Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PS190027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw Nagel

Urteil vom 25. Februar 2019

in Sachen

A._____,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 12. Februar 2019 (EK190008)

Erwägungen:

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem 20. Juni 2016 als Inhaberin des Einzelunternehmens C._____ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Unternehmen bezweckt den Betrieb eines asiatischen Take-Aways mit vietnamesischer Küche (act. 7).

1.2. Mit Urteil vom 12. Februar 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen den Konkurs über die Schuldnerin (act. 5 = act. 8 = act. 9/8). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 15. Februar 2019 (überbracht) rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2), welche mit Verfügung vom 15. Februar 2019 erteilt wurde (act. 12). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin dem Konkursamt einen Vorschuss zahlte, welcher auch zur Deckung der Kosten des Beschwerdeverfahrens ausreicht (vgl. act. 10; act. 12 E. 4). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Dies bedeutet praxisgemäss, dass zusätzlich zur Tilgung bzw. Hinterlegung der Konkursforderung auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts beim zuständigen Konkursamt rechtzeitig sicherzustellen sind (vgl. dazu OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 10 zu Art. 174 SchKG). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig; sie müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewäh-

rung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

3. Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 442.– nebst 5% Zins seit 16. Juni 2018, Fr. 150.– Mahn- und Bearbeitungskosten und Fr. 113.85 Betreibungskosten abzüglich einer Zahlung von Fr. 427.– (vgl. act. 5). Die Schuldnerin hat zu Handen der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse Fr. 350.– hinterlegt (vgl. act. 6/1). Das Betreibungsamt Sihltal erklärte auf Anfrage, die (direkt der Gläubigerin geleistete) Teilzahlung sei am 23. März 2018 verbucht worden. Setzt man das so in die Zinsrechnung ein, ergibt sich per Konkurseröffnung eine Forderung von Fr. 297.25 - das hat die Gläubigerin so als richtig anerkannt (act. 14.).

Ferner hat die Schuldnerin beim Konkursamt Thalwil die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sichergestellt. Damit ist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

4.1. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat der Schuldner zudem wie ausgeführt seine 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, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt wer-den, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vor-übergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein erstes Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Der eingereichte Betreibungsregisterauszug vom 13. Februar 2019 weist 15 Betreibungen für einen Betrag von insgesamt Fr. 9'531.96 auf (act. 11/2). Die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung wurde bei der Obergerichtskasse hinterlegt, zwei Betreibungen sind erloschen, sieben Betreibungen sind durch Zahlung an das Betreibungsamt und eine durch Zahlung an den Gläubiger erledigt worden. Damit sind noch vier Betreibungen im Umfang von Fr. 1'876.81 offen. Drei (Betreibung Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3) befinden sich im Stadium der Konkursandrohung und belaufen sich auf Fr. 1'187.05. Eine Betreibung für eine Forderung von Fr. 689.76 befindet sich im Einleitungsstadium (Zahlungsbefehl, Betreibung Nr. 4). Zu diesen Betreibungen äusserte sich die Schuldnerin nicht. Den Kontoauszügen von Juni 2018 bis Januar 2019 lässt sich einzig entnehmen, dass das Konto der Schuldnerin jeweils einen positiven Saldo aufwies. Wie sich die Ein- und Ausgänge in der Vergangenheit präsentierten, geht weder aus dem Auszug hervor noch äussert sich die Schuldnerin dazu. Es ist anzunehmen, dass die Einnahmen – wie im Gastrobereich üblich – direkt zur Begleichung der Ausgaben verwendet werden und daher keinen Eingang auf das Bankkonto finden. Vor diesem Hintergrund sind die Kontoauszüge wenig aussagekräftig. Unterlagen, die über den Gewinn oder Verlust der letzten Jahre etwas aussagen würden, reichte die Schuldnerin aber ebenfalls nicht ein. Sie führt auch nichts über den Geschäftsgang aus. Ferner fehlt eine unterzeichnete und durch Urkunden ausgewiesene aktuelle Debitoren- und Kreditorenliste. Alleine gestützt auf die eingereichten Unterlagen kann die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht verlässlich beurteilt werden.

Zu Gunsten der Schuldnerin ist jedoch der Umstand zu werten, dass ihr Geschäftskonto seit Juni 2018 – wie erwähnt – nie einen negativen Saldo aufwies und es ihr offenbar möglich war, mit den Einnahmen die laufenden Kosten zu decken; insbesondere scheint sie auch ihre Lieferanten bedienen zu können. So befinden sich gemäss Betreibungsregisterauszug soweit ersichtlich keine Lebensmittellieferanten unter den Gläubigern, sondern hauptsächlich Versicherungen. Zudem bezahlte die Schuldnerin den Grossteil der Betreibungen, sodass heute lediglich ein Betrag von Fr. 1'876.81 offen ist (act. 11/2). Zugunsten der Schuldne-

rin ist schliesslich zu berücksichtigen, dass sie mit Blick auf das Konkursverfahren mit der Konkursforderung und den Konkurskosten immerhin umgehend Fr. 2'150.– hat aufbringen können. Vor diesem Hintergrund besteht noch Anlass zur Annahme, die Schuldnerin werde ihre restlichen offenen Verbindlichkeiten innert nützlicher Frist abtragen und ihren Verpflichtungen in Zukunft nachkommen können. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist – trotz unvollständig eingereichter Unterlagen – somit knapp wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit. Sollte es indessen im Verlauf zirka eines Jahres zu einer erneuten Konkurseröffnung kommen, könnte keine solch günstige Prognose gestellt werden, zumal an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären.

5. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit noch hinreichend glaubhaft gemacht hat. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin am 12. Februar 2019 eröffneten Konkurses.

Die Kasse des Obergerichts ist anzuweisen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 350.– (act. 6/1) an die Gläubigerin Fr. 297.25 auszuzahlen.

6. Durch die verspätete Hinterlegung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Für die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren (Fr. 750.--) ist der beim Konkursamt geleistete Vorschuss heranzuziehen. Der Einfachheit halber ist an die Gerichtsgebühr zuerst anzurechnen, was die Schuldnerin der Kasse des Obergerichts zu viel bezahlt hat (Fr. 52.25), sodass das Konkursamt dem Obergericht noch Fr. 697.75 zu überweisen hat.

Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 12. Februar 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Sie wird aus dem von der Schuldnerin der Kasse zu viel Bezahlten (Fr. 52.25) und aus dem beim Konkursamt geleisteten Vorschuss (Fr. 697.75) bezogen. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 350.– an die Gläubigerin Fr. 297.25 zu überweisen.

4. Das Konkursamt Thalwil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.–, der Kasse des Obergerichts Fr. 697.75 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Sihltal sowie an die Obergerichtskasse, 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:

MLaw J. Nagel

versandt am:
26. Februar 2019