

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110198-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

## Urteil vom 25. November 2011

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirkes Horgen vom 19. Oktober 2011 (EK110317)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 19. Oktober 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Horgen für eine Forderung von Fr. 618.75 nebst Zins zu 5% seit 18. Februar 2010 und Fr. 103.-- Betreuungskosten sowie total Fr. 190.-- Mahn-, Dossierführungs- und Zustellkosten über die Schuldnerin den Konkurs (act. 2 = act. 7). Mit Beschwerde vom 25. Oktober 2011 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 27. Oktober 2011 entsprochen. In selbiger Verfügung wurde die Schuldnerin sodann darauf aufmerksam gemacht, dass sie neben der Sicherstellung der Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen müsse und welche Dokumente hiefür in der Regel erforderlich seien. Da die Beschwerdeschrift wie auch die bereits eingereichten Dokumente hinsichtlich der finanziellen Lage als ungenügend erscheinen, könne sie diese bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen. Parallel zur Zustellung der Verfügung mit Gerichtsurkunde erfolgte am 27. Oktober 2011 eine informelle Zustellung mit A-Post, damit die Schuldnerin möglichst umgehend von den noch nötigen Ergänzungen der Beschwerde Kenntnis erhält (act. 8). Die Konkurseröffnungsverfügung vom 19. Oktober 2011 konnte der Schuldnerin nach gescheiterter Zustellung per Post (act. 6/8/2) am 1. November 2011 durch das Betreibungsamt C. \_\_\_\_\_ zugestellt werden (act. 6/9). Ihre Rüge in der Beschwerdeergänzung, sie habe das angefochtene Urteil immer noch nicht erhalten (act. 10 S. 1), ist daher unbegründet. Die Ergänzung der Beschwerdeschrift und weitere Unterlagen reichte die Schuldnerin am 11. November 2011 (Poststempel) und somit innert der Rechtsmittelfrist ein (act. 10 und 11/1-13).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre 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

die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die in Betreuung gesetzte Forderung zzgl. Zinsen, Betreibungs-, Mahn-, Dossierführungs- und Zustellkosten in Höhe von total Fr. 963.35 wurde am 24. Oktober 2011 und somit nach der Konkurseröffnung beglichen. Die Kosten des Konkursamtes D. \_\_\_\_\_ wurden durch Zahlung von Fr. 1'800.-- sichergestellt. Zum Beleg reichte die Schuldnerin eine Kopie des Empfangsscheins der Annahmestelle E. \_\_\_\_\_ über die Einzahlung von Fr. 963.35 zugunsten der Gläubigerin sowie die Quittung-Nr. ... des Notariat, Grundbuch- und Konkursamtes D. \_\_\_\_\_ vom 21. Oktober 2011 ein (act. 3/1-2). Der mit eingeschriebener Postsendung versandten Beschwerde vom 25. Oktober 2011 legte die Schuldnerin sodann zur Deckung des Kostenvorschusses für das zweitinstanzliche Verfahren Fr. 750.-- in bar bei (act. 1 S. 3; act. 5).

Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung ist somit ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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 finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vo-

rübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Die Schuldnerin machte in der Beschwerde und der Beschwerdeergänzung zusammengefasst geltend, die Betreibung sei unberechtigt, vielmehr bestehe ein Guthaben gegenüber der Gläubigerin. Das im November 2010 gegründete und im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen „F. \_\_\_\_\_“ (act. 4) habe im ersten Monat einen Umsatz von ca. Fr. 3'000.-- erwirtschaftet, wobei die Betriebskosten Fr. 3'250.-- betragen hätten. Der Umsatz sei bei unveränderten Betriebskosten mittlerweile auf ca. Fr. 15'000.-- angestiegen. Bei einem Wareneinsatz von ca. 60% ergäbe dies einen monatlichen Überschuss von ca. Fr. 2'500.--, welcher weiter gesteigert werden könne. Ihr Ehemann habe ein monatliches Einkommen von Fr. 5'900.-- und die Tochter bezahle einen Mietanteil von Fr. 500.-- pro Monat. Nach Abzug der Lebenshaltungskosten verbleibe ein monatlicher Überschuss von Fr. 3'140.--. Mit dem erwirtschafteten Gewinn sei eine Schuldentilgung in den nächsten drei Monaten erreicht (act. 1). In der ergänzenden Beschwerdeschrift nahm die Schuldnerin Stellung zu den einzelnen in Betreibung gesetzten Forderungen und reichte die Monatsabschlüsse November und Dezember 2010 sowie die Monatsabschlüsse und Einkaufslisten Juli bis Oktober 2011 ein (act. 10).

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. .... aus dem Register des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_ vom 8. November 2011, welches den Zeitraum 1. November 2007 bis 8. November 2011 umfasst, wurden ohne die in Betreibung gesetzte Konkursforderung 10 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 8'745.72 eingeleitet (act. 11/12). Sämtliche Betreibungsbegehren gingen in diesem Jahr beim Betreibungsamt ein. In vier Betreibungen (ohne die vorliegende Konkursforderung) im Betrag von Fr. 2'664.97 erfolgte die Konkursandrohung, in fünf Betreibungen im Betrag von Fr. 5'396.85 wurde der Zahlungsbefehl zugestellt und in einer weiteren Betreibung im Betrag von Fr. 683.90 wurde Rechtsvorschlag erhoben.

Die Schuldnerin konnte mit Urkunde belegen, dass die Forderung der G.\_\_\_\_\_ AG in Höhe von Fr. 387.52 (Betreibungs-Nr. ...) in der Zwischenzeit beglichen wurde (act. 11/13).

Zu einer weiteren Forderung der Gläubigerin in Höhe von Fr. 1'292.65 sowie zur Forderung der H.\_\_\_\_\_ SA in Höhe von Fr. 322.25 (Betreibungs-Nr. ... und ...) führte die Schuldnerin aus, diese seien unberechtigt, da die geforderten Beträge ordnungsgemäss bezahlt worden seien (act. 1 S. 1 f.). Aus der eingereichten Übersicht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (bzw. der Gläubigerin) für das Jahr 2009 (act. 3/6) resultiert entgegen der schuldnerischen Darstellung kein Guthaben sondern eine Schuld in Höhe von Fr. 924.95 (Fr. 1'571.90 - Fr. 646.95). Aus welchen Dokumenten die Begleichung der Forderung der H.\_\_\_\_\_ SA ersichtlich sein soll, blieb offen. Zwar reichte die Schuldnerin diverse Kontoauszüge der I.\_\_\_\_\_ für den Zeitraum 1. Dezember 2009 bis 31. März 2010 betreffend diverse Transaktionen per E-Finance Auftrag ein, doch lässt sich diesen Auszügen nicht entnehmen, an wen die von der Schuldnerin auf den Dokumenten unterstrichenen Beträge überwiesen wurden (act. 3/7). Auch den eingereichten Belegen der I.\_\_\_\_\_ über Zahlungen an die H.\_\_\_\_\_ SA in den Monaten April bis Juni und August, September, November und Dezember 2010 sowie Januar und April 2011, bei welchen es sich vermutlich um Prämienzahlungen handelt (act. 3/8-17), lässt sich nicht schlüssig entnehmen, dass damit auch die in Betreuung gesetzte Forderung gedeckt ist. In beiden Betreibungen erfolgte sodann die Konkursandrohung (act. 11/12). Die Begleichung der vorerwähnten Forderungen konnte von der Schuldnerin somit nicht glaubhaft dargetan werden.

Zur in Betreuung gesetzten Forderung der J.\_\_\_\_\_ AG in Höhe von Fr. 683.90 (Betreibungs-Nr. ...) machte die Schuldnerin geltend, es handle sich um ihre ehemalige Arbeitgeberin, bei welcher sie bis zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit beschäftigt gewesen sei. Diese habe die Quellensteuer falsch berechnet bzw. nicht ordnungsgemäss abgeführt, weshalb es sich hierbei um einen Fehler der J.\_\_\_\_\_ AG handle, den sie nicht zu vertreten habe (act. 10 S. 2). Ob die Forderung zu Recht besteht oder nicht wird im vorliegenden Verfahren nicht geprüft. Die mit keinerlei Dokumenten belegte Darstellung der Schuldnerin reicht nicht

aus, um die Betreibungsforderung der J.\_\_\_\_\_ AG unberücksichtigt zu lassen, auch wenn diese Gläubigerin seit dem Rechtsvorschlag der Schuldnerin (soweit ersichtlich) keine weiteren rechtlichen Schritte gegen sie eingeleitet hat.

Die Forderungen in den Betreibungen Nr. ...., .... (K.\_\_\_\_\_) und .... (L.\_\_\_\_\_ GmbH) in Höhe von total Fr. 3'327.95 sind noch offen und können gemäss Darstellung der Schuldnerin durch die Auszahlung der Mietkaution in Höhe von Fr. 3'003.65 per 30. November 2011 fast gänzlich getilgt werden (act. 1 S. 2; act. 10/S. 2; act. 11/11). Der Restbetrag von Fr. 324.30 sowie die offenen Forderungen der M.\_\_\_\_\_ AG in Höhe von Fr. 2'068.90 (Betreibungs-Nr. .... und ...) und der N.\_\_\_\_\_ AG in Höhe von Fr. 662.55 (Betreibungs-Nr. ...) könnten aus den Geschäftseinnahmen bis Ende Jahr beglichen werden (act. 10 S. 2 f.).

Nach dem Gesagten sind somit Betreibungsforderungen im Umfang von Fr. 8'358.20 zu berücksichtigen.

4.4 Eine Jahres- bzw. Zwischenbilanz reichte die Schuldnerin nicht ein. Dies sowie monatliche Gewinn- und Verlustrechnungen habe ihre Treuhänderin als nicht nötig befunden (act. 10 S. 3). Den eingereichten Monatsabschlüssen November und Dezember 2010 lässt sich entnehmen, dass die Schuldnerin mit ihrem Einzelunternehmen in den ersten zwei Monaten nach dem Betriebsstart einen Nettoumsatz von knapp über Fr. 4'000.-- erzielt hat (act. 11/1-2). Die nicht belegten Betriebskosten haben nach Darstellung der Schuldnerin Fr. 3'250.-- betragen und seien im Jahr 2011 unverändert geblieben, während der Umsatz auf Fr. 15'000.-- habe gesteigert werden können und unter Berücksichtigung des Wareneinsatzes von ca. 60% nunmehr ein monatlicher Überschuss von ca. Fr. 2'500.-- resultiere, welcher weiter gesteigert werden könne (act. 1 S. 2).

Im Juli 2011 betrug der Nettoumsatz Fr. 12'734.80, die Ausgaben für Waren (und Sonstiges) Fr. 6'939.15 (act. 11/3-4). Im August 2011 brach der Umsatz auf Fr. 7'548.90 ein, während der Warenaufwand knapp über Fr. 8'300.-- betrug (act. 11/5-6). Den Grund für diese Umsatzeinbusse erläuterte die Schuldnerin nicht, jedoch ist naheliegend, dass diese bei einem Bistro-Kiosk-Betrieb mit der Sommerflaute in Zusammenhang steht. So konnte im September 2011 der Um-

satz wieder auf Fr. 14'489.40 gesteigert werden, während der Warenaufwand mit Fr. 7'877.85 verbucht wurde (act. 11/7-8). Im Monat Oktober 2011 resultierte ein Umsatz von Fr. 10'182.15, der Warenaufwand lag knapp über Fr. 5'000.-- (act. 11/9-10). Ob neben dem nicht belegten, scheinbar konstanten Betriebsaufwand von Fr. 3'250.-- und dem Warenaufwand noch weitere Aufwandsposten (wie z.B. Personalaufwand) zu berücksichtigen wären, ist offen.

4.5 Nach Darstellung der Schuldnerin belaufen sich die monatlichen Lebenshaltungskosten für zwei Erwachsene inkl. Unterhalt der Tochter des Ehemannes auf Fr. 5'760.--. Ihr Ehemann erziele ein monatliches Einkommen von Fr. 5'900.-- (act. 1 S. 2). Nicht bekannt ist, ob es sich um das Netto- oder das Bruttoeinkommen handelt. Die in der Verfügung vom 27. Oktober 2011 (act. 8) erwähnten Steuererklärungen und Steuerrechnungen, die darüber Aufschluss geben könnten, wurden nicht eingereicht. Die Tochter zahle einen Mietanteil von Fr. 500.-- pro Monat (act. 1 S. 2). Aktuelle Bankkontoauszüge reichte die Schuldnerin auch keine ein, noch lassen sich ihrer Beschwerdeschrift - mit Ausnahme des offenbar per Ende November 2011 freigegebenen Mietkautionsdepots - Hinweise auf allfällig kurzfristig abrufbare Guthaben/Vermögenswerte entnehmen. Über allenfalls bestehende kurzfristige und langfristige Kreditoren (z.B. offene Rechnungen aus Lieferungen und Bankdarlehen) ist ebenfalls nichts bekannt.

4.6. Gesamthaft konnte die Schuldnerin das Umsatzvolumen seit der Eröffnung ihres Einzelunternehmens deutlich steigern, weshalb trotz fehlender detaillierter buchhalterischer Angaben grundsätzlich von einem positiven Geschäftsgang mit Jahresgewinn ausgegangen werden kann. Unter Berücksichtigung der angegebenen Lebenshaltungskosten, den (wenn auch nicht belegten) Einkünften des Ehemannes der Schuldnerin sowie des sich positiv entwickelnden Geschäftsganges sollte es der Schuldnerin möglich sein, die restlichen Schulden im Betrag von Fr. 8'358.20 innert nützlicher Frist abzutragen. Demzufolge erweist sich die Beschwerde - obschon es sich mit Blick auf die vorgelegten Unterlagen um einen Grenzfall handelt - als begründet und ist der über die Schuldnerin am 19. Oktober 2011 eröffnete Konkurs aufzuheben.

5. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren veranlasst hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Horgen vom 19. Oktober 2011, 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 in Höhe von Fr. 300.-- wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.-- (Fr. 1'800.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Horgen und das Konkursamt D.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, 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. D. Tolic

versandt am: