

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210214-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 9. Dezember 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **Versicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. November 2021 (EK211699)

Erwägungen:

1.1 Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 18. November 2021 den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 219.55 nebst 5% Zins seit 23. Mai 2021, Fr. 60.– Spesen, Fr. 5.30 Zinsen und Fr. 80.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 8/9). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 2. Dezember 2021 rechtzeitig (act. 8/12) Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2).

1.2 Mit Verfügung vom 3. Dezember 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1–16). 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 einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294, E. 3).

3. Die Schuldnerin hinterlegte innert Beschwerdefrist am 26. November 2021 Fr. 371.95 bei der Obergerichtskasse, wobei dieser Betrag die Forderung der Gläubigerin inklusive Zinsen und Kosten deckt (vgl. act. 5/15; act. 11). Entgegen der Berechnung der Schuldnerin selbst ergibt sich für die Zeit vom 23. Mai 2021 bis am 18. November 2021 ein Verzugszins von Fr. 5.40, womit sich die ausstehende Forderung auf Fr. 370.85 und nicht auf Fr. 371.95 beläuft. Sodann belegt die Schuldnerin mit einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Ries-

bach-Zürich vom 30. November 2021, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 800.– sichergestellt zu haben (act. 5/15). Zudem hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinterlegt (act. 5/18). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese 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 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (statt vieler: OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

4.2 Die Schuldnerin ist als Inhaberin der Einzelunternehmung "C._____ A._____" seit dem tt. mm. 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist "... " angegeben (act. 6). Gründe, weshalb es zum aktuellen

Zahlungsrückstand und zur Konkursöffnung gekommen ist, legt die Schuldnerin nicht dar. Zwar bringt sie an einer Stelle ihrer Beschwerde vor, die Aufträge seien seit dem Corona-Ausbruch und dem Lockdown massiv zurückgegangen (vgl. act. 2 Rz. 7). Ob dies aber der Grund für den aktuellen Zahlungsausstand ist, lässt sie offen.

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug der letzten fünf Jahre. Die Schuldnerin reicht einen Betreibungsregisterauszug vom 22. November 2021 ein (act. 5/14). Der Auszug weist keine Verlustscheine aus. Es finden sich lediglich zwei Betreibungen, welche vom Mai und September dieses Jahres stammen. Eine der Forderungen wurde bezahlt. Die zweite Forderung ist diejenige, für welche die vorliegende Konkursöffnung erfolgte und der Betrag bei der Obergerichtskasse hinterlegt ist (Betreibung Nr. ...). Entsprechend ergeben sich aus dem Betreibungsregisterauszug keine offenen Betreibungen gegen die Schuldnerin.

4.4.1 Zu berücksichtigen sind aber nicht nur allfällige offene Betreibungen, sondern die allgemeine finanzielle Situation der Schuldnerin.

Die Schuldnerin deklariert Schulden bzw. Kreditoren per 1. Dezember 2021 im Umfang von Fr. 2'815.40 (u.a. Mietzins für das Fotostudio, vgl. act. 5/13).

Zu ihren monatlichen Ausgaben führt die Schuldnerin aus, sich den Mietzins ihrer 5.5-Zimmerwohnung von Fr. 3'000.– mit einem Untermieter hälftig zu teilen (act. 2 Rz. 6). Als Beleg reicht sie den Mietvertrag vom 22. bzw. 23. Juni 1999 ein. Entgegen der Darstellung der Schuldnerin ergibt sich aus diesem aber kein Mietzins von Fr. 3'000.–, sondern vielmehr ein solcher von Fr. 5'000.– (act. 5/8). Dass zudem die Hälfte von diesen Ausgaben von einem Untermieter getragen wird, belegt die Schuldnerin nicht. Da die Schuldnerin den angeblichen Untermieter aber zum einen namentlich zu benennen vermag, und sich zum andern insgesamt kein allzu schlechtes finanzielles Bild der Schuldnerin zeichnet (vgl. auch noch nachfolgend), ist im Sinne einer wohlwollenden Beurteilung zugunsten der Schuldnerin von der Korrektheit dieser Behauptung auszugehen. Neben dem Mietzins für die

Wohnung fallen der Schuldnerin sodann monatlich Fr. 2'500.– für die Miete ihrer Geschäftsräumlichkeiten an. Zwar findet sich auch diesbezüglich kein Beleg; die Schuldnerin deklarierte diesen Betrag aber gegenüber dem Konkursamt Riesbach-Zürich an der Einvernahme am 18. November 2021, anlässlich derer sie auf die sie im Konkursverfahren treffenden Pflichten und die möglichen Straffolgen hingewiesen worden war (act. 2 Rz. 7; act. 5/6, insb. Ziff. 19.1). Auf die dort gemachten Angaben ist daher abzustellen. Damit ergeben sich monatliche Ausgaben der Schuldnerin alleine für Miete von Fr. 5'000.–. Zu weiteren, zweifellos anfallenden monatlichen Ausgaben – seien diese für sie persönlich oder für ihr Geschäft – äussert sich die Schuldnerin nicht. Immerhin deklariert sie, keine Angestellten und damit keine Lohnkosten zu haben (act. 2 Rz. 4; act. 5/6 Ziff. 12). Dennoch bleibt es ohne weitere Angaben nicht möglich, sich ein umfassendes Bild über die finanzielle Situation der Schuldnerin zu machen.

Bezüglich ihres Einkommens reicht die Schuldnerin eine Steuererklärung aus dem Jahr 2019 ein. Aus dieser ergeben sich Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 38'104.– (act. 5/7). Wie die Schuldnerin trotz dieses Einkommens in der Lage war, alleine die jährlichen Mietzinse von Fr. 60'000.– (12*[Fr. 2'500.– + Fr. 2'500.–]) zu begleichen, bzw. ob von diesem "Reingewinn" (vgl. act. 5/7 S. 8) der eine oder beide Mietzinse bereits abgezogen wurden, lässt sie offen. Dies wirft Fragen auf. Indes bleibt aber festzuhalten, dass die Schuldnerin gemäss Betreibungsregistrauszug nie für Mietzinszahlungen betrieben worden war, mithin offenbar in der Vergangenheit in der Lage war, diesen Verpflichtungen nachzukommen. Auch hinsichtlich weiterer laufender Ausgaben wurde die Schuldnerin – abgesehen von den zwei im Betreibungsregistrauszug aufgeführten Betreibungen – bisher nicht betrieben. Daraus ergibt sich, dass die Schuldnerin in der Vergangenheit in der Lage war, aus ihrem Einkommen ihren laufenden Verpflichtungen innert nützlicher Frist nachzukommen.

Im aktuellen Jahr ergibt sich zum Einkommen der Schuldnerin, dass sie gemäss den von ihr eingereichten Bankunterlagen für die Zeit von Februar 2021 bis 12. November 2021 regelmässig Einkünfte erzielte (act. 5/9). Dies zeigt, dass die Auftragslage der Schuldnerin stets intakt war bzw. ist. Selbiges ergibt sich auch

aus der von ihr eingereichten Debitorenliste. Gemäss dieser Liste stehen der Schuldnerin offene Debitoren von Fr. 15'100.– zu. Zu zwei dieser Debitoren reicht die Schuldnerin auch die entsprechenden Rechnungen ein (act. 5/11+12: Rechnungen von Fr. 5'600.– bzw. Fr. 2'500.–), womit sie zumindest auch in diesem Umfang (Fr. 8'100.–) ohne weiteres glaubhaft sind. Zudem ist aufgrund des Alters der Schuldnerin (geb. tt. Januar 1956) glaubhaft, dass sie – wie von ihr behauptet – zusätzlich zu ihren Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit eine AHV-Rente bezieht. Zwar ist zur Höhe dieser Rente nichts belegt. Die geltend gemachten Fr. 1'700.– erscheinen aber zumindest als plausibel (vgl. act. 2 Rz. 8). Festzuhalten ist zudem auch hier, dass das Konto der Schuldnerin bei der Zürcher Kantonalbank zwar nie erheblichen positiven Saldo, aber auch nie einen negativen Saldo aufwies (act. 5/9). Dies passt zum bereits gezeichneten Bild, wonach die Schuldnerin in der Vergangenheit in der Lage war bzw. ist, ihre laufenden Ausgaben mit den laufenden Einnahmen zu decken.

Über nennenswerte Vermögenswerte verfügt die Schuldnerin gemäss eigenen Angaben nicht (act. 2 Rz. 5). Ihr Bankkonto bei der Zürcher Kantonalbank wies per 29. Oktober 2021 insbesondere nur einen knapp positiven Saldo auf, wobei die Schuldnerin am 12. November 2021 nochmals eine Gutschrift von Fr. 2'436.25 erhalten hat (act. 5/9). Wie hoch der Saldo danach war, ist nicht bekannt, weshalb im Vermögen der Schuldnerin keine flüssigen Mittel zu berücksichtigen sind.

4.4.2 Damit ergibt sich, dass die Schuldnerin keine offenen Betreibungen mehr aufweist. Die von ihr deklarierten Kreditoren von Fr. 2'815.40 stehen zudem Debitoren von mindestens Fr. 8'100.– gegenüber. Über flüssige Mittel, welche zur Zahlung von dringlichsten Verpflichtungen unmittelbar zur Verfügung stehen, verfügt die Schuldnerin wie gezeigt nicht. Indes ist davon auszugehen, dass die Debitoren innert nützlicher Frist ihre Rechnungen bezahlen werden. Dies auch, da es sich um bekannte bzw. namhafte Schuldner handelt (act. 5/11: D. _____ AG; act. 5/12: E. _____), von deren Solvenz auszugehen ist. Es ist somit anzunehmen, dass die Schuldnerin damit ihre dringendsten und unmittelbar fälligen Forderungen zeitnah und die noch nicht fälligen Forderungen mittelfristig wird begleichen

können. Dass zudem die Auftragslage der Schuldnerin als intakt angesehen werden kann, zeigen die von ihr eingereichten Unterlagen zu den Debitoren und ihrem Einkommen, und es ist zumindest im Sinne einer wohlwollenden Prüfung einstweilen davon auszugehen, dass dies weiterhin so sein wird. Im Übrigen war die Schuldnerin wie gezeigt in den letzten Jahren offenbar in der Lage, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen, was die geringe Anzahl bisher erfolgter Betreibungen zeigt. Die wenigen Betreibungen lassen zudem nicht auf eine grundsätzlich schlechte Zahlungsmoral der Schuldnerin schliessen. Die zwei erfolgten Betreibungen sind allenfalls auch bloss Folge einer Nachlässigkeit, wobei die nun erfolgte Konkursöffnung im Hinblick darauf zweifellos eine Warnwirkung an die Schuldnerin gehabt haben dürfte. Es bleibt zu hoffen, dass sie Forderungen in Zukunft nicht mehr bis zum Stadium der Betreibung kommen lässt.

4.5 Gesamthaft ist die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin damit glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

5. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den für die Forderung der Gläubigerin (Betreibung Nr. ...) hinterlegten Betrag von Fr. 371.95 in der Höhe von Fr. 370.85 der Gläubigerin und den verbleibenden Betrag der Schuldnerin auszubezahlen.

6. 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 Zürich vom 18. November 2021 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderungen der Gläubigerin hinterlegten Betrag Fr. 370.85 der Gläubigerin und den Rest der Schuldnerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) 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 Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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 M. Schnarwiler

versandt am:
9. Dezember 2021