

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170256-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 4. Dezember 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 8. November 2017  
(EK170266)

### Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist Inhaberin des seit dem tt. Mai 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt das Unternehmen den Betrieb eines Kosmetik-Instituts (act. 5).

1.2. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) vom 8. November 2017, 09.15 Uhr, wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 7/12 = act. 3 S. 1):

CHF	1'687.60	nebst Zins zu 5% seit 31. Dezember 2016
CHF	150.00	Spesen
CHF	182.95	Betreibungskosten

1.3. Das vorinstanzliche Urteil wurde der Schuldnerin am 10. November 2017 zugestellt (act. 7/13/5), womit die Beschwerdefrist bis am 20. November 2017 lief. Mit Beschwerde vom 20. November 2017 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 1; act. 7/13/5). Mit Verfügung vom 22. November 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 4/4). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbe-

weise 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 belegt, am 20. November 2017 für die Betreuung Nr. 1 Fr. 2'115.05 und damit die Konkursforderung samt Zinsen, Spesen und Betreuungskosten beim Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon hinterlegt zu haben (act. 4/2). Mit Zahlung vom selben Datum hat die Schuldnerin zudem auch den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 4/4). Im Weiteren hat die Schuldnerin mit Zahlung vom 20. November 2017 beim Konkursamt Küsnacht zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 1'000.00 sichergestellt (act. 4/3). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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, in näherer Zukunft 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 der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer

5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin 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).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reicht einen Auszug über offene Beteiligungen vom 15. November 2017 ein (act. 4/5). Der Auszug weist – ohne die hinterlegte Konkursforderung – 15 Beteiligungen aus, die zwischen dem 27. September 2013 und dem 2. Oktober 2017 eingeleitet wurden. Die Forderungssumme beträgt insgesamt Fr. 22'516.15 (act. 4/5). In 9 Beteiligungen wurde Rechtsvorschlag erhoben, in drei Beteiligungen läuft eine Einkommenspfändung, zwei weitere Beteiligungen sind bereits bis zur Konkursandrohung gediehen und in einer weiteren wurde der Zahlungsbefehl zugestellt. Die Schuldnerin führt aus, mit der D. \_\_\_\_\_ AG betreffend die Forderung aus der Beteiligung-Nr. 2 eine Zahlungsvereinbarung getroffen zu haben. Ihres Erachtens sei die Forderung gemäss Vereinbarung vollumfänglich getilgt. Ausserdem sei über die D. \_\_\_\_\_ AG der Konkurs eröffnet worden (act. 2 S. 3). Nach der von der Schuldnerin eingereichten Zahlungsvereinbarung mit der D. \_\_\_\_\_ AG vom 18. November 2015 hatte sie in vier Raten per 30. November 2015, 31. Dezember 2015, 31. Januar 2016 und 29. Februar 2016 noch je Fr. 500.00 zu bezahlen (act. 4/7). Die Schuldnerin belegt nur die dreimalige Bezahlung von Fr. 500.00 an die D. \_\_\_\_\_ AG (act. 4/8), womit noch Fr. 500.00 offen wären. Aufgrund des im Betreibungsregister vermerkten Beteiligungsdatums vom 15. November 2017 ist jedoch wahrscheinlich, dass die Beteiligung Nr. 2 nach der Erhebung des Rechtsvorschlages nicht weiterverfolgt wurde resp. die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens bereits abgelaufen ist (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG). Dasselbe gilt für die Beteiligungen Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6, Nr. 7 und Nr. 8, deren Beteiligungsdaten zwischen dem 27. September 2013 bis 7. Oktober 2016 liegen. Zugunsten der Schuldnerin ist somit von noch 8 offenen Beteiligungen über einen Gesamtforderungsbetrag von Fr. 15'449.05 auszugehen. Gemäss dem Auszug aus dem Verlustscheinregister des Beteiligungsamtes Küssnacht-

Zollikon-Zumikon vom 15. November 2017 liegen gegen die Schuldnerin zudem 13 Verlustscheine über gesamthaft Fr. 35'651.75 vor (act. 4/6).

2.3.3. Die Schuldnerin bringt vor, bestätigen zu können, trotz der Konkursöffnung zahlungsfähig zu sein und über genügend finanzielle Mittel zu verfügen. Für Pfändungen und offene Beteiligungen seien beim Betreibungsamt (weitere) Fr. 12'884.95 hinterlegt worden. Damit seien die dringendsten Verpflichtungen bedient (act. 2 S. 3 f.). Sie sei seit dem 28. März 2014 als Geschäftsführerin bei der C.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt und erziele einen Nettomonatslohn von Fr. 3'235.40. Ihr Ehemann und sie würden im Moment getrennt leben; sie erhalte von ihm monatliche Beiträge an die Kinderkosten von Fr. 1'500.00 und Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 2'300.00. Entgegen der Unterhaltsvereinbarung bezahle ihr Ehemann – in Anrechnung an die Ehegattenunterhaltsbeiträge – ihren vollen Mietzins von Fr. 2'970.00 (act. 2 S. 4). Zu ihren monatlichen Einnahmen und Ausgaben reicht die Schuldnerin eine Budgetübersicht ein. Danach betragen ihre monatlichen Einnahmen Fr. 7'705.40 (Fr. 3'235.40 Nettolohn, Fr. 2'970.00 Unterhaltsbeitrag resp. Miete, Fr. 1'500.00 Kinderkostenbeitrag). Die monatlichen Ausgaben (Miete, Krankenversicherung für sich und die Tochter, Telefon-/Internetkosten, Steuern, Nahrung/Kleidung etc. und Unterhalt Tochter) weist sie mit Fr. 5'289.00 aus, womit ein Einnahmenüberschuss von Fr. 2'416.40 resultiere (act. 4/13). Die Schuldnerin macht geltend, davon ab sofort Fr. 2'000.00 für die Abzahlung ihrer Schulden zu verwenden. Mit ihrem Ehemann werde sie einen Neustart versuchen und ab zirka März 2018 wieder bei ihm einziehen, was zu einer Reduktion der momentan sehr hohen Mietausgaben führe. Die Schuldnerin erklärt weiter, dass ihr Ehemann ab diesem Zeitpunkt wieder vollumfänglich mit seinem Einkommen für den familiären Lebensunterhalt aufkommen werde, wodurch es ihr möglich sein werde, von ihrem Einkommen mindestens Fr. 2'500.00 für die Schuldenabtragung zu verwenden. Die Schuldnerin geht davon aus, ihre "Altlasten" in näherer Zukunft bezahlen zu können und sie gibt an, dass es ihr sehr wichtig sei, künftig ihre Finanzen im Griff zu haben sowie nicht erneut die Übersicht zu verlieren. Sie werde für die Buchführung Unterstützung aus dem Bekanntenkreis erhalten (act. 2 S. 4 f.).

2.3.4. Die Schuldnerin macht keinerlei Angaben zu den Einnahmen und Ausgaben bzw. zum Geschäftsgang der Einzelunternehmung, was die Liquiditätsprüfung erheblich erschwert. Einen Lohn scheint sie einzig aus der C.\_\_\_\_\_ GmbH zu beziehen. Diesbezüglich reicht die Schuldnerin die Lohnabrechnungen von September und Oktober 2017 über Fr. 3'235.40 ein (act. 4/10). Gemäss der vorgelegten Trennungsvereinbarung vom 19. April 2016 ist der Ehemann der Schuldnerin verpflichtet, ihr monatlich Fr. 1'500.00 an Kinderkostenbeiträge und Fr. 2'300.00 an Ehegattenunterhalt zu bezahlen (act. 4/11). Für die behauptete Begleichung des Mietzinses von Fr. 2'970.00 in Anrechnung an die Unterhaltbeiträge durch den Ehemann liegen keine Belege vor. Die blosser Behauptung der Schuldnerin reicht zur Glaubhaftmachung nicht aus. Dasselbe gilt für ihr Vorbringen, dass sie zirka ab März 2018 wieder bei ihrem Ehemann einziehen werde, womit dieser wieder für den Unterhalt der Familie aufkommen werde. Es ist damit von monatlichen Einnahmen der Schuldnerin in der Höhe von Fr. 7'035.40 auszugehen. Auf der Ausgabenseite sind die Mietzinshöhe von Fr. 2'970.00 sowie die Krankenkassenkosten von Fr. 533.60, die Telefonkosten von Fr. 117.60, die Internetkosten von Fr. 127.80 sowie die Steuern von Fr. 140.00 belegt (act. 4/13). Der von der Schuldnerin für Nahrung, Kleidung etc. eingesetzte Betrag von Fr. 1'000.00 erscheint zu tief angesetzt, vielmehr ist ein solcher von Fr. 1'350.00 für die Schuldnerin und Fr. 400.00 für ihre Tochter einzuberechnen (vgl. Kreisreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 16. September 2009 [ZR 108 [2009] Nr. 62]). Es resultieren monatliche Auslagen von Fr. 5'639.00. Dieser Bedarf erscheint noch zurückhaltend bemessen, vergleicht man ihn mit dem in der Trennungsvereinbarung vom 19. April 2016 bezifferten Bedarf der Schuldnerin mit Tochter über Fr. 7'300.00 (act. 4/11). Berücksichtigt man zusätzlich die nicht geltend gemachten, aber in fast jedem Haushalt anfallenden Kosten für die Billag von monatlich rund Fr. 38.00, stehen der Schuldnerin in Anbetracht ihres Einkommens noch zirka Fr. 1'360.00 im Monat für die Schuldentilgung zur Verfügung. Zieht man von den offenen Betreibungen über Fr. 15'449.05 die beim Betreibungsamt hinterlegte Summe von Fr. 12'884.95 ab, verbleibt ein zu begleichender Betrag von Fr. 2'564.10. Es wäre der Schuldnerin möglich, diesen mit ihrem Einnahmenüberschuss innert zwei Monaten zu tilgen.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass in den Betreibungen Nr. 9, Nr. 10 und Nr. 11 eine Einkommenspfändung läuft (act. 4/5). Es ist nicht bekannt, in welchem Umfang und wie lange diese noch laufen wird. Für die Begleichung der Verlustscheinforderungen über Fr. 35'651.75 würde die Schuldnerin überdies mehr als 26 Monate und damit mehr als zwei Jahre benötigen.

2.3.5. Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass die Schuldnerin eine nicht unerhebliche Anzahl an Betreibungen hat auflaufen lassen. Dieser Umstand sowie die Anzahl und Höhe der bestehenden Verlustscheine gegen sie weisen auf ernst zu nehmende Zahlungsschwierigkeiten in der Vergangenheit hin. Die Schuldnerin war zwar in der Lage, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen, Spesen und Kosten von Fr. 2'115.05 zu begleichen, beim Konkursamt Fr. 1'000.00 zu hinterlegen, die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschüssen und weitere Fr. 12'884.95 beim Betreibungsamt zu hinterlegen (vgl. act. 4/2-4 und act. 4/9). Nach Angaben der Schuldnerin stammt die Zahlung an das Betreibungsamt aber nicht aus ihrem eigenen Vermögen, sondern wurde von ihrem Ehemann geleistet (act. 2 S. 4). Selbst wenn ein solcher Zuschuss des Ehemannes unverzinslich und/oder ohne (derzeitige) Rückzahlungsverpflichtung gewährt worden wäre, kann aus der Hinterlegung des Betrages von Fr. 12'884.95 beim Betreibungsamt kein Schluss zugunsten der Liquidität der Schuldnerin gezogen werden. Über den Geschäftsgang der Einzelunternehmung C.\_\_\_\_\_ ist nichts bekannt. Es ist nicht einmal der Stand des Firmen- und/oder des Privatkontos der Schuldnerin bekannt. Die Schuldnerin lieferte darüber hinaus keine objektiven Anhaltspunkte für einen genügenden zukünftigen Zufluss an liquiden Mitteln, um die bestehenden Schulden innert zwei Jahren zu tilgen. Es sind keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation ersichtlich.

Infolge der unvollständigen Darstellung der Vermögenslage sowie der fehlenden Glaubhaftmachung von Behauptungen ist es der Schuldnerin nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Ihre Zahlungsfähigkeit kann nicht als glaubhaft gemacht gelten. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind damit nicht erfüllt und die

Beschwerde ist 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). Parteientschädigungen 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 **4. Dezember 2017, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Küsnacht wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Küsnacht, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, 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:  
4. Dezember 2017