

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180102-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Beschluss und Urteil vom 16. Juli 2018

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Schweiz,

Gläubigerin und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 29. Mai 2018 (EK180138)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in C._____, welche den Export von Gebrauchtwagen und anderen Fahrzeugen, den Kauf und Verkauf von Fahrzeugen, die Reparatur von Fahrzeugen sowie den Handel mit Waren aller Art bezweckt (act. 4).

1.2 Am 29. Mai 2018, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 432.– nebst 5 % Zins seit 10. Oktober 2017 und Fr. 115.20 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 5 [= act. 3 = act. 6/6]). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 4. Juni 2018 zugestellt (act. 6/8/5). Die 10-tägige Beschwerdefrist lief dementsprechend bis zum 14. Juni 2018.

1.3 Am 11. Juni 2018 erhob die Schuldnerin handelnd durch den Vorsitzenden der Geschäftsführung, D._____, fristgerecht Beschwerde gegen diesen Entscheid (act. 2). Der Beschwerde legte die Schuldnerin einzig einen Zahlungsbeleg über eine am 5. Juni 2018 an die Gläubigerin vorgenommene Zahlung von Fr. 784.– bei (act. 7). In der Folge wurde die Schuldnerin darauf aufmerksam gemacht, dass die Tilgung der Forderung innert Beschwerdefrist inklusive Kosten erfolgen müsse und sie innert Beschwerdefrist ausserdem ihre Zahlungsfähigkeit nachzuweisen habe, wobei sie darauf hingewiesen wurde, welche Dokumente dazu üblicherweise einzureichen seien (act. 8). In der Folge stellte die Schuldnerin am 11. Juni 2018 beim Konkursamt Dielsdorf die Kosten des Konkursverfahrens sowie die Kosten des Konkursgerichts mit einer Zahlung von Fr. 500.– sicher (act. 9/1) und reichte den entsprechenden Beleg sowie einen Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Furttal am 12. Juni 2018 innert noch laufender Beschwerdefrist nach. Am 14. Juni 2018 – und damit am letzten Tag der Beschwerdefrist – reichte die Schuldnerin ein weiteres Schreiben (act. 11/1)

sowie eine weitere Beilage (act. 11/2) ein (vgl. act. 10). Am 15. Juni 2018 wandte sich im Namen der Schuldnerin (vgl. act. 13) deren Treuhänder an die Kammer und machte geltend, der Zuständige sei im Spital, weshalb die Schuldnerin noch nicht im Besitz der notwendigen Belege sei. Man ersuche um Fristerstreckung bis Ende August 2018, um die benötigten Dokumente einzureichen (act. 12). Der Vertreter der Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass die Beschwerdefrist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG als gesetzliche Frist nicht erstreckt werden könne; zudem wurde ihm die Möglichkeit eines Fristwiederherstellungsgesuchs erläutert (act. 12 und 14). Mit Verfügung vom 18. Juni 2018 wurde festgehalten, dass der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht gewährt werde und dem Vertreter der Schuldnerin telefonisch die Voraussetzungen für eine Wiederherstellung der Frist zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfrist erläutert worden seien. Zudem wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 15). Am 22. Juni 2018 stellte E._____, Geschäftsführer der Schuldnerin, ein Fristerstreckungsgesuch zur Leistung des Kostenvorschusses. Er machte geltend, er habe Anfang Juni einen Unfall gehabt und sei danach längere Zeit krankgeschrieben gewesen (act. 18), wobei er entsprechende Zeugnisse beilegte (act. 19/1-2). In der Folge wurde die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren letztmals bis zum 12. Juli 2018 erstreckt (act. 18). Am 29. Juni 2018 wurde der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet. Zudem reichte E._____ am 9. Juli 2018 Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit ein (act. 25/1-30) und gab am 10. Juli 2018 ein Fristwiederherstellungsgesuch betreffend die Beschwerdefrist zu Protokoll (Prot. S. 3; act. 26/1-4).

1.4 Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-6). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist

2.1 Das Gericht kann auf Gesuch einer säumigen Partei eine Nachfrist gewähren oder zu einem Termin erneut vorladen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie kein oder nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 148 Abs. 1 ZPO). Das Ge-

such ist innert 10 Tagen seit Wegfall des Säumnisgrundes einzureichen (Art. 148 Abs. 2 ZPO).

2.2 Die Schuldnerin machte zur Begründung ihres Wiederherstellungsgesuchs geltend, ihr Geschäftsführer E._____ sei der einzige, welche die am 9. Juli 2018 überbrachten Dokumente habe einreichen können. Die Frist zur Einreichung dieser Dokumente (bis 14. Juni 2018) sei versäumt worden, weil E._____ im Spital und danach krankgeschrieben gewesen sei (Prot. S. 3). Aus den zum Wiederherstellungsgesuch eingereichten Dokumenten erhellt, dass E._____ vom 8. Juni 2018 bis zum 16. Juni 2016 hospitalisiert war (act. 26/3) und seit da zu 100 % arbeitsunfähig ist; mithin weisen die am 10. Juli 2018 eingereichten Arbeitsunfähigkeitszeugnisse eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 12. Juli 2018 aus (act. 26/1-2; 26/4).

2.3 Es stellt sich zunächst die Frage, wann der Säumnisgrund weggefallen ist und die 10-tägige Frist zur Stellung des Wiederherstellungsgesuchs begonnen hat. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang zu beurteilen, ob der Säumnisgrund nur im Spitalaufenthalt oder auch in der nachfolgenden (noch andauernden) Arbeitsunfähigkeit zu sehen ist. Dazu ist festzuhalten, dass E._____ wegen eines durch einen Sturz verursachten Anpralltraumas am linken Unterschenkel hospitalisiert war, in dessen Verlauf eine Operation vorgenommen wurde. Postoperativ wurde Ruhigstellung im gespaltenen Unterschenkelgips und 15kg Teilbelastung an Stöcken verordnet. Am 16. Juni 2018 wurde E._____ aus dem Spital entlassen, wobei er bis zum 22. Juni 2018 Antibiotika einnehmen musste. Zudem wurde weiterhin Ruhigstellung im Unterschenkelgips und 15kg Teilbelastung bis zur Fadenentfernung empfohlen (act. 26/3).

Aufgrund dieser Diagnose ist nicht ersichtlich, weshalb es E._____ nicht möglich gewesen sein soll, sofort nach Entlassung aus der Klinik ein Wiederherstellungsgesuch bei der Kammer zu stellen, da er bis auf das eingegipste Bein nicht weiter beeinträchtigt war. Immerhin war er am 22. Juni 2018 auch in der Lage, schriftlich die Erstreckung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses zu verlangen (vgl. act. 18). Dass er bei dieser Diagnose – Bein im Gips und Gehen an Stöcken – nach wie vor belegtermassen nicht arbeitsfähig ist, ändert daran

nichts, da zur Stellung eines Wiederherstellungsgesuchs – bzw. hernach Vornahme der versäumten Handlung, mithin Einreichung von Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit – keine Arbeitsfähigkeit notwendig ist und sowohl das Stellen des Gesuchs als auch die Vornahme der versäumten Handlung durchaus mit einem eingegipsten Bein möglich ist. Da das Wiederherstellungsgesuch dementsprechend innert 10 Tagen seit dem 17. Juni 2018 (Tag nach der Entlassung aus dem Spital) und damit bis zum 26. Juni 2018 zu stellen gewesen wäre, erfolgte das am 10. Juli 2018 gestellte Gesuch verspätet. Auf das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist ist deshalb nicht einzutreten. Entsprechend können die am 9. Juli 2018 – und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist – eingereichten Unterlagen (vgl. act. 25/1-30) nicht mehr berücksichtigt werden.

3. Zur Beschwerde im Einzelnen

3.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

3.2 Eine Beschwerde gegen einen Konkureröffnungsentscheid ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkureröffnungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit 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 (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3.3 Die Schuldnerin belegt, dass sie der Konkursgläubigerin am 5. Juni 2018 Fr. 784.– und damit einen die Konkursforderung inklusive Zinsen und Betriebskosten übersteigenden Betrag überwiesen hat (act. 7). Sodann belegt sie,

am 11. Juni 2018 mit einer Zahlung von Fr. 500.– beim Konkursamt Dielsdorf die Kosten des Konkursverfahrens sowie die Kosten des Konkursgerichts sichergestellt zu haben (act. 9/1). Schliesslich wurde am 29. Juni 2018 der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 21). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.4 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt substantiiertes Behaupten voraus; der Schuldner muss deshalb seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3 u.a. mit Hinweis auf BGE 132 III 715, E. 3.1).

3.4.1 Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Furttal vom 11. Juni 2018 ergeben sich neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderung (Betreibung Nr. ...) 9 weitere Betreibungen, von denen jedoch in zwei Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde (act. 9/2). Von den übrigen 7 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 9'588.90) befindet sich eine (Fr. 156.90) noch im Einleitungsstadium, eine Betreibung einer öffentlich-rechtlichen Gläubigerin (Fr. 326.–) im Stadium der Pfändung und in 5 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 9'106.–) wurde der Schuldnerin bereits der Konkurs angedroht (vgl. act. 24).

Die Schuldnerin belegt, dass sie bis am 14. Juni 2018 sämtliche beim Strassenverkehrsamt offenen Beträge bezahlt hat (act. 11/2), weshalb davon auszugehen ist, dass auch die noch offene Betreibungsforderung von Fr. 156.90 gedeckt ist. Weiter behauptet sie, sie habe auch die drei Betreibungen der Zürich Versicherungs-Gesellschaft über insgesamt Fr. 1'283.50 bezahlt, ohne jedoch einen

entsprechenden Zahlungsbeleg einzureichen. Eine entsprechende Tilgung ist deshalb nicht rechtsgenügend dargetan.

3.4.2 Weitere Angaben zu ihrer Zahlungsfähigkeit bzw. Belege dazu hat die Schuldnerin – innert Frist – nicht eingereicht; insbesondere hat die Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift weder konkrete Ausführungen zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen noch Angaben dazu gemacht, wie hoch der gesamthafte Betrag ihrer Schulden ist. Ob die aktuellen Einnahmen der Schuldnerin ausreichen, um neben den laufenden Geschäftsausgaben noch die bestehenden Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, kann dementsprechend gestützt auf den von ihr vorgetragenen Sachverhalt nicht beurteilt werden, weshalb die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gar nicht erst rechtsgenügend behauptet wurde. Alleine aus dem Umstand, dass die Schuldnerin "nur" offene Beteiligungen von rund Fr. 9'000.– hat, kann sodann nichts zu ihren Gunsten abgeleitet werden. Dies gilt umso mehr, als der Schuldnerin in 5 von 7 offenen Beteiligungen bereits der Konkurs angedroht wurde. Insgesamt ist es der Schuldnerin aufgrund der unvollständigen bzw. fehlenden Darstellung ihrer Einkommens- und Vermögenslage nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Da damit ihre Zahlungsfähigkeit nicht ausreichend glaubhaft ist, sind die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde ist daher abzuweisen.

3.4.3 Nur der Vollständigkeit halber anzufügen ist, dass daran auch eine Berücksichtigung der von der Schuldnerin verspätet und ohne jegliche Erklärungen eingereichten Unterlagen (act. 25/1-30) nichts ändern würde. So reicht die Schuldnerin einerseits einen Kontobeleg des Privatkontos des Vorsitzenden der Geschäftsführung, D._____, ein. Gemäss diesem Beleg verfügt D._____ bei der UBS über ein Guthaben von Fr. 13'000.–, welches gesamthaft am 26. Juni 2018 auf dieses Konto einbezahlt wurde (act. 25/1-2). Was die Schuldnerin indes aus dem Privatguthaben ihres Geschäftsführers ableiten will, ist nicht ersichtlich. Sodann reicht sie Quittungen über zwischen dem 7. Mai 2018 und dem 29. Juni 2018 verkaufte Fahrzeuge im Gesamtbetrag von Fr. 10'000.– ein (act. 25/5-30), wobei vollkom-

men unklar bleibt, wie viel des dabei erzielten Umsatzes tatsächlich Gewinn darstellt bzw. ob überhaupt ein Gewinn erzielt wurde.

3.5 Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch der Schuldnerin vom 10. Juli 2018 um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dielsdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Furttal, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am: