ihr mit Verfügung vom 28. März 2014 eine einmalige fünftägige Nachfrist angesetzt, verbunden mit dem Hinweis, dass diese Frist in den Gerichtsferien nicht still stehe (act. 13).

Die Schuldnerin nahm diese Verfügung am 31. März 2014 entgegen (act. 14). Damit endete die Nachfrist unter Berücksichtigung des gesetzlichen Fristenstillstandes am Wochenende am 7. April 2014 (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO). Spätestens an diesem Tag hätte der Betrag zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet werden müssen (Art. 143 Abs. 3 ZPO). Die Schuldnerin bezahlte den Vorschuss indes erst am 16. April 2014 und damit deutlich verspätet am Postschalter ein (act. 16-17).

4.a) Mit Eingabe vom 22. April 2014 gelangte die Schuldnerin mit einem Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Leistung des Vorschusses an die Beschwerdeinstanz. Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, seit der Konkureröffnung sei sie völlig blockiert gewesen. Meistens sei sie zuhause gesessen und habe sinniert. Sie sei ausser Stande gewesen, auch nur einen Fuss vor die Türe zu setzen, geschweige denn einen Arzt aufzusuchen. Deshalb habe sie auch den Vorschuss nicht fristgerecht zahlen können (act. 15).

b) Bei der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses handelt es sich um eine richterliche Frist, deren Wiederherstellung sich nach den Vorschriften der ZPO und nicht nach dem strengeren Art. 33 Abs. 4 SchKG richtet. Gemäss Art. 148 ZPO kann das Gericht auf Gesuch einer säumigen Partei eine Frist wiederherstellen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft. Das Gesuch ist innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen. Es ist anzunehmen, dass die Schuldnerin ihre Verspätung am 16. April 2014 erkannte, als sie sich deswegen telefonisch an die Beschwerdeinstanz wandte (act. 14A). Ihr Gesuch vom 22. April 2014 erfolgte somit rechtzeitig. Der pauschale Hinweis der Schuldnerin auf eine durch die Konkureröffnung

hervorgerufene weitreichende Blockade ohne entsprechende Nachweise ist gerade noch als genügend zu erachten, zumal die Konkursforderung vollständig beglichen und die Gläubigerin in ihren Rechten nicht (mehr) tangiert ist. Da sodann die Frage, wann ein Versäumnis nicht oder nur leicht verschuldet ist, einen grossen Ermessensspielraum lässt, rechtfertigt es sich, die Frist wiederherzustellen und den Kostenvorschuss als rechtzeitig entgegenzunehmen.

5. Nebst einem Konkurs hinderungsgrund hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch 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 ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer 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.

6.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes Affoltern am Albis wurden in den letzten fünf Jahren bis zum 28. Februar 2014 acht Beteiligungen eingeleitet, wovon drei durch Zahlung erledigt sind (act. 5/9). Der Umstand, dass in drei Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen bezahlt. Damit sind noch vier Beteiligungen von total Fr. 5'837.85 offen. Im Beschwerdeverfahren macht die Schuldnerin die Bezahlung auch dieser Beteiligungen geltend (act. 2 S. 3 f.). So bezahlte sie am

6. März 2014 Fr. 1'016.05 an die D. \_\_\_\_\_ AG (act. 5/4). Es erscheint glaubhaft, dass diese Zahlung in der Betreuung Nr. ... von Fr. 848.50 der D. \_\_\_\_\_ erfolgte. Die Differenz dürfte auf die Tilgung aufgelaufener Zinsen und allfälliger weiterer Kosten zurückzuführen sein. Dasselbe gilt für die Betreuung Nr. ... für Fr. 4'079.50 der E. \_\_\_\_\_ Schweiz AG, vertreten durch die F. \_\_\_\_\_. Hier leistete die Schuldnerin den Betrag von Fr. 4'480.--, worauf die E. \_\_\_\_\_ ihr Konkursbegehren zurückzog (act. 5/5a-5b). Mit ihren Zahlungen von Fr. 222.65 an die G. \_\_\_\_\_ AG und Fr. 838.60 an das Zentralinkasso hat die Schuldnerin schliesslich auch die Tilgung der Betreibungen Nr. ... der G. \_\_\_\_\_ und Nr. ... der H. \_\_\_\_\_ für Fr. 148.15 bzw. Fr. 743.70 glaubhaft gemacht (act. 5/7-8). Damit verbleiben gegenwärtig keine offenen in Betreuung gesetzten Forderungen.

b) Die Schuldnerin betreibt eine Modeboutique. Dass sie keinen Jahres- oder Zwischenabschluss für das Jahr 2013 einreichte, da dieser noch in Bearbeitung sei (act. 11 S. 3), erschwert die Liquiditätsprüfung. Gemäss der Kreditorenliste vom 14. März 2014 hat die Schuldnerin Verbindlichkeiten von Fr. 6'735.70 (act. 12/1). Dazu ist zu bemerken, dass sie gemäss den entsprechenden Zahlungsbelegen zur Tilgung der Konkursforderung sowie mindestens einer weiteren Betreuung auf die finanzielle Unterstützung ihrer Geschäftsführerin und Gesellschafterin I. \_\_\_\_\_ angewiesen war (act. 5/3, act. 5/6-7). Zu den Konditionen einer allfälligen Rückzahlung äussert sie sich mit keinem Wort. Da I. \_\_\_\_\_ ihr nahe steht, sind diese Ausstände kaum kurzfristig zurückzuzahlen. Ihr Kontokorrentkonto bei der Migros Bank wies per 14. März 2014 einen Negativsaldo von Fr. 27'365.65 aus. Die Schuldnerin macht eine Kreditlimite von Fr. 30'000.-- sowie eine Sicherheitsleistung in gleicher Höhe geltend (act. 11 S. 2, act. 12/5). Die Bank ihrerseits bestätigt eine Limite von Fr. 28'500.-- sowie die Hinterlegung von Fr. 30'000.-- auf ein Sparkonto lautend auf I. \_\_\_\_\_ (act. 12/7). Auch hier ist nicht mit der Pflicht zur kurzfristigen Rückerstattung der Bankschulden und der Sicherheit an I. \_\_\_\_\_ zu rechnen. Offen bleibt, ob noch Mehrwertsteuerschulden, Sozialabgaben, Versicherungsprämien und dergleichen ausstehen. Den Auszügen der Firmenkonti lassen sich jedenfalls keine solchen Zahlungen entnehmen (act. 12/3-5). Konkrete Anhaltspunkte für weitere nennenswerte Verpflichtungen ergeben sich indes nicht aus den Akten. Somit hat die Schuldnerin derzeit kurzfristige

offene Verbindlichkeiten von Fr. 6'735.70. Demgegenüber führt sie keine Debitoren an. Sie verweist auf Barmittel in Höhe von Fr. 4'821.83 (act. 11 S. 2 f.). Die Barschaft von Fr. 1'287.65 wurde allerdings vom Konkursamt Affoltern zur Sicherstellung seiner sowie der erstinstanzlichen Kosten einbehalten (act. 5/10 und 12/2). Darüber kann die Schuldnerin somit nicht verfügen. Die Konti bei der Zürcher Kantonalbank und der PostFinance wiesen per 31. Januar 2014 einen Saldo von Fr. 122.96 bzw. Fr. 147.72 aus (act. 12/3-4). Die Schuldnerin macht geltend, gemäss telefonischer Erklärung der Banken im Beisein ihres Rechtsvertreters hätten sich die Kontostände per 14. März 2014 auf Fr. 1'695.76 und Fr. 854.07 erhöht. Auszüge würden aus Sicherheitsgründen nur per Post versandt (act. 11 S. 2). Der Rechtsvertreter bestätigte ferner einen Kassabestand per 14. März 2014 von Fr. 350.-- (act. 11 S. 2). Diese Vorbringen dürfen als glaubhaft erachtet werden. Schliesslich kann der Kontokorrentkredit gemäss Angaben der Schuldnerin noch mit Fr. 634.35 belastet werden, was in Anbetracht des Saldos von Fr. -27'365.65 und der erwähnten Limite von Fr. 28'500.-- ebenfalls plausibel erscheint (act. 11 S. 2). Somit hat die Schuldnerin flüssige Mittel von rund Fr. 3'535.--. Dem Warenlager misst sie einen Einkaufswert von Fr. 39'000.-- und einen Verkaufswert von ca. Fr. 90'000.-- bei. Gemäss ihrer eigenen Kalkulation zum Verkaufswert sowie zum Verschuldungsfaktor des Lagers kommt letzterem indes nur einen (Einkaufs-)Wert von Fr. 30'000.-- zu (act. 11 S. 3, act. 12/8). Das Lager ist für die Liquidität indes unbeachtlich, da es für den Betrieb grösstenteils zwingend erforderlich ist. Im Übrigen erscheint fraglich, ob bei einem Verkauf unter Zeitdruck ein Erlös in dieser Höhe realisiert werden könnte. Weitere namhafte Vermögenswerte scheinen nicht vorhanden. Damit vermögen die Barwerte die kurzfristigen Verpflichtungen nicht zu decken.

Ob eine Überschuldung vorliegt oder nicht, ist ohne eine Bilanz kaum feststellbar. Dennoch ermittelte die Schuldnerin durch Gegenüberstellung des von ihr festgestellten "Passivenüberschusses" von Fr. 1'913.87 – wie dargelegt beträgt dieser aber rund Fr. 3'200.-- – und dem Einkaufspreis des Lagers eine "Verschuldung des Warenlagers" von 6.3795% und kommt zum Schluss, dass von einer Überschuldung mit Sicherheit nicht die Rede sein könne (act. 11 S. 3). Bei dieser Rechnung liess sie indes sämtliche langfristigen Verpflichtungen, so die Bank-

schulden und die von I. \_\_\_\_\_ eingeschossenen Beträge, ausser Acht. Werden diese richtigerweise ebenfalls berücksichtigt, erscheint eine Überschuldung nicht ausgeschlossen. Rückschlüsse auf den Geschäftsgang sind angesichts der spärlichen Unterlagen kaum möglich. Hinsichtlich der Ertragsseite erklärt die Schuldnerin einzig, sie bringe täglich rund Fr. 350.-- ein (act. 11 S. 3). Angesichts des durchschnittlichen Kreditkartenumsatzes von rund Fr. 225.--/Tag im Januar 2014 (act. 12/3) ist dies plausibel, da noch Barverkäufe hinzukommen dürften. Die Schuldnerin geht davon aus, mit diesen Einkünften ihre (kurzfristigen) Schulden innert einer Woche abtragen zu können. Dem ist entgegenzuhalten, dass über ihre Kostenseite, namentlich allfällige Miet- und Personalkosten, nichts bekannt ist. Ebenso bleibt offen, wann und in welchem Betrag das Lager wieder aufgefüllt werden muss. Massgebend ist aber, dass die Schuldnerin relevante Einnahmen erzielt und bis zum Sommer 2013 offenbar keine nennenswerten Zahlungsschwierigkeiten aufwies, sind doch bis zu diesem Zeitpunkt keine Betreibungen (mehr) registriert. Ihre Liquidität vermag zwar nicht gerade als gut erscheinen. Gleichwohl kann unter diesen Umständen auch ohne detaillierte Angaben zu ihrer wirtschaftlichen Lage als glaubhaft angenommen werden, sie könne ihre Schulden innert nützlicher Frist abtragen und in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachkommen, zumal nicht alle Kreditoren unmittelbar zu befriedigen sind. Zu Gunsten der Schuldnerin ist sodann festzuhalten, dass inzwischen alle Betreibungen bezahlt sind. Schliesslich ist I. \_\_\_\_\_ offenbar gewillt und in der Lage, die Schuldnerin finanziell zu unterstützen, brachte sie mit Blick auf das Beschwerdeverfahren doch innert Kürze immerhin mindestens Fr. 11'000.-- auf.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit derzeit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin. Diese darf aber nicht davon ausgehen, dies werde in einem künftigen Beschwerdeverfahren wiederum der Fall sein. Eine erneute Konkursöffnung wäre nämlich ein kaum mehr zu widerlegender Hinweis auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten.

7. 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 Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Affoltern vom 27. Februar 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.-- wird bestätigt und auch der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Affoltern ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'887.65.-- (Fr. 1'287.65 Kassabestand 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 seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 11 und 15, sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Affoltern a.A. 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. S. Bohli Roth

versandt am: