

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200101-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeil

Urteil vom 2. Juni 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

Stiftung B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 27. April 2020 (EK200114)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. A._____ (fortan Schuldnerin) ist Inhaberin des seit dem 18. November 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "Kiosk C._____" mit Sitz in Zürich (vgl. act. 6). Gemäss eigenen Angaben arbeitet die Schuldnerin aber nicht im Kiosk, sondern dieser wird von ihrem Ehemann, D._____, betrieben (vgl. act. 2 Rz 4). Die Schuldnerin verfügt über eine Festanstellung bei der E._____ AG in F._____ [Ortschaft] (vgl. act. 2 Rz 4 und act. 5/4).
2. Mit Urteil vom 27. April 2020, 09:30 Uhr, eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach gestützt auf die Betreuung Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 17. Dezember 2019) des Betreibungsamtes Embrachertal und die Konkursandrohung vom 28. Januar 2020 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 2'456.54 (= Fr. 2'099.55 nebst 5% Zins seit 13. Dezember 2019, Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 21.29 Verzugszins vor Betreuung und Fr. 246.60 Betreuungskosten; vgl. act. 8/7 = act. 3 = act. 7, fortan zitiert als act. 7). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 8. Mai 2020 (Datum Poststempel) samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde (vgl. act. 2, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 8/8).
3. Mit Verfügung vom 11. Mai 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).
4. Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 750.– hat die Schuldnerin gemäss Quittung der Zentralen Inkassostelle der Gerichte bereits am 7. Mai 2020 bezahlt (vgl. act. 5/8). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1–9.). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und (kumulativ) seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. 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. Die Schuldnerin weist mittels Quittung der Zentralen Inkassostelle der Gerichte nach, dass sie am 7. Mai 2020 für die Konkursforderung der Gläubigerin (inkl. Zinsen und Kosten) einen Betrag von Fr. 2'456.55 hinterlegt hat (act. 5/7). Weiter belegt die Schuldnerin mittels Bestätigung des Konkursamtes Embrach vom 5. Mai 2020, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt zu haben (act. 5/6). Damit sind die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten sowie die Verfahrenskosten hinterlegt und ist der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.1 Wird die Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten) – wie hier – erst nach der Konkurseröffnung hinterlegt, kann die Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung aber nur dann aufheben, wenn der Schuldner zusätzlich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen

befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner 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 der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er 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). Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners muss wahrscheinlicher sein als seine Zahlungsunfähigkeit (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).

3.2 In Bezug auf ihre Zahlungsfähigkeit macht die Schuldnerin im Wesentlichen geltend, sie bzw. ihr Ehemann betreibe den Kiosk seit nunmehr rund neun Jahren erfolgreich und ohne jemals in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten geraten zu sein. Gerade in der aktuellen Zeit mit der ausserordentlichen Lage in der Schweiz aufgrund des Corona-Virus floriere ihr Kiosk besonders, da dieser – im Gegensatz zu vielen anderen Betrieben – stets uneingeschränkt habe geöffnet bleiben können. Der Kiosk verfüge über eine grosse Stammkundschaft und sei für viele Anwohner in der Gegend ein wichtiger Ort für alltägliche Einkäufe von Zigaretten, Kaffee und Ähnlichem (act. 2 Rz 6 und Rz 11). Die Konkursöffnung stehe denn auch in keinem Zusammenhang mit der finanziellen Situation der Schuldnerin, sondern sei auf die Verkettung von unglücklichen Umständen gepaart mit einer Portion Nachlässigkeit zurückzuführen. So sei der Ehemann der Schuldnerin, welcher sich um die Bezahlung der Forderung der Gläubigern hätte kümmern sollen, wegen einer Erkrankung seiner Mutter kürzlich nach G. _____ [Land] gereist.

Während er sich noch in G._____ aufgehalten habe, seien die bekannten Reisbeschränkungen wegen der Corona-Pandemie in Kraft getreten, weshalb sich seine Rückkehr in die Schweiz verzögert habe. Sowohl die Schuldnerin als auch ihr Ehemann hätten ob dieser Erschwernisse sowie aufgrund einer administrativen Nachlässigkeit die Schulden nicht mehr vollständig im Blick gehabt (act. 2 Rz 26). Der Kiosk stehe finanziell auf absolut gesunden Beinen. Dies zeige sich daran, dass der Kiosk über Jahre hinweg durchwegs positive Geschäftsergebnisse erzielt habe, was beispielhaft aus dem Geschäftsabschluss des Jahres 2018 (act. 5/2) hervor gehe. Im Jahr 2018 habe mit dem Betrieb des Kioskes ein Reingewinn von Fr. 16'444.95 erzielt werden können, obwohl für den eigentlichen Betreiber des Kioskes und Ehemann der Schuldnerin relativ hohe Lohnkosten von Fr. 77'760.– angefallen seien (act. 2 Rz 12 f.). Dass auch die aktuelle finanzielle Situation durchwegs positiv sei, ergebe sich aus den eingereichten Kassabelegen und Tagesabschlüssen des Monats April 2020, wobei diese Belege nur die Barzahlungen der Kunden, nicht aber auch die nunmehr zufolge der Corona-Krise vermehrt getätigten Kartenzahlungen auswiesen (act. 2 Rz 15 f.). Weitere Einnahmen erziele die Schuldnerin aus ihrer Festanstellung bei der E._____ AG in F._____, wo sie einen durchschnittlichen Nettomonatslohn von Fr. 3'500.– erziele (act. 2 Rz 17 mit Verweis auf act. 5/4). Zudem sei die Schuldnerin zusammen mit ihrem Ehemann Eigentümerin eines Einfamilienhauses an der H._____ - Strasse ... in I._____, aus welchem ein mutmasslich "freies Vermögen" in der Höhe von Fr. 390'000.– resultiere (act. 2 Rz 18). Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin sei damit glaubhaft gemacht und daran vermöchten auch die wenigen bisherigen gegen die Schuldnerin eingeleiteten Betreibungen über relativ geringe Beträge gemäss Betreibungsregisterauszug vom 7. Mai 2020 nichts zu ändern. Die zwei daraus ersichtlichen offenen Betreibungen (nebst der Konkursforderung) werde die Schuldnerin umgehend nach Aufhebung des Konkurses begleichen (act. 2 Rz 20 f. und Rz 23).

3.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Dem aktuellen Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin des Betreibungsamtes Embrachertal vom 7. Mai 2020 (act. 5/5) lässt sich entnehmen, dass gegen die Schuldnerin im

Zeitraum vom 18. November 2015 bis zum 4. März 2020 insgesamt zwölf Betreibungen eingeleitet worden sind (inklusive Konkursforderung [Betreibung Nr. 1]). Von diesen zwölf Betreibungen sind aktuell nur noch zwei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 2'290.25 offen, gegen welche kein Rechtsvorschlag erhoben wurde; alle anderen Betreibungsforderungen sind inzwischen durch Zahlung an das Betreibungsamt oder Hinterlegung (Konkursforderung) erledigt worden (vgl. act. 5/5, S. 2). Nicht getilgte Verlustscheine aus Pfändungen der letzten 20 Jahre oder frühere Konkursöffnungen sind nicht registriert (act. 5/5, S. 3). Zudem wurde mit Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 27. April 2020 erstmals der Konkurs über die seit dem 18. November 2011 im Handelsregister eingetragene Schuldnerin eröffnet (act. 5/5, S. 3).

3.4 Die Schuldnerin gibt hinsichtlich der noch offenen Betreibungsschulden gemäss Betreibungsregisterauszug vom 7. Mai 2020 an, ihr Ehemann habe bereits am 8. Mai 2020 entsprechende Zahlungen an das Betreibungsamt leisten wollen, doch zufolge Konkursöffnung habe das Betreibungsamt kein Geld mehr entgegengenommen (act. 2 Rz 20). Die Forderung der J. _____ in der Höhe von Fr. 190.40 werde sie nach Aufhebung des Konkurses umgehend begleichen. Ebenfalls begleichen werde sie zudem die zweite noch offene Betreibungsforderung der K. _____, ... [Ort], in der Höhe von Fr. 2'099.85. Dabei handle es sich um geltend gemachte Nebenkosten, über deren Höhe Differenzen beständen. Diese Forderung sei demnach nicht mangels Zahlungsfähigkeit bis anhin nicht beglichen worden, sondern wegen Uneinigkeit über die Höhe des geschuldeten Betrages (act. 2 Rz 21).

3.5 Weitere, ihr gegenüber bestehende Schulden hat die Schuldnerin nicht erwähnt. Aus dem Jahresabschluss 2018 ergibt sich jedoch ein Hinweis auf eine weitere Schuld: Per 31. Dezember 2018 bestand gemäss Jahresabschluss des Kioskes C. _____ ein Bankkredit in der Höhe von Fr. 20'157.–. Ebenfalls finden sich in demselben Jahresabschluss unter dem Titel "Betriebsaufwand" der Posten "390 Kredit Rückzahlung", welcher mit Fr. 593.– veranschlagt wurde (vgl. act. 5/2). Ob diese Kreditschuld heute noch besteht, ist unklar, muss jedoch aufgrund der im Jahresabschluss 2018 vermerkten jährlichen Amortisation von

Fr. 593.– angenommen werden. Hinweise auf weitere Schulden der Schuldnerin bestehen nicht. Es gilt somit zu prüfen, ob die Schuldnerin dazu in der Lage scheint, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und die bestehenden Betreibungs- und Kreditschulden in Höhe von mutmasslich insgesamt Fr. 21'854.25 (Kreditschulden von Fr. 19'564.– [Fr. 20'157.– abzüglich mutmassliche Amortisation im Jahr 2019 von Fr. 593.–] und offene Betreibungen über insgesamt Fr. 2'290.25) abzutragen.

3.6 Aus dem Jahresabschluss 2018 des Kioskes C._____ (Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2018) geht hervor, dass im Jahr 2018 dem Erlös aus der Kasse in der Höhe von Fr. 335'633.90 ein Aufwand von 316'807.65 (inkl. Kreditrückzahlungen von Fr. 593.–) gegenüberstand. Unter Berücksichtigung des Eigenverbrauchs (Fr. 2'000.–) resultierte damit ein Reingewinn von Fr. 16'444.95 (act. 5/2). Für die Jahre 2019 und 2020 liegen keine Buchhaltungsunterlagen des Kioskes C._____ im Recht, da sich diese gemäss Angaben der Schuldnerin noch beim externen Buchhalter in Bearbeitung befinden (act. 2 Rz 12); eine Zwischenbilanz wurde nicht eingereicht, eben so wenig wie Bankbelege über Geschäfts- und/oder Privatkonti der Schuldnerin oder Steuererklärungen. Zwar behauptet, aber durch Urkunden gänzlich unbelegt blieb sodann, dass die Schuldnerin zusammen mit ihrem Ehemann (Mit-) Eigentümerin des Einfamilienhauses an der H._____-Strasse ... in G._____ sei und darin ein Vermögen von ca. Fr. 390'000.– gebunden sein soll (vgl. act. 2 Rz 18). Es liegt weder ein Grundbuchauszug, Kaufvertrag oder Hypothekarkreditvertrag im Recht. Damit sind die Vermögensverhältnisse der Schuldnerin unklar. Immerhin ist aber aus den eingereichten Kassabelegen und Tagesabschlüssen des Kioskes C._____ für den Monat April 2020 ersichtlich, dass der Kiosk regelmässig Tagesumsätze von mehreren hundert Franken erwirtschaftet. Im April 2020 belief sich der aus Bareinnahmen bestehende Umsatz des Kioskes auf Fr. 11'758.90 (vgl. Sammelbeilage act. 5/3, Tagesabschlüsse für den Monat April 2020, wobei der Tagesabschluss für den 6. April 2020 fehlt). Gemäss Angaben der Schuldnerin können die Kunden des Kioskes C._____ die Waren auch mit Debit-/Kreditkarte bezahlen. Diese Zahlungen sind bei den Tagesabschlüssen nicht berücksichtigt, weshalb der tatsächliche Umsatz des Kioskes C._____ im Monat April 2020 höher ausgefallen sein dürfte

als in den Kassabelegen und Tagesabschlüssen ausgewiesen. Unerfindlich bleibt jedoch, weshalb die Schuldnerin keinen diesbezüglichen Bank-/Postkontoauszug ins Recht gereicht hat, um diese angeblichen zusätzlichen Zahlungseingänge zu belegen. Nachdem der Personal-, Betriebs- und Verwaltungsaufwand im Jahr 2018 Fr. 147'682.65 betrug, entsprechend rund Fr. 12'307 pro Monat, wären weitere Einnahmen (nebst den Bareinnahmen) für einen gewinnbringenden Betrieb des Kioskes C._____ nötig. Gestützt auf die von der Schuldnerin eingereichten Unterlagen kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob der Kiosk C._____ aktuell gewinnend betrieben wird. Der Umstand, dass der Betriebsregisterauszug der Schuldnerin für den Zeitraum ab dem 18. November 2015 nur zwölf Betreibungen ausweist, wovon derzeit (nebst der Konkursforderung) nur noch zwei im Gesamtbetrag von Fr. 2'290.25 offen sind, spricht jedoch dafür, dass die Schuldnerin bis anhin ihren laufenden geschäftlichen sowie privaten finanziellen Verpflichtungen jeweils rechtzeitig nachkommen konnte. Es erscheint daher glaubhaft, dass der Kiosk C._____ bis anhin rentabel war und zukünftig weiterhin ist.

3.7 Hinzu kommt, dass im Jahresabschluss 2018 Lohnkosten von Fr. 77'760.– veranschlagt sind. Demnach konnte sich der Ehemann der Schuldnerin als Betreiber des Kioskes einen ansehnlichen Lohn von monatlich durchschnittlich netto Fr. 6'480.– auszahlen. Nachdem die Schuldnerin nach eigenen Angaben mit ihrem Ehemann zusammen lebt, ist davon auszugehen, dass ein Teil dieses Einkommens auch ihr zugute kommt bzw. davon auch ein Teil ihrer Lebenshaltungskosten gedeckt wird. Zudem erzielt die Schuldnerin gemäss Lohnabrechnungen der Monate Januar, Februar und März 2020 (act. 5/4) für ihre Tätigkeit bei der E._____ AG in F._____ durchschnittlich ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'500.–. Somit verfügen die Schuldnerin und ihr Ehemann zusammen über ein monatliches Einkommen von Fr. 9'980.– netto, was zur Deckung ihrer beider Lebenshaltungskosten sowie der offenen Betreibungsforderungen im Betrag von Fr. 2'290.25 und allfällige Rückzahlungen von Kreditschulden von jährlich Fr. 593.– ausreichend erscheint.

3.8 Insgesamt bestehen damit keine Anhaltspunkte für ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten der Schuldnerin und ihre Zahlungsfähigkeit erscheint hinreichend glaubhaft.

4. Nachdem der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung durch Urkunden belegt und die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft erscheint, ist die Beschwerde gutzuheissen und der über die Schuldnerin eröffnete Konkurs antragsgemäss aufzuheben.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

2. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich ist anzuweisen, den bei ihr für die Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten) hinterlegten Betrag von Fr. 2'456.55 an die Gläubigerin zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 27. April 2020, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss ver-

rechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'456.55 an die Gläubigerin zu überweisen.
4. Das Konkursamt Embrach wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– (Kostenvorschuss der Gläubigerin an Konkursgericht) und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2,
 - das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
 - das Konkursamt Embrach,
 - die Obergerichtskasse,sowie mit besonderer Anzeige an
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
 - das Betreibungsamt Embrachertal,
 - das Grundbuchamt Embrach,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 R. Schneebeili

versandt am: