

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Urteil vom 19. März 2014

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X._____,

gegen

B.____ **Versicherungen AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ Versicherungen AG, Inkasso,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 19. Februar 2014 (EK140040)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt. April 2013 als Inhaberin des Einzelunternehmens "A1._____" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 19. Februar 2014, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'231.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Mai 2013, Fr. 100.– Bearbeitungsgebühren und Fr. 152.– Betreuungskosten (act. 3 = 7 = 8/10). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. Februar 2014 rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 8/13). Die Schuldnerin verlangt die Aufhebung der Konkursöffnung. Ferner ersuchte sie darum, es sei ihrer Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 1).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 27. Februar 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf eine Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin diesen bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (act. 5/5).

1.4. Mit Eingabe vom 7. März 2014 und damit innerhalb der Beschwerdefrist (vgl. act. 8/13) ergänzte die Schuldnerin ihre Begründung (act. 11, 12 und 13/1-20).

2. Materielles

2.1. 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.

2.2. Die Schuldnerin hat am 21. Februar 2014 – und damit nach Konkurseröffnung – die Konkursforderung samt Kosten und Zinsen beim Betreibungsamt Zürich ... zuhanden der Gläubigerin bezahlt (act. 2 und 5/3). Weiter belegte sie, den Betrag von Fr. 800.– beim Konkursamt ...-Zürich zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes hinterlegt zu haben (act. 2 und 5/4). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachgewiesen.

2.3. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl., Art. 174 N 26). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende 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 Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

2.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Person vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Seit ihrer Eintragung im Handelsregister ist die Schuldnerin 16 mal betrieben worden. Aus dem eingereichten Betreibungsregisterauszug (act. 13/13) sowie den zu gewissen Forderungen vorgelegten Unterlagen (act. 13/2, 13/14, 13/17, 13/19) ergibt sich, dass ein Grossteil der betriebenen Schulden bereits bezahlt wurde. Offen sind demnach noch Forderungen gegenüber der Sozialversicherungsanstalt im Umfang von Fr. 1'952.15 (act. 13/14 S. 7) sowie Fr. 371.95 gegenüber dem

Kanton Zürich (act. 13/13, Betr. Nr. 273053). Über die offene Forderung der C._____ AG wurde sodann eine Abzahlungsvereinbarung geschlossen. Der aktuelle Ausstand beläuft sich auf Fr. 1'717.45. Dieser Betrag soll in sieben monatlichen Raten von Fr. 250.– getilgt werden, wobei die erste Rate am 31. März 2014 fällig wird (act. 13/18). Somit resultiert ein Gesamtbetrag von offenen Betreuungsforderungen von rund Fr. 4'050.–.

2.3.2. Da der Konkurs über die Schuldnerin privat eröffnet wurde, hätte sie grundsätzlich ihre Finanzlage umfassend darlegen müssen. Dies hat sie jedoch nur teilweise getan. Die in Betreuung gesetzten Schulden hat sie mit dem Betreibungsregisterauszug umfassend aufgezeigt. Betreffend Einkommen und Vermögen, mit welchen Schulden abgetragen werden können, hat sich die Schuldnerin hingegen darauf beschränkt, die Finanzlage ihres Einzelunternehmens aufzuzeigen. Insbesondere hat die Schuldnerin keine sie betreffende Steuererklärung eingereicht. Mangels Behauptungen und Belegen über weiteres Einkommen und Vermögen ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin neben dem Wert der Einzelunternehmung sowie dem Geld, das sie aus dem Betrieb des Einzelunternehmens erwirtschaftet, über keine Mittel verfügt, um ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und ihre Schulden zu tilgen.

Die Schuldnerin behauptet, auf kein grosses eigenes Einkommen angewiesen zu sein, da ihr Lebenspartner für sie aufkommen könne und er dazu, soweit ihre Geschäftseinnahmen nicht reichen würden, auch bereit sei (act. 2 S. 4). Diese Behauptung hat die Schuldnerin jedoch nicht anhand objektiver Anhaltspunkte glaubhaft gemacht. Dies erstaunt, nachdem der Lebenspartner bezüglich des Darlehens von Fr. 40'000.– eine Erklärung abgegeben hat, nämlich dass er dieses während mindestens zweier Jahre nicht zurückfordern werde (act. 11 S. 5). Ein gewisser Anhaltspunkt für diese Behauptung stellt lediglich der Umstand dar, dass sich die Schuldnerin im Jahr 2013 bei einem erwirtschafteten Gewinn von nur Fr. 650.55 (vgl. act. 13/10) nicht wesentlich für Forderungen alltäglicher privater Art verschuldete (vgl. act. 13/13). Jedoch könnte eine solche Unterstützung, läge sie denn vor, von heute auf morgen entfallen, basiert sie doch

auf Freiwilligkeit. Hinzu kommt, dass – selbst wenn der Lebenspartner der Schuldnerin bereit wäre, ihren Lebensunterhalt zu finanzieren – daraus nicht geschlossen werden könnte, dass er ihre bestehenden Schulden tilgt. Hierzu fehlt es an einer entsprechenden Behauptung, geschweige denn an objektiven Anhaltspunkten. Aus diesem Grund ist seine finanzielle Situation nicht weiter massgebend. Vielmehr ist zu prüfen, ob glaubhaft ist, dass die Schuldnerin über genügend Mittel verfügt, um ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.

2.3.3. Das Einzelunternehmen und insbesondere dessen Aktiven stellen Vermögen der Schuldnerin dar. Die Schuldnerin bringt jedoch nicht vor, dieses Vermögen verflüssigen zu wollen, um ihre Schulden abzutragen. Insofern sind getätigte Investitionen in Einrichtung, Geräte und Umbau sowie das Guthaben aus der Mietkaution nicht weiter erheblich für die unmittelbare Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Gänzlich unerheblich für das vorliegende Verfahren sind sodann die Qualität der Produkte, die Lage des Geschäfts sowie die Mietbedingungen. Der Umstand, dass die Schuldnerin das Geschäft sorgfältig führt (act. 11 S. 3 und 13/12), hat ebenfalls keinen direkten Zusammenhang zur Frage, ob sie ihre (nicht nur aus der Geschäftstätigkeit stammenden) Schulden rechtzeitig tilgen kann.

Das Einzelunternehmen der Schuldnerin verfügt über flüssige Mittel von aktuell lediglich Fr. 846.80, wobei diese per Ende 2013 sogar nur Fr. 59.90 betragen haben. Das Warenlager mit einem Wert von Fr. 14'450.– könnte grundsätzlich liquidiert werden, doch äussert sich die Schuldnerin nicht zu einem solchen Vorhaben. Anzumerken ist, dass sich der Wert dieser Position in der Zeit vom 31. Dezember 2013 bis zum 19. Februar 2014 nicht verändert hat.

Die eingereichten Bilanzen vermitteln sodann den Anschein, dass die Aktiven zu 100% Eigenkapital gegenüberstehen (act. 13/10 und 13/11). Dies widerspricht aber den eigenen Ausführungen der Schuldnerin, wonach ihr Lebenspartner vor der Geschäftsübernahme Fr. 40'000.– und danach weitere Mittel (deren Höhe die Schuldnerin nicht nennt) investiert habe. Somit muss davon ausgegangen werden, dass wohl ein nicht unerheblicher Teil der Passiven Fremdkapital und nicht Eigenkapital darstellt, was den Wert der Einzelunternehmung im Sinne des Vermögenswertes der Schuldnerin entsprechend schmälert. Hinzu kommt, dass

die Schuldnerin im Jahr 2014 ihr Eigenkapital noch um Fr. 14'670.30 reduzierte, sie diesen Vorgang aber mit keinem Wort erklärt – obwohl sie damit den bis zu diesem Zeitpunkt offenbar erwirtschafteten Gewinn (hierzu siehe unten, Ziff. 2.3.4) fast vollumfänglich dem Einzelunternehmen wieder entzogen hat.

2.3.4. Wesentlich ist somit, ob die Schuldnerin mit dem Einkommen bzw. dem Gewinn, den sie aus dem Betrieb ihres Einzelunternehmens ziehen kann, ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommen kann.

Im Jahr 2013 erwirtschaftete die Schuldnerin während rund zehnmonatiger Geschäftstätigkeit aus dem Einzelunternehmen lediglich einen Gewinn von Fr. 650.55. Ein Salär richtete sie sich nicht aus (act. 13/10). Somit erwirtschaftete sie monatlich rund Fr. 65.–.

Gemäss der eingereichten Zwischenerfolgsrechnung konnte die Schuldnerin offenbar in der Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 19. Februar 2014, also während rund 1,5 Monaten, einen Gewinn in der Höhe von Fr. 15'457.20 erzielen. Dieser Gewinn würde der Schuldnerin die Tilgung ihrer Schulden ohne Weiteres ermöglichen. Zu beachten ist jedoch, dass die Zwischenerfolgsrechnung nicht sämtliche Aufwände enthält, weshalb auf das damit dargestellte Ergebnis nicht abgestellt werden kann:

- Ein Personalaufwand ist nicht enthalten, obwohl hierfür im Betrag von Fr. 2'900.00 auch bereits ein Beleg vorliegt (act. 13/11). Gemäss Arbeitsvertrag beträgt der Bruttolohn der Angestellten sodann Fr. 4'250.– pro Monat (act. 13/4). Die Löhne Januar und Anteil Februar 2014 sowie die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge müssten bei der Gewinnermittlung berücksichtigt werden.
- Die in der Erfolgsrechnung 2013 enthaltenen Positionen Betriebskosten (Fr. 5'082.40 für zehn Monate) und Betriebsversicherung (Fr. 1'344.25 für zehn Monate) fehlen in der Zwischenerfolgsrechnung 2014 ebenfalls. Auch diese wären anteilmässig zu beachten, um einen realistischen Wert zu erhalten.
- Die Position Warenaufwand ist mit Fr. 508.60 beziffert. Die Schuldnerin will damit einen Ertrag von Fr. 20'901.95 erwirtschaftet haben, ohne das Aktivum

Warenvorrat zu reduzieren. Ein Blick in die Erfolgsrechnung 2013 zeigt, dass der Warenaufwand rund die Hälfte des Ertrags ausmachte. Aus den Belegen ist sodann ersichtlich, dass es sich beim Aufwand von Fr. 508.60 um eine Rechnung der D. _____ handelt. Die Schuldnerin verkauft aber im Wesentlichen Backwaren der Bäckerei E. _____ (act. 2 S. 3 und act. 11 S. 4). Hierzu findet sich zum Geschäftsjahr 2014 keine Rechnung. Gemäss den Buchhaltungsunterlagen 2013 wurden bisher Sammelrechnungen gestellt, welche sich jeweils auf rund Fr. 8'000.– bis Fr. 9'000.– beliefen. Die letzte vorliegende Rechnung datiert vom 31. Oktober 2013 und betrifft die Lieferungen im Oktober 2013. Sie beläuft sich auf Fr. 9'753.60 und wurde erst am 8. Januar 2014 beglichen. Spätere – wohl vorhandene und noch offene – Rechnungen finden sich weder bei den Akten, noch sind sie aus den eingereichten Buchhaltungsdokumenten ersichtlich (act. 13/10-12).

Entsprechend kann nicht auf den in der Zwischenerfolgsrechnung ermittelten Gewinn abgestellt werden. Fraglich ist sodann, weshalb die Schuldnerin einer Angestellten einen Lohn bezahlt, aber dennoch selber für den kleinen Gewinn "grundsätzlich immer im Betrieb" ist (act. 11 S. 4) und somit offenbar (wovon mangels Behauptungen und Belegen auszugehen ist) kein weiteres Einkommen erzielt. Hierzu führt die Schuldnerin nichts aus.

Wenn man die genannten Positionen überschlagsmässig berücksichtigt, resultiert kein Gewinn. Selbst wenn es der Schuldnerin gelingen sollte, das Einzelunternehmen im Rahmen des bisherigen Erfolgs – d.h. einem Gewinn von rund Fr. 65.– pro Monat – weiter zu führen, bräuchte sie über fünf Jahre um die in Betreuung gesetzten Schulden zu tilgen, ganz abgesehen von der Frage, wie sie ihren Lebensunterhalt bestreitet.

2.4. Der Schuldnerin ist es somit nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3. Kosten

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, weil sie sich nicht äussern musste.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Beschwerdeführerin wird per **19. März 2014, 09.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 11 und 12, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Zürich ... und an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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 D. Weil

versandt am: