

# ZH\_OBERGERICHT PS150209 vom 15. Dezember 2015

ZH Obergericht, 2015-12-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS150209](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS150209)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS150209 du 15 décembre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT PS150209 del 15 dicembre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 10. November 2015 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 23. November 2015 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Konkurses zufolge Gläubigerverzichtes und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 24. November 2015 entsprochen (act. 11). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde innert Frist geleistet (act. 18). Mit Nachtrag vom 26. November 2015 (act. 14) und Faxeingaben vom 27. November 2015 (act. 19 und act. 20) reichte die Beschwerdeführerin sodann weitere Unterlagen ein.

### E. 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 einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). 3.1. Die zehntägige Beschwerdefrist beginnt grundsätzlich mit der Zustellung des Konkurserkennnisses zu laufen (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Wird die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung

- 3 - am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verpflichtet ein bestehendes Prozessrechtsverhältnis die Parteien, dafür zu sorgen, dass ihnen Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können. Diese prozessuale Verpflichtung entsteht aber erst mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während eines hängigen Verfahrens mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden muss (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3). Insbesondere die Zustellung einer Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt vermag kein solches Prozessrechtsverhältnis vor dem

Konkursgericht zu begründen (ZR 104/2005 Nr. 43; vgl. BGE 5A\_895/2011 vom 6. März 2012, Erw. 3.2). 3.2. Die Beschwerdeführerin gibt an, dass ihr der angefochtene Entscheid am 11. November 2015 zugestellt wurde (act. 2 S. 2). Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist allerdings ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin weder die Vorladung zur auf den 9. November 2015 angesetzten Konkursverhandlung noch das Urteil vom 10. November 2015 zugestellt werden konnten (act. 8/3 und act. 8/7). Letzteres wurde von der schweizerischen Post der Beschwerdeführerin am 12. November 2015 zur Abholung gemeldet und nach ungenützlichem Verstreichen der siebentägigen Abholfrist am 19. November 2015 an die Vorinstanz retourniert. Insofern widerspricht die Äusserung der Beschwerdeführerin den aktenkundigen Tatsachen, weshalb nicht darauf abgestellt werden kann. Gestützt auf die Aussage der Beschwerdeführerin ist jedoch davon auszugehen, dass sie spätestens am 11. November 2015 Kenntnis vom Konkursverfahren erlangt hat. Ab diesem Zeitpunkt konnte und musste die Schuldnerin also mit einer gerichtlichen Zustellung rechnen und annehmen, dass es sich bei der Einladung zur Abholung einer Gerichtsurkunde um einen Entscheid des Konkursgerichtes handelte. Das Urteil vom 10. November 2015 gilt nach dem Gesagten daher als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, mithin am 19. November 2015, als zugestellt. Die zehntägige Beschwerdefrist lief bis zum 29. November 2015 und verlängerte sich bis zum Montag, 30. November 2015 (Art. 142

- 4 - Abs. 2 und 3 ZPO). Sowohl die Beschwerde vom 23. November 2015 (act. 2) als auch der Nachtrag vom 26. November 2015 (act. 14) sind demnach rechtzeitig und vorliegend zu beachten. Die Faxeingaben vom 27. November 2015 (act. 19 und act. 20) hingegen gingen zwar ebenfalls innert der Rechtsmittelfrist bei der Kammer ein, Eingaben an das Gericht müssen indes grundsätzlich in Papierform erfolgen und mit einer Originalunterschrift versehen sein (Art. 130 ZPO). Die Faxeingaben vom 27. November 2015 genügen diesen Anforderungen nicht (vgl. OGer ZH, PS110208 vom 29. November 2011, E. 4 f.; OGer ZH, NA120020 vom 27. Juni 2012, E. 1) und gelten deshalb als nicht erfolgt.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin hat mit der Beschwerde eine Desinteressenerklärung der Beschwerdegegnerin vom 16. November 2015 ins Recht gelegt (act. 5/6). Dieses Schreiben wurde auch seitens der Beschwerdegegnerin bei der Kammer eingereicht (act. 9). Unterschriftlich bestätigt verzichtet die Beschwerdegegnerin darin infolge Tilgung der Schuld auf die Durchführung des vorliegenden Konkurses gegen die Beschwerdeführerin. Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG durch Urkunde nachgewiesen. Zudem hat die Beschwerdeführerin beim Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur durch Zahlung eines Barvorschusses von Fr. 800.-- die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung sichergestellt (act. 13). 5.1 Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gilt sodann als glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen

befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie

- 5 - die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf un- absehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A\_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A\_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

5.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Betreibungsregisterauszüge des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt vom 11. und 26. November 2015 (act. 5/4 und act. 15/1) weisen für die Zeit vom 1. Januar 1990 bis 11. November 2015 28 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 69'651.05 aus, wovon drei Betreibungen im Betrag von Fr. 9'029.90 erloschen sind und zwölf Betreibungen im Betrag von Fr. 30'406.80 durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt wurden. Demnach bestehen abzüglich der Konkursforderung (Fr. 7'595.25) derzeit noch zwölf offene Betreibungen. Dabei handelt es sich um drei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 2'532.75, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, um sechs Betreibungen in Höhe von Fr. 12'314.35, bei welchen die Fortsetzung eingeleitet wurde, um eine Betreibung im Betrag von Fr. 652.30, bei welcher Rechtsvorschlag erhoben wurde, und um zwei Betreibungen im Betrag von Fr. 7'119.70, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde. Verlustscheine bestehen keine.

5.3. Zu den in Betreibung gesetzten Forderungen führt die Beschwerdeführerin aus, sie sei im Jahr 2013 in finanzielle Schwierigkeiten und Zahlungsverzug geraten, weil ein grösserer Auftrag viel mehr Aufwand verursacht habe, als geplant gewesen sei. Zudem habe ein anderer Kunde krankheitshalber nicht zahlen können. Sie arbeite aber erfolgreich und sei daran, die aufgelaufenen Schulden zu bezahlen. Sie habe seit Dezember 2013 bereits Fr. 25'204.30 und in den letzten

- 6 - Tagen (ohne Konkursforderung) zusätzlich insgesamt Fr. 3'734.30 abbezahlt (act. 2 S. 2). Es würden nur noch Schulden bei der Sozialversicherungsanstalt im Betrag von Fr. 12'375.05 und bei der schweizerischen Eidgenossenschaft für die Mehrwertsteuer im Betrag von Fr. 6'278.45 bestehen. Letzterer sei ein Abzahlungsvorschlag unterbreitet worden und die Sozialversicherungsanstalt habe sich telefonisch ebenfalls zu einer Abzahlungs-Lösung bereit erklärt, wenn eine erste Tranche von Fr. 9'164.05 sofort bezahlt werde (act. 2 S. 4).

5.4. Diese Ausführungen werden dadurch gestützt, dass dem Betreibungsregisterauszug entnommen werden kann, dass alle Betreibungen nach dem 20. November 2013 eingeleitet worden sind und – wie bereits dargestellt – bis zum 11. November 2015 fast die Hälfte der gesamthaft in Betreibung gesetzten Forderungssumme bereits bezahlt wurde. Ferner belegt die Beschwerdeführerin die Zahlung an die Gläubiger der Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2 über Fr. 884.30 (act. 5/9) und Fr. 916.85 (act. 5/7) sowie die Löschung der Betreibung Nr. 3 über Fr. 731.60 (act. 5/8). Diese Tatsachen decken sich zudem mit dem Betreibungsregisterauszug vom 26. November 2015 (vgl. act. 15/2). Damit sind alle Betreibungen, in welchen bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, erledigt. Ferner belegt die Beschwerdeführerin die zwischenzeitliche Zahlung von Fr. 1'244.50 an die Gemeinde

C.\_\_\_\_\_ am 18. und 19. November 2015 (act. 5/10 und act. 15/2). Zugunsten der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass damit (unter anderem) die in Betreuung gesetzten Forderungen über Fr. 220.-- (Nr. 4) und Fr. 260.-- (Nr. 5) bezahlt wurden. Im Weiteren bestreitet die Beschwerdeführerin den Bestand der Forderung der D.\_\_\_\_\_ GmbH in Höhe von Fr. 652.30 (act. 15/2), was glaubhaft erscheint, da die Forderung bereits am 21. November 2013 in Betreuung gesetzt (Nr. 6) und der von der Beschwerdeführerin erhobene Rechtsvorschlag bis heute nicht beseitigt wurde. Mangels Belegen vermag die Beschwerdeführerin hingegen die behaupteten Abzahlungsvereinbarungen mit der Sozialversicherungsanstalt und der schweizerischen Eidgenossenschaft betreffend Mehrwertsteuer nicht glaubhaft zu machen, weil sie hierzu lediglich die von ihr jeweils unterbreiteten schriftlichen Abzahlungsvorschläge, nicht jedoch von den Gläubigerinnen unterzeichnete Exemplare bzw. einen anderen Nachweis von deren Einverständnis in einer den verfahrensrecht-

- 7 - lichen Anforderungen genügenden Form (vgl. oben E. 3.2 a.E) eingereicht hat (act. 5/17 und act. 15/2). 5.5. Demnach ist davon auszugehen, dass gegen die Beschwerdeführerin zur Zeit noch Forderungen der Sozialversicherungsanstalt in Höhe von Fr. 11'954.05 und der schweizerischen Eidgenossenschaft in Höhe von Fr. 7'000.-- bestehen. Hinzu kommen die aktuellen Kreditorenforderungen. Die von der Beschwerdeführerin hierzu eingereichte Kreditorenliste umfasst Kreditorenforderungen in Höhe von Fr. 46'999.30, wobei die von der Sozialversicherungsanstalt bereits in Betreuung gesetzten Forderungen inbegriffen sind (vgl. act. 15/ und act. 2 S. 3). Die betriebenen Mehrwertsteuerforderungen der schweizerischen Eidgenossenschaft figurieren demgegenüber nicht auf der Kreditorenliste. Die weiteren Schulden der Beschwerdeführerin belaufen sich somit auf rund Fr. 35'000.--. 5.6. Diesen Schulden stehen gemäss Auszug des auf die Beschwerdeführerin lautenden Kontos Nr. ... bei der Zürcher Kantonalbank per 16. November 2015 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 1'130.18 gegenüber (act. 15/4). Darüber hinaus verfügt die Beschwerdeführerin im Falle der Aufhebung des Konkurses über ein zinsloses Privatdarlehen in Höhe von Fr. 9'070.-- zum Zwecke der Tilgung der Schulden bei der Sozialversicherungsanstalt. Die Beschwerdeführerin hat nebst dem entsprechenden Darlehensvertrag (act. 15/2) einen Zahlungsauftrag des Darlehensgebers an seine Bank zugunsten der Sozialversicherungsanstalt über einen Betrag von Fr. 9'164.05 mit Ausführungsdatum am 27. November 2015 eingereicht (act. 15/2). Ferner hat die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben acht Debitorenforderungen in Höhe von Fr. 56'062.20 ausstehend (act. 15/5). Allerdings steht dieser Betrag der Beschwerdeführerin nicht unmittelbar zur Schuldentilgung zur Verfügung. Einerseits bestehen Zahlungsfristen und andererseits ist erfahrungsgemäss ein Delkredererisiko zu beachten. Angesichts der Höhe der Debitorenforderungen vermag die Beschwerdeführerin aber dennoch glaubhaft zu machen, dass zusammen mit dem sofort verfügbaren Bankguthaben und dem Darlehen jedenfalls genügend finanzielle Mittel vorhanden sind, um die betriebenen Schulden zu decken und die weiteren Schulden innert angemessener Zeit zu tilgen. Das gilt umso mehr, wenn die Behauptung der Be-

- 8 - schwerdeführerin, mit den verbliebenen Konkursgläubigerinnen Abzahlungsvereinbarungen getroffen zu haben, zutrifft, und ihr allenfalls mehr Zeit für die Begleichung der in Betreuung gesetzten Forderungen verbleibt. 5.7. Darüber hinaus kann den eingereichten Jahresrechnungen 2013, 2014 und der provisorischen Rechnung 2015 entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin seit ihrer Gründung im Jahr 2012 ihren

Umsatz und – nach einem Verlust im Jahr 2013 in Höhe von Fr. 17'648.40 – auch den Gewinn stetig steigern können. Für das Jahr 2015 erwartet die Beschwerdeführerin einen Gewinn in Höhe von Fr. 9'592.20 (act. 15/6). Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass dem nicht so sein soll und auch das kommende Jahr nicht in diesem Sinne verlaufen wird. Dafür spricht auch die von der Beschwerdeführerin dargestellte und von der externen Treuhänderin der Beschwerdeführerin bestätigte Auftragslage, wonach gegenwärtig bereits eine Auftragsbestätigung für Arbeiten im Zeitraum vom 16. November 2015 bis 6. Januar 2017 vorhanden ist und verschiedene Offerten für zusätzliche Arbeiten im Umfang von Fr. 54'527.04 pendent sind (act. 5/14 und act. 15/7). Daher erscheint glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin auch weiterhin gewinnbringend tätig sein wird und nebst der Schuldentilgung die laufenden Verbindlichkeiten decken können. 5.8. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die vorliegende Konkursöffnung weniger auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin, als vielmehr auf einen vorübergehenden Liquiditätsengpass beziehungsweise eine buchhalterische Nachlässigkeit ihrerseits zurückzuführen ist. Jedenfalls erscheint die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin insgesamt wahrscheinlicher. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich eine auf Treuhandgeschäfte spezialisierte Drittfirma (unter anderem) mit der Führung des Rechnungswesens beauftragt hat, um das Risiko eines erneuten Liquiditätsengpasses zu vermeiden (vgl. act. 15/7). Daher gilt die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. 6.1. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Verfahrens trägt die unterliegende Partei. Der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermu-

- 9 - tung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). 6.2. Nach der Praxis der Kammer wird der Gläubigerverzicht gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG im Hinblick auf die Kosten grundsätzlich analog dem Klagerückzug behandelt und die Verfahrenskosten werden nach dem Gesagten dem Gläubiger auferlegt (OGer ZH, PS120091 vom 31. Mai 2012, E. 8; OGer ZH, PS130043 vom 17. April 2013, E. III.1.). Im vorliegenden Fall erfolgte die Rückzugserklärung der Beschwerdegegnerin jedoch auf Grund der vollständigen Bezahlung des betriebenen Ausstandes durch die Beschwerdeführerin (act. 9). Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden daher grundsätzlich durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind deshalb ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Der Verzichtserklärung der Beschwerdegegnerin vom 16. November 2015 kann ferner auch nicht entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin die Verfahrenskosten bereits ersetzt hätte, so dass es vorliegend dazu führen würde, dass die Beschwerdeführerin die Kosten doppelt zu tragen hätte. Im Gegenteil, die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat im Rahmen der Beschwerde die Kosten des Verfahrens durch eine Zahlung von Fr. 800.-- beim Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur sichergestellt (act. 13). 6.3 Die Kosten beider Instanzen hat damit die Beschwerdeführerin zu tragen. Die Kosten des Konkursrichters sind aus dem beim Konkursamt geleisteten, die des Beschwerdeverfahrens aus dem bei der Obergerichtskasse einbezahlten Vorschuss zu beziehen. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten bzw. überwiesenen Vorschüssen der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

- 10 - Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.