

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190099-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 4. Juli 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 28. Mai 2019 (EK190089)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist Inhaberin des seit dem tt.mm.2017 im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragenen Einzelunternehmens "Schloss C._____, A._____" . Dabei handelt es sich um einen Hotel- und Restaurationsbetrieb (vgl. act. 5). Mit Urteil vom 28. Mai 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der B.____ Pensionskasse von Fr. 16'292.90 nebst Zins zu 5 % seit 11. Januar 2019, Verzugszins von Fr. 178.75, Mahngebühren von Fr. 60.– und Betreuungskosten von Fr. 254.60 (vgl. act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 11. Juni 2019 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2 und 14/2). Mit Verfügung vom 14. Juni 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 8). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hatte (vgl. act. 4/4). Am 27. Juni 2019 ging bei der Kammer eine unaufgeforderte Eingabe von Rechtsanwalt Dr. iur. X.____ ein. Dieser trat als Vertreter des Konkursamtes Aargau auf, welches wiederum die Konkursmasse des D.____ vertritt. Rechtsanwalt Dr. iur. X.____ teilte mit, das Konkursamt Aargau verlange als Voraussetzung für eine allfällige Aufhebung der Konkurseröffnung der Schuldnerin einerseits die Sicherstellung einer dem Konkursamt Aargau zustehenden Forderung in Höhe von Fr. 232'029.15 zzgl. Zinsen sowie andererseits die Sicherstellung der Partei- und Gerichtskosten aus dem mit dieser Forderung zusammenhängenden Gerichtsverfahren (vgl. act. 11 und 12/4). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6). 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 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 (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). 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 11. Juni 2019 für die der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderung samt Zinsen, Mahngebühren und Betreuungskosten einen Betrag von Fr. 17'126.25 beim Obergericht hinterlegt (vgl. act. 4/2). Weiter hat die Schuldnerin beim Konkursamt Thalwil Fr. 1'900.– sichergestellt. Gemäss telefonischer Auskunft des Konkursamtes Thalwil reicht dieser Betrag zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung (vgl. act. 4/3 und 7). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.

2.3.1. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. 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 ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben

würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass insgesamt glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur. 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 (vgl. OGer ZH PS180150 vom 14. September 2018 E. 2.3).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 29. Mai 2019 ergeben sich insgesamt 165 Beteiligungen im Zeitraum 8. Juni 2015 bis 27. Mai 2019 (vgl. act. 4/5). Davon wurden 58 Beteiligungen durch Zahlung an das Betreibungsamt bzw. an den Gläubiger erledigt und zwei Beteiligungen sind erloschen. Neben der Beteiligung der nun beglichenen Konkursforderung sind damit noch 104 weitere Beteiligungen in der Höhe von Fr. 3'285'741.20 vorhanden.

Gemäss Darlegungen der Schuldnerin in ihrer Beschwerdeschrift (act. 2) sind davon nur noch Beteiligungen im Betrag von total Fr. 700'297.56 offen. In diesem Betrag enthalten sind Forderungen von Fr. 346'575.–, bei denen die Beteiligung eingeleitet wurde, Forderungen von Fr. 23'700.26, in deren Beteiligung die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hat, Forderungen von Fr. 249'871.70, die sich im Beteiligungsstatus der Pfändung befinden, sowie schliesslich Forderungen von Fr. 80'150.60, bei welchen bereits der Konkurs angedroht wurde (in act. 2 auf S. 8 bzw. S. 11 beziffert die Schuldnerin den offenen Betrag sogar auf Fr. 729'909.76 bzw. Fr. 738'774.91).

Diverse der im Betreibungsregistrauszug aufgeführten Forderungen bestritt die Schuldnerin mit blossen Behauptungen, ohne hierfür Belege einzureichen (vgl. act. 2 S. 2-8). Diese Forderungen können deshalb nicht ausser Acht gelassen werden. Es sind dies Forderungen von Fr. 119'646.75, bei denen die Betreibung eingeleitet wurde (Betreibungs-Nr. 1, 2, 3 und 4), Forderungen von Fr. 191'873.70, in deren Betreibung die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hat (Betreibungs-Nr. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 und 24), Forderungen von Fr. 49'702.95, die sich im Betreibungsstatus der Pfändung befinden (Betreibungs-Nr. 25, 26 und 27), sowie Forderungen von Fr. 8'349.45, bei welchen bereits der Konkurs angedroht wurde (Betreibungs-Nr. 28 und 29). Neben diesen Forderungen von total Fr. 369'572.85 ist insbesondere auch die Hypothekarforderung der ... Kantonalbank über einen Betrag von Fr. 2'100'000.- zu berücksichtigen, in deren Betreibung die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hat (Betreibungs-Nr. 30). Die Schuldnerin führte dazu zwar aus, die Betreibung sei erfolgt, weil die Hypothekarzinsen plötzlich nicht mehr automatisch von ihrem Konto abgebucht worden seien, obwohl jedes der Konti stets einen Aktivsaldo von Fr. 80'000.- bis Fr. 100'000.- aufgewiesen habe. Weiter erklärte die Schuldnerin, sämtliche Hypothekarschulden bei der ... Kantonalbank würden von der Raiffeisenbank E. _____ übernommen. Diese versuche seit Januar 2019 mit der ... Kantonalbank an einen Tisch zu sitzen und die Übernahme zu verhandeln (vgl. act. 2 S. 5 f.). Die Schuldnerin reichte jedoch keine Unterlagen ein, welche diese Behauptungen nur schon im Ansatz stützen könnten.

2.3.3. Gemäss Schuldnerin können zur sofortigen Tilgung Aktiven von total Fr. 1'337'575.08 verwendet werden (vgl. act. 2 S. 11). Einberechnet in diesen Betrag sind Fr. 490'000.-, die angeblich aus dem bevorstehenden Verkauf des Mehrfamilienhauses an der F. _____-Strasse ... in G. _____ gelöst werden können, Guthaben aus Mietzinsen in der Höhe von Fr. 255'598.81, welche sich auf Konten der ... und ... Kantonalbank befinden sollen, ferner Nebenkosten sämtlicher Liegenschaften der Schuldnerin für die Perioden 2017 - 2018 und 2018 - 2019 in der Höhe von Fr. 248'000.-, welche Guthaben am 31. Juli 2019 eingehen sollen. Hinzu kommen ein angeblicher Gewinn für den Mai 2019 aus dem Betrieb

des Schlosses C._____ in der Höhe von Fr. 89'493.75 sowie angebliche Mehrwertsteuerguthaben des Schlosses C._____ bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung in der Höhe von Fr. 77'422.52. Zu keinem dieser behaupteten Aktiven legte die Schuldnerin Belege vor (vgl. act. 2 S. 9-11). Auch zu den im Betrag von Fr. 1'337'575.08 nicht berücksichtigten Fr. 145'000.–, die sich bei den Betreibungsämtern Thalwil, Opfikon und Dübendorf befinden sollen, sowie zu den angeblich bevorstehenden Verkäufen der Liegenschaften in G._____ und H._____ fehlen Belege (vgl. act. 2 S. 9 und 11). Alle diese geltend gemachten Guthaben bzw. zukünftigen Einnahmen sind damit nicht hinreichend konkret behauptet bzw. auch nur im Ansatz glaubhaft gemacht und müssen deshalb ausser Acht bleiben.

Dasselbe gilt ebenso für die beiden weiteren im Betrag von Fr. 1'337'575.08 einberechneten Aktiven (vgl. act. 2 S. 11): Die Schuldnerin macht weder Debitorenguthaben des Schlosses C._____ in der Höhe von Fr. 84'390.– noch einen Gewinn für den Juni 2019 in Höhe von Fr. 92'670.– glaubhaft. Zu den Debitorenguthaben reichte die Schuldnerin lediglich eine nicht unterzeichnete Auflistung der noch zu versendenden Rechnungen für den Zeitraum März bis Mai 2019 ein (vgl. act. 4/34). Die Rechnungen selber liegen hingegen nicht vor. Zum angeblichen Gewinn für den Juni 2019 liegt ein am 2. Juni 2019 erstelltes, nicht unterzeichnetes Budget für den Juni 2019 im Recht (vgl. act. 4/31). Belege zu den erwarteten Einnahmen durch Veranstaltungen, Übernachtungen und das Restaurant fehlen. Das Gleiche gilt für die erwarteten Ausgaben für das Personal, für den Unterhalt und die Nebenkosten des Schlosses sowie für den Wareneinkauf, der im Vergleich zu den erwarteten Einnahmen unerklärlich tief erscheint. Es fehlen somit objektive Anhaltspunkte für die Richtigkeit der gemäss Schuldnerin im Juni 2019 erwarteten Einnahmen und Ausgaben. Es ist daher nicht im Ansatz glaubhaft gemacht, dass der Schuldnerin zur sofortigen Tilgung Aktiven von rund 1,33 Mio. Franken zur Verfügung stehen.

2.3.4. Die Schuldnerin schreibt in ihrer Beschwerde, das Jahr 2017 sei insgesamt – insbesondere aufgrund zahlreicher Schicksalsschläge – ein schwieriges Jahr für sie gewesen. Aufgrund von persönlichen Angelegenheiten seien diverse Abwesenheiten, u.a. einige Aufenthalte in Südafrika, unabdingbar gewesen. Während

dieser Zeit habe sie leider die Überwachung ihrer geschäftlichen bzw. finanziellen Angelegenheiten vernachlässigt. Diese sehr schwierige Phase sei inzwischen überwunden und sie könne ihrer Geschäftstätigkeit, sofern die Konkursöffnung aufgehoben werde, wieder im gewohnten Umfang nachgehen. Bezüglich ihrer künftigen Auftragslage sei sie sehr positiv eingestellt und daher davon überzeugt, dass sie ihre Geschäftstätigkeit mit ihrem Einzelunternehmen erfolgreich weiterführen könne. Sie bestätige darüber hinaus, dass sie für alle ihre laufenden Verpflichtungen und die Kosten ihres Lebensunterhalts vollständig aufkommen könne (vgl. act. 2 S. 11).

Der Konkurs wurde über die Schuldnerin als Einzelunternehmerin, als natürliche Person eröffnet, die für alle Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen haftet. Eine Trennung zwischen geschäftlichen Schulden bzw. Guthaben und solchen des persönlichen Bedarfs gibt es daher nicht. Die Schuldnerin hätte daher ihre Finanzlage umfassend darlegen müssen. Zu den Kosten ihres Lebensunterhalts sowie zu den nicht mit dem Schloss C._____ zusammenhängenden Einnahmen und Vermögen reichte die Schuldnerin keine Belege ein. Zu ihrem Einzelunternehmen liegen lediglich die Auflistung über angebliche Debitorenguthaben sowie das Budget für Juni 2019 im Recht. Konkrete, belegte Zahlen über Einnahmen und Ausgaben aus Geschäftstätigkeit, über sog. "private" weitere Einkünfte und über die Vermögenslage fehlen. Dies verunmöglicht eine Einschätzung zum zukünftigen Geschäftsgang. Folglich fehlt es an der Glaubhaftmachung, dass die Schuldnerin (künftig) aus ihrer Geschäftstätigkeit oder aus anderen Quellen genügend liquide Mittel schöpfen kann, um ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen.

2.3.5. Der Schuldnerin ist es somit nicht gelungen, innert der Beschwerdefrist ihre Zahlungsfähigkeit nur schon irgendwie im Ansatz glaubhaft zu machen, geschweige denn insgesamt. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen. Bei diesem Verfahrensausgang muss auf die nach Ablauf der Beschwerdefrist eingegangene Eingabe von Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ vom

26. Juni 2019 (act. 11) nicht weiter eingegangen werden (vgl. E. 1.2.). Sie enthält im Übrigen nichts, was für den heutigen Entscheid relevant sein könnte.

3.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Donnerstag, 4. Juli 2019, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Thalwil wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 17'126.25 dem Konkursamt Thalwil zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Thalwil und die Grundbuchämter I._____, J._____, K._____, L._____, M._____, G._____, N._____, O._____ und P._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau und an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:
5. Juli 2019