

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150059-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 8. Mai 2015

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 15. April 2015 (EK150081)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist Inhaberin des seit dem tt. Juni 2004 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____". Das Unternehmen ist mit folgendem Zweck im Handelsregister aufgeführt: Coiffeursalon, ... [diverse weitere Dienstleistungen, insbesondere im kosmetischen und kulinarischen Bereich] (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 15. April 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 8'064.15 nebst Zins zu 5 % seit 17. Juni 2013 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.60 (act. 3 = act. 6 = act. 7/10).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. April 2015 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Urteils des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 15. April 2015. Zudem ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 1; act. 7/11/1). Mit Präsidialverfügung vom 29. April 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

2.

2.1. 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).

2.2. Die Schuldnerin hat mit Überweisung vom 25. April 2015 die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten beim Obergericht hinterlegt und für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 2 S. 1 f. und act. 4/2; act. 4/4). Im Weiteren hat die Schuldnerin am 27. April 2015 beim Konkursamt J._____ zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 2'500.00 sichergestellt (act. 2 S. 2 und act. 4/3). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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. Dabei sind nur die sofort und konkret verfügbaren Mittel zu berücksichtigen, nicht aber zukünftige, zu erwartende oder mögliche Mittel. 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 ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheidens zu gewinnen ist (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

Zur Glaubhaftmachung braucht es objektive Anhaltspunkte. Das Aufstellen blosser Behauptungen – mögen sie auch noch so plausibel sein – genügt jedenfalls nicht.

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus den von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszügen ergeben sich insgesamt 49 im Zeitraum vom 19. Juli 2012 bis 22. Dezember 2014 eingeleitete Beteiligungen (act. 4/5). Davon wurden vier Beteiligungen durch Zahlung an das Beteiligungsamt (Nr. ..., Nr. ..., Nr. ... und Nr. ...) sowie eine durch Zahlung an die Gläubigerin (Nr. ...) erledigt. Für die Forderungen aus den Beteiligungen Nr. ... und Nr. ... wurde mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 3. September 2014 bereits der Konkurs über die Schuldnerin eröffnet. Die Schuldnerin erhob dagegen jeweils Beschwerde bei der Kammer und hinterlegte die Konkursforderungen samt Zinsen und Kosten am 12. September 2014 beim Obergericht. Mit Urteil vom 19. September 2014 hiess die Kammer die Beschwerde gut und die Konkursöffnung über die Schuldnerin wurde aufgehoben, unter Auszahlung des hinterlegten Forderungsbetrages an die Gläubigerin (act. 4/9, PS140230-O/U). Neben der Beteiligung der nun beglichenen Konkursforderung (Beteiligung Nr. ...) sind damit noch 41 weitere Beteiligungen in der Höhe von Fr. 1'558'069.24 offen.

2.3.3. Gemäss Darlegungen der Schuldnerin seien davon – aufgrund wiederholten Beteiligungen, fehlender Fälligkeit sowie ihrer Bestreitung einiger Forderungen – noch Beteiligungen im Betrag von total Fr. 124'553.75 (entsprechend 32 Beteiligungen) zu berücksichtigen. Die Schuldnerin bringt vor, die Verbindlichkeiten im Umfang von Fr. 124'553.75 nach der Veräusserung ihrer Liegenschaften für einen Nettoerlös von Fr. 281'365.50 erfüllen zu können. Sie sei Alleineigentümerin der Liegenschaften D.____ 2 und 4 in E.____ sowie der Liegenschaften F.____-Weg 27 und 29 in G.____. Die Liegenschaften D.____ 2 und 4 in E.____ sollten für Fr. 1'200'000.00 veräussert werden können. Nach Abzug der Hypothekarbelastung von Fr. 456'071.70 und Fr. 436'349.90 sowie der provisorisch berechneten Grundstückgewinnsteuer von mutmasslich Fr. 126'850.00 resultiere aus dem Verkauf ein geschätzter Nettoerlös von Fr. 180'728.40. Bei einem Verkauf der Liegenschaft F.____-Weg 29 in G.____ für Fr. 450'000.00, abzüglich der bestehenden Hypothekendarlehen von Fr. 292'875.00 und der provisorisch berechneten Grundstückgewinnsteuer von Fr. 56'488.00, betrage der

geschätzte Nettoverkaufserlös Fr. 100'637.00. Im Weiteren würden gegenüber diversen Personen noch Guthaben im Umfang von Fr. 1'995'137.75, mindestens aber Fr. 86'703.75 bestehen (act. 2 S. 3-6; act. 4/11-14 und 4/17-20).

Die Schuldnerin bringt überdies vor, sie blicke auf eine 23-jährige erfolgreiche selbständige Geschäftstätigkeit zurück; sie sei ihren Zahlungsverpflichtungen stets fristgerecht nachgekommen. Sämtliche Betreibungen seien innerhalb der letzten eineinhalb Jahren eingeleitet worden. Im Jahr 2014 seien diverse Umbauten im Ladenlokal angestanden. Probleme mit dem Vermieter und involvierten Behörden hätten zu Verzögerungen der Umbauarbeiten und letztlich zu Produktionsausfällen geführt. Die schwierige Phase sei nun überwunden und sie könne ihrer Geschäftstätigkeit wieder in gewohntem Umfang nachgehen. Sie sei bezüglich ihrer künftigen Auftragslage sehr positiv eingestellt und davon überzeugt, ihr Einzelunternehmen erfolgreich weiterführen zu können. Darüber hinaus bestätige sie, für ihre laufenden Verpflichtungen und Lebensunterhalt aufkommen zu können (act. 2 S. 6 f.).

2.3.4. Nachdem der Konkurs über die Schuldnerin privat eröffnet wurde, hätte sie grundsätzlich ihre (persönliche) Finanzlage umfassend darlegen müssen. Dies hat sie nur teilweise getan. Die Vorbringen der Schuldnerin, dass sie die schwierige Phase überwunden habe, sie ihre laufenden Verpflichtungen und ihren Unterhalt bestreiten könne, stellen blosser Behauptungen dar. Objektive Anhaltspunkte, welche eine – wie von der Schuldnerin vorgenommene – positive Einschätzung ihrer zukünftigen Geschäftstätigkeit sowie Auftragslage zulassen, bestehen keine. Woraus die Schuldnerin welche Einkünfte erzielt und welchen laufenden Verpflichtungen resp. Lebensunterhaltskosten diese gegenüberstehen, lässt sie völlig offen. Es fehlen Unterlagen wie Betriebsrechnungen und Bilanzen, Steuererklärungen, Steuereinschätzungen, Bankkontoauszüge, Auftragsbestätigungen und dergleichen, die einen umfassenden Überblick über die Aktiven und Passiven der Schuldnerin vermitteln sowie eine zuverlässige Einschätzung des künftigen Geschäftsganges erlauben würden. Folglich fehlt es an der Glaubhaftmachung, dass die Schuldnerin (künftig) aus ihrer Geschäftstätigkeit genügend liquide Mittel

erschöpfen kann, um ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen.

Fraglich ist daher im Weiteren, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin vor dem Hintergrund der von ihr geltend gemachten Bemühungen zum Verkauf ihrer Liegenschaften und dem Bestand offener Forderungen bejaht werden kann. Auf den Verkauf ihrer Liegenschaften berief sich die Schuldnerin bereits im erwähnten Konkursverfahren vor dem Obergericht im September 2014. Sie ging damals davon aus, den Verkauf in absehbarer Zeit, d.h. innert drei bis sechs Monaten realisieren und die offenen Forderungen begleichen zu können (act. 4/9 S. 4). Es hat sich gezeigt, dass ihr dies nicht gelungen ist. Die Schuldnerin reicht eine Handlungsablaufsdokumentation der mit der Liegenschaftenveräußerung beauftragten H._____ AG sowie einen Auszug des Homegate-Inserates betreffend die Liegenschaften D._____ 2 und 4 in E._____ ein. Sie macht geltend, mit den im Handlungsablauf aufgeführten Veräußerungsbemühungen sowie aufgrund der hohen Anzahl Klicks auf das Homegate-Inserat sei dargetan, dass es viele ernsthafte Interessenten für die Liegenschaften gäbe. Gemäss dem eingereichten Kaufvertragsentwurf vom 19. Februar 2015 bestand für die Liegenschaft in G._____ bereits eine ernsthafte Kaufinteressentin. Diese habe aus privaten Gründen die Liegenschaft schliesslich doch nicht erwerben können. Frau I._____ von der H._____ AG und sie seien äusserst zuversichtlich, dass die beiden Liegenschaften in den nächsten Wochen zu den jeweils verlangten Preisen veräussert werden könnten (act. 2 S. 5; act. 4/15-16 und act. 4/20). Allein aus dem Umstand, dass sich gemäss Homegate-Auszug bereits 352 Personen das Verkaufsinserat online angesehen haben, kann noch nicht auf das Bestehen ernsthafter Kaufinteressenten geschlossen werden. Den Darlegungen sowie Belegen kann zudem auch nach rund sieben Monaten kein konkreter, unmittelbar bevorstehender Kaufvertragsabschluss entnommen werden. In der Dokumentation über die Verkaufs Bemühungen ist die Rede davon, dass gewisse Interessenten nach der Besichtigung und als nächsten Schritt ein Angebot abgeben würden. Dass dies geschehen ist, geht daraus aber nicht hervor und wird von der Schuldnerin auch nicht geltend gemacht. Die Möglichkeit des Verkaufs der Liegenschaften in den nächsten Wochen bzw. in absehbarer Zeit erscheint infolgedessen als nicht glaubhaft.

Zu den behaupteten sechs Forderungen, welche die Schuldnerin gegenüber diversen Personen in der Höhe von Fr. 1'995'137.75, mindestens aber Fr. 86'703.75, noch zugute habe (act. 2 S. 6), reicht sie jeweils die von ihr gestellten und auf den 22. September 2014 datierenden Betreibungsbegehren inklusive Forderungsaufstellungen ins Recht (act. 4/6). Belege zur Glaubhaftmachung der Rechnungstellung bzw. des Bestandes der Forderungen fehlen. Die Einschlagung des Betreibungsweges durch die Schuldnerin zeigt, dass die Forderungen strittig sind und die jeweiligen Personen nicht gewillt oder in der Lage sind, zu bezahlen. Da sich die Schuldnerin auch nicht zum Stadium äussert, in welchem sich die jeweiligen Betreibungen befinden, erscheint es auch nicht glaubhaft, dass ihr in absehbarer Zeit flüssige Mittel daraus zufließen werden. Ganz abgesehen davon erscheint eine Sachdarstellung zu Guthaben, deren Höhe im Zwanzigfachen differiert, nicht sehr plausibel und ernsthaft. Denn eigentlich muss ein Gläubiger wissen, was er wirklich zugute hat.

2.3.5. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass von den noch offenen Betreibungen gemäss den Betreibungsregisterauszügen – auch wenn man nur von jenen von der Schuldnerin anerkannten ausgeht – in 18 Betreibungen mit einer gesamt-haften Forderungssumme von Fr. 74'427.89 bereits die Konkursandrohung erfolgt ist (act. 4/5). Die Schuldnerin hat damit eine beträchtliche Anzahl an Konkursandrohungen auflaufen lassen und dieser Umstand bedingt, dass die Schuldnerin, will sie zahlungsfähig sein, über kurzfristig abrufbare Guthaben bzw. Vermögenswerte verfügt. Andernfalls besteht die begründete Gefahr, dass nach Aufhebung der vorliegenden Konkursöffnung bereits die nächste Konkursöffnung folgt. Wie vorstehend ausgeführt, ist ein in absehbarer Zeit erfolglicher Zufluss an liquiden Mitteln aus dem Liegenschaftenverkauf, den in Betreuung gesetzten offenen Forderungen oder der Geschäftstätigkeit nicht hinreichend von der Schuldnerin dargetan und überdies glaubhaft gemacht worden.

Der Schuldnerin ist es somit nicht gelungen, ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, insbesondere nicht, dass sie in der Lage sein wird, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden

abzutragen. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3.

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

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **8. Mai 2015, 15.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt J._____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 9'018.30 dem Konkursamt J._____ zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt J._____ und das Grundbuchamt des Kantons Glarus, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt J._____, je gegen Empfangsschein.
7. 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 Be-

schwerde 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:
11. Mai 2015