

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi so-
wie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 27. Februar 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **Kranken-Versicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. Januar 2020 (EK190414)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. Januar 2020 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 1'173.30 zuzüglich Zins von 5 % seit 23. Juni 2019, Fr. 180.– Spesen sowie Betreuungskosten von Fr. 146.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/13). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 3. Februar 2020 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 14/2) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 4. Februar 2020 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-15). Ebenfalls beigezogen wurden die Akten des früheren Konkursverfahrens PS170064 (act. 12/1-12). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. 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 der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Die Schuldnerin weist nach, dass sie der Obergerichtskasse am 31. Januar 2020 Fr. 1'565.90 überwies (act. 5/6; act. 13/1). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich der Zinsen bis zur Konkursöffnung und der weiteren Kosten von insgesamt Fr. 1'532.85 (vgl. act. 9). Im Übrigen weist die Schuldnerin mit dem ins Recht gelegten Betreibungsregistrauszug vom 3. Februar 2020 auch die Tilgung der Konkursforderung nach: Das Betreibungsamt bestätigte darauf un-

terschriftlich, dass sämtliche Betreibungen – mithin auch die zur Konkursöffnung führende – bezahlt sind, und entsprechend ist denn auch die Betreibung der Gläubigerin als "Z Beahlt (an Betreibungsamt)" ausgewiesen (act. 5/18 S. 1 und 8). Weiter leistete die Schuldnerin am 31. Januar 2020 beim Konkursamt Horgen einen Vorschuss von Fr. 800.–, der nach der Bestätigung des Konkursamts vom selben Datum ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 5/21). Im Übrigen überwies die Schuldnerin der Obergerichtskasse am 31. Januar 2020 Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 5/22; act. 13/2). Damit weist die Schuldnerin sowohl den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG als auch denjenigen der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nach.

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den 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 hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausge-

geschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Die Schuldnerin ist einzelzeichnungsberechtigte Inhaberin der Einzelfirma "C._____ by A._____". Ebenfalls einzelzeichnungsberechtigt ist D._____, der von ihr getrennt lebende Ehemann. Der Zweck der Einzelfirma ist das Erbringen von Dienstleistungen und Produkten im Bereich ...-Fotografie (act. 2 Rz 5 f.; act. 6). Gemäss der Schuldnerin werde das Studio allerdings seit dem Jahr 2011 nicht mehr betrieben. Die Gewerberäumlichkeiten an der E._____ -Strasse 1, 2 und 3 in F._____, welche die Schuldnerin und ihr Ehemann zu je hälftigem Miteigentum halten würden, seien anderweitig vermietet, wobei der Ehemann die Mietzinseinnahmen erhalte und auch die Unterhaltskosten trage. Die Einzelfirma sei im Handelsregister auf Anraten des Ehemannes noch nicht gelöscht worden, weil dieser die Mietzinseinnahmen über die Einzelfirma abrechnen könne. Die Schuldnerin und ihr Ehemann befänden sich in einem erbitterten Scheidungskampf, weshalb sie sich kaum bzw. gar nicht verständigen könnten (act. 2 Rz 6). Die Aufgabe der Einzelfirma war bereits im früheren Konkursverfahren vorgebracht worden und wurde im Entscheid der Kammer vom 15. März 2017, mit welchem die Konkursöffnung aufgehoben wurde, als glaubhaft erachtet (act. 12/11 E. II.2.2.3). Davon ist auch heute auszugehen. Wie bereits im erwähnten Entscheid vom 15. März 2017 festgehalten wurde, resultiert damit 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 (vgl. act. 12/11 E. II.2.2.3).

4.3. Gemäss dem Betreibungsregistrauszug vom 3. Februar 2020 bestehen keine offene Beteiligungen mehr (act. 5/18). Auch die Forderung, die dem aus der Beteiligung Nr. 4 resultierenden Verlustschein zugrunde liegt, wurde gemäss der Bestätigung des entsprechenden Gläubigers vollumfänglich bezahlt, sodass auch kein Verlustschein (mehr) registriert ist (vgl. act. 2 Rz 21; act. 5/18-19). Zur Sicherstellung der im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch offenen Forderungen

von rund Fr. 15'000.– bis Fr. 20'000.– (vgl. act. 5/7 S. 13) musste die Schuldnerin ein langfristiges, zinsloses Darlehen von Fr. 53'000.– bei ihrer Schwester, G._____, aufnehmen. Dieses ist zugunsten aller Gläubiger mit einem Rangrücktritt versehen (act. 2 Rz 22; act. 5/20; zum Eingang der Zahlung vgl. act. 5/9). Die Schuldnerin macht geltend, es sei beabsichtigt, das Darlehen dereinst im Rahmen der Nachlassteilung der Eltern zu verrechnen (act. 2 Rz 22). Schliesslich gibt die Schuldnerin an, es bestehe noch eine offene Forderung von Fr. 764.90 bei der Motorfahrzeugversicherung H._____, welche sie noch innerhalb einer Woche zu bezahlen beabsichtige (vgl. act. 5/17). Auszugehen ist mithin von noch offenen Schulden von Fr. 53'764.90, welche allerdings nicht in Betreuung gesetzt sind.

4.4. Die Schuldnerin ist zusammen mit ihrem Ehemann Miteigentümerin je zur Hälfte von zwei Liegenschaften. Dabei handelt es sich einerseits um die Liegenschaft Grundbuch Blatt 5, Kat. Nr. 6, im I._____. ... in J._____ (act. 5/13; vgl. auch act. 5/14), ein Einfamilienhaus mit Garten, das gemäss der Schuldnerin einen steuerbaren Wert von Fr. 1.4 Mio aufweist (act. 2 Rz 15). Darauf lastet ein Papier-Namenschuldbrief über Fr. 910'000.– (act. 2 Rz 15; act. 5/13), der gemäss der Schuldnerin aber von ihrem Ehemann laufend amortisiert werde, sodass die eigentliche Schuld tiefer ausfalle (act. 2 Rz 15). Gemäss dem Steuerausweis der H._____ für das Jahr 2019 belief sich die Hypothek per 31. Dezember 2019 allerdings auf Fr. 910'000.– (act. 5/15), was gegen die von der Schuldnerin geltend gemachte Amortisation spricht. Damit stimmt überein, dass auch in der Eheschutzvereinbarung nicht erwähnt wird, der Ehemann amortisiere die Hypothek (vgl. act. 5/4). Dass der Verkehrswert der Liegenschaft höher ist als die auf der Liegenschaft lastende Schuld und im Übrigen auch höher als der steuerbare Wert, ist demgegenüber notorisch. Es ist daher von einem Fr. 1.4 Mio übersteigenden Wert der Liegenschaft auszugehen, sodass nach Abzug der Hypothekarschuld der Schuldnerin ein Wert von mindestens Fr. 245'000.– verbleibt. Beim zweiten Grundstück handelt es sich um die Stockwerkeigentumseinheit Grundbuch Blatt 7, Kat. Nr. 8 mit Sonderrecht am Gewerberaum im Erdgeschoss an der E._____-Strasse 1, 2 und 3 in F._____. Die darauf lastende Schuld von ursprünglich Fr. 535'000.– (act. 5/5) wurde durch Amortisationen nachweislich auf Fr. 508'734.– reduziert (act. 2 Rz 15; act. 5/16). Zum Wert dieser Liegenschaft

gibt die Schuldnerin einerseits wie bereits im früheren Konkursverfahren (vgl. act. 12/11 E. II.2.2.1) an, gemäss der Steuererklärung 2016 wiesen beide Grundstücke zusammen einen Steuerwert von Fr. 1.9 Mio auf (act. 2 Rz 15). Dies würde bedeuten, die Liegenschaft in F. _____ habe einen Wert von Fr. 0.5 Mio. Angesichts der Höhe der Hypothek erscheint dies zweifelhaft, zumal der Schuldnerin zuzustimmen ist, dass der Verkehrswert höher als die Schuld sein muss und die Liegenschaftspreise im Raum Zürich seither erfahrungsgemäss gestiegen sind (act. 2 Rz 15). Es ist mithin davon auszugehen, dass die fragliche Liegenschaft und damit auch der Anteil der Schuldnerin mehr Wert ist als die darauf lastende Schuld, wenn auch über die genaue Höhe keine Klarheit besteht.

Weiter verfügt die Schuldnerin über ein Privatkonto bei der K. _____ AG, auf welchem sich per 31. Januar 2020 Fr. 35'572.95 befanden (act. 2 Rz 16; act. 5/9). Die Schuldnerin führt dazu aus, aktuell sei der Kontostand tiefer, da verschiedene Zahlungen an Gläubiger geleistet worden seien (act. 2 Rz 16). Sie verfügt sodann noch über ein Sparkonto bei der K. _____ AG, welches per 31. Dezember 2019 Fr. 605.25 aufwies (act. 5/10). Ferner hat die Schuldnerin noch ein Konto der gebundenen Vorsorge 3a mit einem Guthaben von Fr. 31'891.80 (act. 2 Rz 13; 5/10) sowie einen Anlagefonds der Vorsorge 3a mit einem Depotwert per 3. Februar 2020 von Fr. 13'917.– (act. 5/9), welche jedoch für das vorliegende Verfahren nicht berücksichtigt werden können.

Die Schuldnerin bringt weiter vor, über Debitoren von rund Fr. 13'000.– zu verfügen (act. 2 Rz 17). Gemäss ihrer unterschriftlich bestätigten Aufstellung handelt es sich dabei um vom Ehemann nicht bezahlte Gymnasiums-kosten für die Tochter L. _____ seit August 2017 von circa Fr. 450.– monatlich und eine zu hohe Steuerbelastung für die beiden Liegenschaften, welche der Ehemann in seinem Liegenschaftenausweis nicht aufgeführt habe. Diese Ausstände seien im Scheidungsverfahren aufzuarbeiten (act. 5/17). Der Bestand dieser Debitoren erscheint damit ungewiss, zumal das Scheidungsverfahren hochstrittig zu sein scheint. Für das vorliegende Verfahren sind sie daher ausser Acht zu lassen.

4.5. Was ihre Einnahmen betrifft, so lebt die Schuldnerin von den Alimenten von gesamthaft Fr. 6'083.–, welche sie monatlich von ihrem Ehemann für sich und die

drei gemeinsamen Kinder, die unter ihrer Obhut stehen, erhält (act. 2 Rz 10, 12; act. 5/4; act. 5/9). Zusätzlich bezahlt der Ehemann die Kosten für die Hypothek und die Nebenkosten (EKZ, Wasser/Abwasser, GVZ, Heizungskosten, Kehrrichtabgabe) für die eheliche Liegenschaft von monatlich Fr. 1'617.– (act. 2 Rz 12; act. 5/4). Die Schuldnerin bringt vor, sie sei dabei, eine selbständige Tätigkeit (Webseite/Grafikdesign) aufzubauen und strebe ab Februar 2020 eine Ausbildung (eidg. Fachausweis betriebliche Mentorin/Coaching) an (act. 2 Rz 10). Die Gesellschaft M._____ GmbH, welche sie im Jahr 2014 zusammen mit N._____ gegründet habe, wurde inzwischen liquidiert (act. 2 Rz 14; act. 5/11). Weiter macht die Schuldnerin geltend, ihr Engagement beim Verein O._____ nicht mehr weiterzuverfolgen, da es für sie ein Verlustgeschäft geblieben sei. Der Handelsregisterauszug sei jedoch bis heute nicht gelöscht worden (act. 2 Rz 14; act. 5/12). Einkommen aus einer selbständigen Tätigkeit scheint die Schuldnerin damit nicht mehr bzw. noch nicht zu erzielen.

Zu ihren Ausgaben bringt die Schuldnerin nichts Näheres vor. Es ist damit auch nicht bekannt, ob aus der Tätigkeit im Verein O._____ oder aus der neuen selbständigen Tätigkeit noch beziehungsweise bereits Ausgaben anfallen, wenn gleich aufgrund der Art der fraglichen Tätigkeiten anzunehmen ist, dass dies aktuell nicht der Fall ist. Zur Einzelfirma C._____ by A._____ erklärt die Schuldnerin, seit deren Stilllegung im Jahr 2011 keinen Jahresabschluss mehr zu erstellen (act. 2 Rz 17), was glaubhaft erscheint. Über die Mietzinseinnahmen aus der Liegenschaft in F._____, die an den Ehemann fliessen würden, kann die Schuldnerin anscheinend keine Angaben erhältlich machen (act. 2 Rz 17). Dies erscheint angesichts des schwierigen Scheidungsverfahrens zwischen der Schuldnerin und ihrem Ehemann ebenfalls als glaubhaft. Da die entsprechenden Einnahmen ohnehin nicht der Schuldnerin zukommen, ist deren Höhe auch nicht von Relevanz. Aus dem Kontoauszug des Privatkontos der Schuldnerin bei der K._____ AG für den Zeitraum von Januar 2019 bis Ende Januar 2020 ist schliesslich ersichtlich, dass sich ihre laufenden Einnahmen und Ausgaben ungefähr die Waage halten (vgl. act. 5/9). Insofern erscheint die genaue Kenntnis über allfällige Ausgaben aus einer selbständigen Tätigkeit als unbedeutend, da davon auszugehen ist, dass die Schuldnerin diese gerade zu decken vermöchte.

4.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwar keine offenen Beteiligungen und auch keine Verlustscheine mehr bestehen. Allerdings fand keine vollständige Tilgung der Schulden statt, sondern eine Umschichtung mit der Schwester der Schuldnerin als Gläubigerin. Nichtsdestotrotz resultiert daraus eine verbesserte Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin, zumal das Darlehen zinslos und langfristig gewährt wurde. Zudem steht dem Darlehen eine dieses übersteigende Sicherheit durch die Miteigentumsanteile an den beiden Liegenschaften gegenüber.

Schliesslich ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin die betragsmässig geringe Forderung der Motorfahrzeugversicherung mit den noch vorhandenen liquiden Mitteln zu decken vermag: Selbst wenn die Schuldnerin mit den per Ende Januar 2020 noch vorhandenen liquiden Mitteln von rund Fr. 35'000.– noch offene Beteiligungen von Fr. 20'000.– hätte decken müssen, wäre noch ein genügender Betrag dafür vorhanden. Im Übrigen kann die Schuldnerin ihre Ausgaben mit ihren Einnahmen aus den Unterhaltszahlungen ihres Ehemannes gerade decken, sodass davon auszugehen ist, die Schuldnerin könne ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen. Auch wenn es bereits zum zweiten Mal zu einer Konkursöffnung kam, ist angesichts der geschilderten Umstände, insbesondere der Tatsache, dass keine offenen Beteiligungen mehr bestehen, die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit.

4.7. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben. Der von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin hinterlegte Betrag ist ihr zurückzuerstatten, da die entsprechende Beteiligung im Beteiligungsregisterauszug wie dargelegt als an das Beteiligungsamt bezahlt ausgewiesen ist (act. 5/15 S. 8).

5. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 14. Januar 2020 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 1'565.90 der Schuldnerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Horgen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Horgen und an die Grundbuchämter F._____ und P._____, 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 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 C. Funck

versandt am:
27. Februar 2020