

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170257-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 5. Dezember 2017

in Sachen

A._____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.____ und / oder Rechtsanwältin MLaw
X2.____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Diels-
dorf vom 7. November 2017 (EK170371)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf (fortan Vorinstanz) vom 7. November 2017, 10.00 Uhr, wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/7 = act. 3 = act. 7 S. 2):

CHF	9'599.45	nebst Zins zu 5 % seit 01.08.2015
CHF	3'801.00	Rechtsöffnungskosten
CHF	186.60	Betriebskosten

1.2. Mit Beschwerde vom 20. November 2017 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/9/2). Mit Verfügung vom 21. November 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 5/15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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 (Art. 321 ZPO). 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 belegt, am 20. November 2017 Fr. 15'446.90 bei der Obergerichtskasse einbezahlt zu haben (act. 5/15). Damit ist die Hinterlegung der Konkursforderung samt Zinsen, Rechtsöffnungs- sowie Betreuungskosten und die gleichzeitige Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren nachgewiesen. Im Weiteren hat die Schuldnerin mit Zahlung vom selben Datum beim Konkursamt Höngg-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 5'000.00 sichergestellt (act. 5/14). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre 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, 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 der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. 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 (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).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Regensdorf vom 14. November 2017 weist – ohne die hinterlegte Konkursforde-

rung – insgesamt sechs zwischen dem 4. April 2014 und dem 21. Juni 2017 eingeleitete Betreibungen aus (act. 5/4). Davon trägt eine Betreibung den Vermerk "Erlöschen". In den restlichen fünf Betreibungen über eine Forderungssumme von insgesamt Fr. 5'577.35 wurde Rechtsvorschlag erhoben.

2.3.3. Die Schuldnerin ist Inhaberin des seit dem 17. Mai 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____, Inh. A._____". Das Unternehmen bezweckt die Verpackung von kosmetischen Produkten (act. 6). Die Schuldnerin macht geltend, nicht zahlungsunfähig zu sein. Die Forderung der Gläubigerin habe sie nicht beglichen, weil sie dezidiert der Ansicht sei, dass der eingeforderte Betrag nicht geschuldet sei (act. 2 S. 3). Die Schuldnerin führt aus, sie könne die noch offenen Gläubigerforderungen gemäss Betreibungsregisterauszug aufgrund ihrer Einnahmen befriedigen. Sie verfüge über ein rentables Unternehmen, die D._____ GmbH (act. 2 S. 6 f.). Von der D._____ GmbH erhalte sie ein monatliches Salär von Fr. 5'000.00. Ihre monatlichen Fixausgaben würden sich grösstenteils aus den monatlichen Mietkosten von Fr. 1'000.00, den Haushaltskosten von knapp Fr. 1'000.00 sowie den Krankenkassenprämien über Fr. 648.00 pro Quartal zusammensetzen. Der aktuellen Debitorenliste der D._____ GmbH zufolge würden Ende November 2017 überdies Forderungen in der Höhe von Fr. 10'048.00 fällig (act. 2 S. 4 f.).

2.3.4. Die Schuldnerin macht keinerlei Angaben zu den Einnahmen und Ausgaben bzw. zum Geschäftsgang der Einzelunternehmung, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Die Äusserungen der Schuldnerin beziehen sich hauptsächlich auf die D._____ GmbH. Dem Handelsregisterauszug der D._____ GmbH ist zu entnehmen, dass die Schuldnerin deren einzige Geschäftsführerin und Gesellschafterin ist. Die Stammanteile werden vollständig von der Schuldnerin gehalten (act. 5/5). Im zweiten Halbjahr 2016 hat die D._____ GmbH gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung einen Gesamtumsatz von Fr. 192'149.00 und im ersten Halbjahr 2017 einen solchen von Fr. 134'427.00 deklariert (act. 5/6-7). Der vorgelegte Zwischenabschluss der D._____ GmbH für den Zeitraum Januar bis Oktober 2017 weist ein Jahresergebnis von Fr. 11'937.00 aus. In der Zwischenbilanz sind insbesondere flüssige Mittel von Fr. 18'937.00 aufgeführt und den Akti-

ven von Fr. 93'937.00 steht ein Fremdkapital von Fr. 62'000.00 gegenüber (act. 5/8-9). Mit Einreichung mehrerer Behandlungs-Verträge weist die Schuldnerin des Weiteren nach, dass der D._____ GmbH bis Ende November 2017 noch Fr. 13'648.00 zufließen sollten (act. 5/10). Die Behauptung der Schuldnerin, sie verfüge mit der D._____ GmbH über ein rentables Unternehmen, erscheint angesichts der eingereichten Belege daher als glaubhaft. Der von der D._____ GmbH bezogene Bruttolohn der Schuldnerin über monatlich Fr. 5'000.00 (act. 5/12) müsste ihr sodann die Deckung der grundlegenden Lebenshaltungskosten erlauben. Schliesslich weist das Firmenkonto der D._____ GmbH per 15. November 2017 ein Guthaben von Fr. 27'140.56 aus und das Privatkonto der Schuldnerin per 17. November 2017 ein solches von Fr. 17'218.94 (act. 5/11a-11b). Mit diesen liquiden Mittel ist es der Schuldnerin ohne Weiteres möglich, die noch offenen Beteiligungen über rund Fr. 5'600.00 zu begleichen.

2.3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin in den letzten fünf Jahren siebenmal, über eher geringere Beträge, betrieben wurde. Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/4). Ein Schluss auf ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten der Schuldnerin kann aus dem Betreibungsregisterauszug nicht gezogen werden. Das durch den Betreibungsregisterauszug gezeichnete Bild lässt vielmehr vermuten, dass die Schuldnerin gewisse Forderungen (schlicht) nicht bezahlte und es zu Beteiligungen kam, weil sie – zutreffend oder nicht – der Meinung war, die Forderungen seien nicht geschuldet. Zwar ist nichts über die Rentabilität bzw. die Liquidität der Einzelunternehmung bekannt, jedoch ist aufgrund der eingereichten Belege davon auszugehen, dass die Schuldnerin ihre bestehenden Schulden in naher Zukunft wird abtragen und sie künftig ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen wird befriedigen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG anzusehen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn

die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.).

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit, ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin darstellte und die Zahlungsfähigkeit ohne Darlegungen zum Geschäftsgang (auch) der Einzelunternehmung nicht als glaubhaft gemacht angesehen werden könnte.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 7. November 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 6'600.00 (Fr. 5'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 14'677.20 an die Gläubigerin auszubezahlen und – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – in der Höhe von Fr. 19.70 an die Schuldnerin zurückzuerstatten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Regensdorf, 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
5. Dezember 2017