

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140236-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 21. Oktober 2014

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 27. August 2014 (EK140210)

### Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist Inhaberin des seit dem tt. Juni 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_". Dabei handelt es sich um ein Medienunternehmen mit den Schwerpunkten Magazin, Business-Publishing, Internet-Geschäfte, Marketing, TV-Produktionen und Immobilien (vgl. act. 5/4 und 6).

1.2. Mit Urteil vom 27. August 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 733.20 nebst Zins zu 5 % seit 18. April 2013, Fr. 70.00 Spesen sowie Fr. 220.30 Betreuungskosten (act. 8/9 = act. 3 = act. 7).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 18. September 2014 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung bzw. Verletzung des rechtlichen Gehörs (keine Kenntnis der Vorladung zur Konkursverhandlung) und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Sodann reichte sie zahlreiche Beilagen ein und leistete einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 5/2 und 5/4-13; act. 10). Mit Präsidialverfügung vom 24. September 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und darauf hingewiesen, dass das von der Schuldnerin nicht auf der Post abgeholte Urteil vom 27. August 2014 ein zweites Mal per Gerichtsurkunde versandt worden sei, was nach Treu und Glauben für die Berechnung der Beschwerdefrist und im Hinblick auf eine ergänzende Beschwerdebegründung berücksichtigt werde (act. 13; act. 8/10/2; act. 11). Mit Eingabe vom 2. Oktober 2014 äusserte sich die Gläubigerin zur Beschwerde und reichte Belege ein (act. 16 und 17/A+B). Am 6. Oktober 2014 (Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin rechtzeitig einen weiteren Beleg in Ergänzung ihrer Beschwerdeschrift zu den Akten (act. 12; act. 19 und 20/1-2). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Die Schuldnerin macht in erster Linie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Sie führt aus, dass sie keine Kenntnis von der Vorladung zur Konkursverhandlung gehabt habe, womit das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 27. August 2014 an einem formellen Mangel leide. Zwar sei die Vorladung gemäss telefonischer Auskunft des Bezirksgerichts Horgen von ihrem Ehemann entgegengenommen worden, dieser habe die Wichtigkeit des Briefes aber aufgrund ungenügender Sprachkenntnisse verkannt und ihr diesen wegen ihrer länger dauernden Landesabwesenheit nicht ausgehändigt (act. 2 S. 8 f.).

2.2. Die Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Ist dies nicht der Fall, ist der Konkurs aus formellen Gründen aufzuheben. Die Schuldnerin verkennt jedoch bei ihrer Argumentation die Bedeutung der Entgegennahme der Vorladung durch ihren Ehemann.

Die Zustellung einer gerichtlichen Vorladung gilt nach Art. 138 Abs. 2 ZPO als erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten persönlich zuzustellen (vgl. hierzu auch BSK ZPO-GSCHWEND/BORNATICO, Art. 138 N 12 ff.). Die effektive Kenntnis des Adressaten vom Inhalt der Sendung ist somit nicht entscheidend, sofern die Sendung einer empfangsberechtigten Person ausgehändigt wurde (vgl. ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 138 N 6). Die Anweisung zur persönlichen Übergabe hat sich auf Ausnahmefälle zu beschränken, namentlich auf solche im Familienrecht. Jedenfalls war eine solche Anweisung vorliegend nicht erforderlich und wurde gemäss Schuldnerin auch nicht vorgenommen (vgl. act. 2 S. 8 f.). Die gesetzliche Lösung überzeugt, befindet sich eine Sendung doch in diesem Fall bereits im Machtbereich des Adressaten. Empfangsberechtigt sind auch nur Personen, bei denen die Vermutung besteht, dass sie die Sendung an den Adressaten weiterleiten. Treten bei der internen Weiterleitung Probleme auf, liegt dies in der Verantwortung des Adressaten. Entsprechend können diese keinen Einfluss auf das Gerichtsverfahren haben.

Die Kenntnis über die Vorladung ist dem Adressaten bei der Zustellung an einen Empfangsberechtigten zuzurechnen.

Der Ehemann der Schuldnerin war zur Entgegennahme der Vorladung berechtigt. Durch die Aushändigung an ihn wurde die Vorladung korrekt zugestellt. Somit fällt die Aufhebung des Konkurses aus formellen Gründen ausser Betracht.

3.

3.1. 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 Konkurs hinderungsgründe (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. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

3.2. Die Schuldnerin hat dem Betreibungsamt Horgen nach Konkurseröffnung – wohl am 8. September 2014 – zuhanden der Gläubigerin den Betrag von Fr. 1'077.50 überwiesen. Dies belegt sie mit einer E-Mail des Betreibungsamtes Horgen vom 9. September 2014, worin dieses bestätigt, dass der Betrag eingegangen und damit die Forderung aus der Betreuung Nr. ... vollumfänglich bezahlt sei (act. 2 S. 7 und act. 5/13). Im Weiteren hat die Schuldnerin mit Zahlung vom 18. September 2014 beim Konkursamt Horgen zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 800.– sichergestellt (act. 2 S. 11 und act. 9). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.3. Überdies hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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. Zur Glaubhaftmachung braucht es objektive Anhaltspunkte. Das Aufstellen blosser Behauptungen – mögen sie auch noch so plausibel sein – genügt jedenfalls nicht.

Die Schuldnerin legt einen Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Horgen vom 28. August 2014 vor (act. 5/8). Aus diesem ergeben sich insgesamt acht Beteiligungen, wobei die meisten durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt wurden. Offen ist, neben der nunmehr beglichenen Konkursforderung, lediglich eine Forderung im Betrag von Fr. 9'592.50 gegenüber der D. \_\_\_\_\_ AG. In dieser Beteiligung wurde ebenfalls bereits der Konkurs angedroht. Die Schuldnerin führt zu dieser Beteiligung aus, sie hätte mit der D. \_\_\_\_\_ AG einen Abzahlungsvertrag abgeschlossen. Vereinbart worden seien monatliche Raten à Fr. 200.–, welche sie regelmässig bezahlt habe. Bisher seien ca. Fr. 5'000.– abbezahlt worden (act. 2 S. 6 f.). Aus der innert Beschwerdefrist nachgereichten Bestätigung der D. \_\_\_\_\_ AG vom 3. Juni 2014 geht hervor, dass die Schuldnerin am 2. Juni 2014 eine Zahlung von Fr. 6'000.– geleistet hat, eine Restschuld von Fr. 5'294.05 besteht und ihr eine Abzahlung dieser Schuld mit monatlichen Raten à Fr. 200.– ab 15. Juli 2014 gewährt wurde. Die Schuldnerin führt aus, sie komme der Abzahlungsvereinbarung nach, was von Herrn E. \_\_\_\_\_ telefonisch bestätigt worden sei. Da weitere betreibungsrechtliche Schritte seitens der D. \_\_\_\_\_ AG bisher unterlassen worden seien, lasse sich der Schluss ziehen, dass sie der Abzahlungsvereinbarung nachkomme (act. 19 und act. 20/1). Die von der Schuldnerin diesbezüglich eingereichten E-Mails sind nicht geeignet, objektive Anhaltspunkte für ihre Behauptungen zu liefern (vgl. act. 5/10-12). Eine schriftliche Bestätigung für ihre Behauptungen von der D. \_\_\_\_\_ AG bzw. weitere Belege, wie etwa Kontoauszüge, aus denen sich die regelmässige Ratenzahlung ergibt, legt die Schuldnerin nicht vor. Es fehlt damit an der Glaubhaftmachung der regelmässigen Tilgung der Schuld seitens der Schuldnerin. Entsprechend ist davon auszugehen,

dass die Forderung der D.\_\_\_\_\_ AG noch im Umfang von Fr. 5'294.05 besteht und – bei Aufhebung des Konkurses – ein diesbezügliches Konkursverfahren drohen würde.

Im Weiteren ist aus dem Betreibungsregisterauszug ersichtlich, dass die Schuldnerin am 15. Mai 2014 nach ... umgezogen ist. Ein Auszug aus dem Betreibungsregister am neuen Wohnort fehlt. Damit bleibt offen, wie es sich mit allfälligen Betreibungen ab dem 15. Mai 2014 verhält. Nachdem der Konkurs über die Schuldnerin privat eröffnet wurde, hätte sie grundsätzlich ihre (persönliche) Finanzlage umfassend darlegen müssen. Entsprechend wären allfällige weitere Betreibungen am Wohnort von Bedeutung gewesen. Dies hätte sich auch positiv auf die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit auswirken können, namentlich wenn ein solcher Auszug keine Betreibungen enthalten hätte. Mangels Vorlage eines solchen Auszugs muss jedoch davon ausgegangen werden, dass auch neuere Betreibungen bestehen können. Im Übrigen ist auf die Ausführungen der Gläubigerin hinzuweisen, nach welchen gegenüber der Schuldnerin zurzeit offene Prämienforderungen von total Fr. 2'110.25 bestehen würden und für einen Teil des Ausstandes die Stellung eines Betreibungsbegehrens anstehe (act. 16 S. 2; act. 17/B).

Zum Vermögen reicht die Schuldnerin lediglich Kontoauszüge ihres Einzelunternehmens per 31. Dezember 2013 ins Recht. Mangels Aktualität sind diese wenig aussagekräftig. Zudem weisen sie lediglich ein Guthaben von insgesamt Fr. 875.57 aus (act. 5/9). Weitere Kontoguthaben hat die Schuldnerin weder behauptet noch belegt.

Ferner führt die Schuldnerin aus, sie verdiene aktuell £ 1'719.01 pro Monat, wobei hiervon die Steuern bereits abgezogen seien. Ausserdem arbeite sie für F.\_\_\_\_\_ (act. 2 S. 4). Dies belegt sie mit der Fotografie eines Lohnausweises und diverser Verträge (act. 5/5 und act. 5/7). Die abfotografierten Belege sind jedoch unleserlich und vermögen die Behauptungen somit nicht glaubhaft zu machen. Was für ein Gebilde F.\_\_\_\_\_ sein soll, ergibt sich aus den eingereichten Akten nicht. Im Handelsregister ist eine solche Gesellschaft nicht eingetragen. Hinzu kommt, dass unklar bleibt, welche Aufwendungen dem Einkommen von £ 1'719.01 (= rund CHF 2'617.-; vgl. <[www.oanda.com/lang/de/currency/converter/](http://www.oanda.com/lang/de/currency/converter/)>, zuletzt be-

sucht am 20. Oktober 2014) entgegenstehen. Dabei handelt es sich jedenfalls nicht um ein Einkommen, das neben den alltäglichen Verbindlichkeiten ohne Weiteres noch eine Schuldentilgung zulässt.

Der Schuldnerin ist es infolge der unvollständigen Darstellung ihrer Vermögenslage sowie der fehlenden Glaubhaftmachung von Behauptungen nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

4.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind für Beschwerdeverfahren keine zuzusprechen: Der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil sie keine verlangt hat.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **21. Oktober 2014, 16.45 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Horgen wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Schuldnerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 19 und 20/1-2, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Kon-

kursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Horgen, je gegen Empfangsschein.

6. 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. K. Würsch

versandt am: