

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170064-O/U

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

Urteil vom 15. März 2017

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 21. Februar 2017 (EK170033)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist Inhaberin der seit dem 21. März 2007 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "Studio ... A. _____", welche Dienstleistungen und Produkte im Bereich Fotografie bezweckt (act. 6).

2. Mit Urteil vom 21. Februar 2017 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Horgen in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Horgen für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 7 = act. 8/9):

CHF	1'152.80	nebst Zins zu 5 % seit 15. November 2015
CHF	150.00	Spesen
CHF	146.60	Betreibungskosten

Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin am 6. März 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 10/1) Beschwerde bei der Kammer und beantragte die Aufhebung des Konkurses und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 8. März 2017 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits geleistet hatte (vgl. act. 5/19). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine 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 er innert der Rechtsmittelfrist 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).

2.1 Die Schuldnerin belegt, dass sie der Gläubigerin am 3. März 2017 einen Betrag von Fr. 1'526.25 überwiesen hat (act. 5/5), wobei dieser Betrag ihrem Konto gleichentags belastet worden ist (act. 5/6 S. 2). Damit wurde die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung inklusive Zins, Spesen und Betreibungskosten bezahlt. Ausserdem hat die Schuldnerin beim Konkursamt Horgen zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 800.– sichergestellt (act. 5/18). Schliesslich hat die Schuldnerin am 3. März 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 5/19). 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.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit 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 bewei-

sen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindrucks (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.2.1 Die Schuldnerin führt zunächst aus, dass sie die im Handelsregister eingetragene Einzelfirma "*Studio ... A._____*" bereits seit dem Jahr 2011 nicht mehr betreibe; aus steuerlichen Gründen sei die Firma im Handelsregister jedoch bis anhin nicht gelöscht worden (act. 2 S. 4). Weiter führt sie zu ihren finanziellen Verhältnissen und insbesondere zur damit zusammenhängenden Zahlungsfähigkeit zusammengefasst aus, sie erhalte von ihrem Ehemann gemäss Eheschutzkonvention vom 6. März 2014 für sich und die drei gemeinsamen Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'083.–, wobei er zusätzlich die Kosten für die Hypothek und die Nebenkosten des ehelichen Hauses bezahle (act. 2 S. 5 f.). Weiter bringt sie vor, sie sei seit 2014 nebenbei Gesellschafterin und vorsitzende Geschäftsführerin der Firma *C._____ GmbH*. Das Geschäft sei rentabel (act. 2 S. 6); so habe mit dieser Firma seit September 2016 ein Umsatz von Fr. 23'700.– generiert werden können, wobei die Gewinne derzeit noch reinvestiert würden, wes-

halb sie sich bis anhin nur in sehr unregelmässigen Abständen eine geringfügige Vergütung ausbezahlt habe. Ziel sei es aber, dass sie sich bei anhaltend positiver Geschäftsentwicklung ein regelmässiges Salär ausbezahlen könne (act. 2 S. 6 f.). Demgegenüber habe sie mit der privaten Organisation eines "... Festival" einen Verlust eingefahren, welcher schlussendlich zu privaten Zahlungsschwierigkeiten geführt habe (act. 2 S. 6); zur genauen Höhe des Verlusts macht die Schuldnerin dabei keine Angaben, führt jedoch aus, dass ihr aus diesem Grund noch ein Rückforderungsanspruch von Fr. 5'000.– gegenüber der Mitorganisatorin zustehe (act. 2 S. 6). Ihre Ausgaben seien übersichtlich; so würden sich ihre Geschäftsräume in der ehelichen Liegenschaft befinden. Mitarbeiter beschäftige sie keine (act. 2 S. 7). Ihren Kontoauszügen für die Zeit ab dem 6. September 2016 könne entnommen werden, dass in dieser Zeit Einnahmen von Fr. 90'606.22 Ausgaben von Fr. 89'855.61 gegenübergestanden seien, wobei sie per 6. März 2017 über einen Saldo von Fr. 750.61 verfügt habe (act. 2 S. 8).

Ihr Vermögen betrage gemäss (ungeprüfter; Anmerkung durch das Gericht) Steuererklärung 2016 Fr. 1.9 Mio. (act. 2 S. 6; vgl. act. 5/7), wobei sich dieses insbesondere aus zwei in den Gemeinden D._____ und E._____ gelegenen Liegenschaften zusammensetze, welche jeweils zur Hälfte in ihrem (Mit-)Eigentum stünden (act. 2 S. 7 f., vgl. auch act. 5/4 und 5/10). Zur Belastung der beiden Liegenschaften spezifiziert die Schuldnerin, dass die sich in der Gemeinde D._____ befindliche Liegenschaft, welche einen Verkehrswert von Fr. 1.4 Mio. aufweise, mit einem Schuldbrief über Fr. 910'000.– belastet sei, welcher fortlaufend amortisiert worden sei bzw. werde (act. 2 S. 7). Die Liegenschaft in E._____ weise einen Verkehrswert von Fr. 500'000.– auf und sei im Umfang von Fr. 535'000.– belastet; auch hier sei die Schuld jedoch laufend amortisiert worden; in welchem Umfang die jeweiligen Amortisationen erfolgt seien, sei ihr jedoch nicht bekannt (act. 2 S. 8). Sodann habe sie per 3. März 2017 über Debitorenausstände von Fr. 22'930.– verfügt. Die nicht in Betreuung gesetzten und unbezahlten Kreditoren per diesem Datum hätten hingegen nur Fr. 4'900.– betragen. Hinzu kämen ausstehende Betreuungsforderungen von Fr. 28'431.85; diese seien jedoch per 6. März 2017 beim Obergericht vollumfänglich sichergestellt worden, weshalb im Hinblick auf die Kreditoren- und Debitorenliste per Datum der Einreichung der Be-

schwerde (6. März 2017) ein rechnerisches Guthaben von Fr. 18'030.– zu ihren Gunsten resultiere (act. 2 S. 9). Damit sie die offenen Betreibungen von Fr. 28'413.85 habe sicherstellen können, habe sie von ihrer Schwester ein zinsloses Darlehen von Fr. 23'000.– erhalten, welches zugunsten aller Gläubiger mit einer Rangrücktrittserklärung versehen worden sei (act. 2 S. 10).

2.2.2 Dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Horgen vom 21. Februar 2017 (act. 5/12) lassen sich neben der der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Betreibung insgesamt 50 weitere Betreibungen entnehmen, von denen 26 bereits durch Bezahlung der Forderung ans Betreibungsamt erledigt wurden. Von den übrigen 24 Betreibungen über insgesamt Fr. 33'111.05 wurde in 5 Fällen (Gesamtforderung Fr. 3'040.65) bereits die Konkursandrohung zugestellt, in 9 Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger (Gesamtbetrag Fr. 17'736.20) läuft eine Pfändung und in 10 Fällen (Gesamtbetrag Fr. 12'334.20) wurde erst die Betreibung eingeleitet.

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass sich die Differenz zwischen dem vorstehend genannten Betrag der offenen Betreibungen gemäss Betreibungsregisterauszug von Fr. 33'111.05 zum von der Schuldnerin genannten Betrag von Fr. 28'431.85 daraus ergibt, dass die Schuldnerin es einerseits versäumt hat, die Konkursforderung von Fr. 1'302.80 (Betreibung-Nr. ...) von den offenen Forderungen abzuziehen (vgl. act. 5/15), und sie andererseits geltend macht, sie habe dem Betreibungsamt Horgen am 31. Januar 2017 Fr. 6'000.– einbezahlt, wobei dieser Betrag vom Betreibungsamt noch nicht abgerechnet bzw. weitergeleitet worden und deshalb von den noch offenen Betreibungen in Abzug zu bringen sei (act. 2 S. 9 f.). Zwar belegt die Schuldnerin die entsprechenden Zahlungen vom 31. Januar 2017 (vgl. act. 5/13-14), doch kann nicht überprüft werden, ob das Betreibungsamt über diese Einzahlungen tatsächlich noch nicht abgerechnet hat. Insgesamt ist deshalb von offenen Betreibungen von Fr. 33'111.05 auszugehen.

2.2.3 Die von der Schuldnerin geltend gemachte Aufgabe ihrer mit der Einzelfirma "Studio ...A._____" betriebenen selbständigen Tätigkeit ist aufgrund der eingereichten Steuererklärung 2016 (vgl. act. 5/7) grundsätzlich glaubhaft. Damit resultiert aus der Einzelunternehmung zwar kein Ertrag mehr, doch bedeutet dies auch, dass keine laufenden Aufwände bzw. Verbindlichkeiten aus der Geschäftstätigkeit mehr bestehen, welchen nachzukommen wäre. Zwar macht die Schuldnerin zu ihren laufenden (privaten) Ausgaben keine näheren Angaben, immerhin kann aufgrund der von ihr für die letzten sechs Monate eingereichten Kontobelege jedoch davon ausgegangen werden, dass sich ihre laufenden Einnahmen und Ausgaben in ungefähr die Waage halten, resultiert über diesen Zeitraum doch ein leichter Aktivenüberschuss von Fr. 1'749.72 (vgl. act. 5/6). Nicht behauptet (vgl. act. 2 S. 2) und anhand der Akten auch nicht ersichtlich ist demgegenüber, dass die Schuldnerin aus den monatlichen Einnahmen in Form der Unterhaltszahlungen ihres Ehemannes neben den laufenden Kosten auch noch einen Teil der offenen Schulden abbezahlen könnte.

Es ist jedoch zugunsten der Schuldnerin zu berücksichtigen, dass sie die offenen Betreibungsforderungen von Fr. 33'111.05 im Umfang von Fr. 28'413.85 bei der Obergerichtskasse zuhanden des Betreibungsamtes sichergestellt hat (vgl. act. 2 S. 11; act. 5/16), womit sich die offenen Betreibungsforderungen auf Fr. 4'697.20 (zzgl. Kosten) reduzieren. Zwar hat die Schuldnerin zur Sicherstellung dieser Forderungen im Umfang von Fr. 23'000.– ein zinsloses Darlehen bei ihrer Schwester, F._____, aufnehmen müssen, womit keine Tilgung, sondern eine Umschichtung der Schulden stattgefunden hat. Dennoch resultiert eine verbesserte Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin, da die Darlehensschuld langfristig und zinslos ist (act. 2 S. 10; act. 5/17). Zu berücksichtigen ist an dieser Stelle zudem, dass die Schuldnerin über erhebliches (Grund-)Eigentum verfügt (vgl. act. 5/4; act. 5/10); zwar handelt es sich dabei nicht um flüssiges und damit ihrer Zahlungsfähigkeit unmittelbar zuträgliches Vermögen, doch steht damit der (langfristigen) Darlehensschuld eine erhebliche Sicherheit gegenüber. Weiter verfügt die Schuldnerin gemäss eigenen Angaben über offene Debitoren von Fr. 22'930.– (vgl. act. 5/11), wobei zumindest ein ihr jeweils per April durch ihren Ehemann zu

zahlender Bonusanteil von Fr. 6'000.– anhand der Eheschutzkonvention (vgl. act. 5/3 S. 3) ausgewiesen ist. Da bereits dieser Betrag die noch offenen Betreuungsforderungen übersteigt, ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft, bzw. zumindest als wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit anzusehen. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

Der von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse zuhanden der Betreuungsgläubiger hinterlegte Betrag ist – wie von der Schuldnerin im Rahmen ihrer Ausführungen beantragt (vgl. act. 2 S. 11) – dem Betreibungsamt Horgen zur Tilgung der noch offenen Betreuungsforderungen weiterzuleiten.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Horgen vom 21. Februar 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 28'413.85 zur Tilgung der offenen Betreuungsforderungen dem Betreibungsamt Horgen auszusahlen.
4. Das Konkursamt Horgen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 800.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie
 - das Konkursamt Horgen,je gegen Empfangsschein, ferner mit besonderer Anzeige an:
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
 - das Betreibungsamt Horgen und
 - die Grundbuchämter G._____ und E._____.
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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
15. März 2017