

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180086-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. D. Tolic Hamming

## Urteil vom 15. Juni 2018

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1.\_\_\_\_\_ AG [Inkassodienst]

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-  
gerichtes Winterthur vom 3. Mai 2018 (EK180170)

### **Erwägungen:**

1.1 Das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 3. Mai 2018 für eine Forderung der B.\_\_\_\_\_ AG (fortan Gläubigerin) in Höhe von Fr. 830.45 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Wülflingen) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) den Konkurs (act. 8/5 = act. 7).

1.2 Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde vom 24. Mai 2018 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 8/6). Ihrem prozessualen Antrag wurde mit Präsidialverfügung vom 25. Mai 2018 entsprochen und der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die in Betreuung gesetzte Forderung inkl. Spesen und Betreuungskosten (vgl. act. 2/2) wurde gemäss der eingereichten Kopie des Empfangscheins der Annahmestelle Glattzentrum b. Wallisellen über die Einzahlung von Fr. 830.45 zugunsten der Gläubigerin am 16. Mai 2018 und somit nach der Konkursöffnung beglichen (act. 5/16). Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur bestä-

tigte mit Schreiben vom 8. Mai 2018 die Sicherstellung der Konkurskosten seitens der Schuldnerin durch Zahlung von Fr. 800.–, welcher Betrag ausreiche, um die Kosten des Konkursverfahrens sowie die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu decken (act. 5/21). Den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.– überwies die Schuldnerin zuhanden der Obergerichtskasse am 15. Mai 2018 (act. 5/22).

Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung ist somit ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 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, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Die Schuldnerin machte in der Beschwerdeschrift zusammengefasst geltend, sie habe die Konkursforderung bereits vor der Konkurseröffnung beglichen, allerdings nicht mitsamt sämtlicher Kosten, und sei irrtümlicherweise davon ausgegangen, das Verfahren sei zufolge Zahlung erledigt. Am 16. Mai 2018 sei die Forderungssumme dann nochmals und zwar inkl. aller Kosten bezahlt worden, weshalb nun ein Guthaben gegenüber der Gläubigerin bestehe (act. 2 S. 7; act. 5/17-18).

Sie sei Inhaberin der Einzelfirma "C.\_\_\_\_\_", deren Zweck der Betrieb eines Coiffeursalons inkl. Handel von Coiffeurprodukten, Parfümerie- und Kosmetikartikeln sowie mit Waren aller Art sei. Sie betreibe zwei Filialen, eine in Zürich, in welcher eine Lehrtochter und ein Mitarbeiter beschäftigt seien, sowie eine kleinere in Flawil. Mit den auf den Umsatzbelegen 2017 ersichtlichen weiteren Mitarbeitern sei das Arbeitsverhältnis entweder beendet worden oder sie seien nur befristet angestellt gewesen. Sie, die Schuldnerin, sei seit über 24 Jahren in der Branche tätig und seit über 15 Jahren selbständig erwerbend. Sie führe die beiden Coiffeur-Filialen erfolgreich und generiere einen ansehnlichen Umsatz. Es seien sämtliche im Betreibungsregister eingetragenen Forderungen beglichen worden. Überdies verfüge sie über einige Ersparnisse. Damit könne sie alle laufenden Kosten begleichen. Ihre Zahlungsfähigkeit sei somit belegt (act. 2 S. 4 und 9).

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Betreibungsamtes Winterthur-Wülflingen vom 9. Mai 2018, welches den Zeitraum Dezember 2013 bis April 2018 umfasst, wurden (mit der vorliegenden Konkursforderung) 8 Betreibungen im Gesamtbetrag von ca. Fr. 9'300.– eingeleitet (act. 5/15). Forderungen aus vier Betreibungen wurden durch Zahlung an die Gläubiger bzw. das Betreibungsamt (Betreibungs-Nrn. ..., ..., ... und ...) beglichen. Die Schuldnerin konnte sodann mit Urkunden belegen, dass neben der Konkursforderung eine weitere Forderung der Gläubigerin in Höhe von Fr. 370.35 (Betreibungs-Nr. ...) sowie die Forderung der D.\_\_\_\_ AG in Höhe von Fr. 3'409.60 (Betreibungs-Nr. ...) in der Zwischenzeit beglichen wurden (act. 5/16 und act. 5/19).

Zur einzigen unbezahlt verbleibenden Betreibungsforderung der E.\_\_\_\_ AG, Zürich, in Höhe von Fr. 923.45 führte die Schuldnerin aus, die E.\_\_\_\_ AG sei gemäss Auszug aus dem SHAB im Jahre 2016 infolge Übernahme durch die D.\_\_\_\_ AG gelöscht worden. Letztere habe ihr telefonisch bestätigt, dass keine Forderungen mehr offen seien (act. 2 S. 7). Wenn auch die Schuldnerin diese Behauptung nicht belegt hat und die Aktiven und Passiven der E.\_\_\_\_ AG infolge Fusion auf die D.\_\_\_\_ AG übergegangen sind (act. 5/20), kann die vorer-

wähnte Forderung aufgrund des Umstandes, dass sie ursprünglich im Jahre 2015 in Betreuung gesetzt und seit der Fusion im Folgejahr von der D. \_\_\_\_\_ AG nicht geltend gemacht wurde, unberücksichtigt gelassen werden.

Nach dem Gesagten bestehen keine zu berücksichtigenden Betreibungsforderungen.

4.4 Zur Einzelfirma reichte die Schuldnerin Umsatzbelege der Jahre 2017 und 2018 (act. 5/7-8), einen Lehr- und Arbeitsvertrag der Mitarbeiter (act. 5/5-6), zwei Mietverträge (act. 5/10-11) sowie einen Auszug des Unternehmenskontokorrent bei der UBS für den Zeitraum November 2017 bis Mai 2018 (act. 5/12) ein. Gemäss der "Personal-Statistik", welche die jeweiligen Umsätze pro Person enthält, hat der Umsatz des Einzelunternehmens für das Jahr 2017 Fr. 106'409.45 (Filiale Zürich) und Fr. 21'683.25 (Filiale Flawil) und für die ersten viereinhalb Monate des aktuellen Jahres Fr. 35'293.15 (Filiale Zürich) und Fr. 6'335.15 (Filiale Flawil) betragen (act. 5/7-8). Hinsichtlich der Aufwendungen erwähnte die Schuldnerin einzig, dass die monatlichen Mietkosten für die beiden Filialen Fr. 2'261.– brutto und Fr. 880.– brutto betragen (act. 2 S. 5). Zu den Lohnkosten äusserte sie sich mit keinem Wort. Während die Lehrtochter gemäss eingereichtem Lehrvertrag offenbar von der IV entschädigt wird (act. 5/5), erhält der weitere Mitarbeiter, F. \_\_\_\_\_, laut Arbeitsvertrag bei einem Pensum von "max. 20%" einen monatlichen Umsatzlohn (Umsatz und Umsatzbeteiligung an Verkaufsprodukten) in Höhe von 50% des Umsatzes nach Abzug der Mehrwertsteuer (act. 5/6 S. 3). Bei dem von ihm im Jahre 2017 erzielten Umsatz von total Fr. 13'158.15 und im laufenden Jahr bis Mitte Mai 2018 von Fr. 3'710.35 (vgl. act. 5/7-8), müsste der auf ihn entfallende durchschnittliche monatliche Lohnaufwand ca. Fr. 800.– bis Fr. 1'000.– betragen. Über weitere, in einem Coiffeurbetrieb zweifelsohne vorhandene Aufwendungen (z.B. für Haarprodukte und Kosmetik, übriger Betriebsaufwand etc.), ist nichts bekannt.

Auch über die Höhe ihrer monatlichen Lebenshaltungskosten äusserte sich die Schuldnerin nicht. Sie erwähnte einzig, dass der Mietzins ihrer Wohnung Fr. 1'380.– betrage, wobei ihr Mitbewohner monatlich Fr. 500.– beisteure (act. 2/5). Letzteres blieb unbelegt. Überdies ist die Schuldnerin laut Mietvertrag

einzigste Mieterin (act. 5/9). Auch zu dem von ihr bezogenen Lohn machte die Schuldnerin keine Angaben. Ihrem Privatkonto (act. 5/13) lassen sich für den Zeitraum November 2017 bis Mai 2018 unterschiedlich hohe Salärgutschriften entnehmen: 2. und 7. Mai 2018: Fr. 260.25 und Fr. 4'201.10 / 24. April 2018: Fr. 743.80 / 5. und 13. März 2018: Fr. 1'241.05, Fr. 558.80 und Fr. 1'013.60 / 9. und 23. Februar 2018: Fr. 465.– und Fr. 558.85 / 6., 7. und 8. Dezember 2017: Fr. 3'044.35, Fr. 751.60 und Fr. 9'452.50 / 15. und 28. November 2017: Fr. 1'029.10, Fr. 465.– und Fr. 967.–.

Gemäss den Kontoauszügen der UBS weist das auf die Einzelfirma lautende Konto per 15. Mai 2018 ein Guthaben von total Fr. 9'158.60 (act. 5/12) und das auf die Schuldnerin lautende Privatkonto per 14. Mai 2018 ein solches von Fr. 1'683.54 auf (act. 5/13). Die Schuldnerin machte geltend, über ein weiteres Konto bei der PostFinance zu verfügen, wobei sie nicht rechtzeitig bzw. vor der Sperrung der Konti infolge der Konkursöffnung einen aktuellen Auszug habe erhältlich machen können (act. 2 S. 5). Dass von ihr auf jenem Konto geltend gemachte Guthaben von Fr. 2'000.– blieb unbelegt und ist somit nicht zu berücksichtigen. Sodann ist davon auszugehen, dass es sich beim Betrag von Fr. 20'003.– auf dem UBS Mieterkautionssparkonto (act. 5/14) um nicht frei verfügbare Mittel handelt. Über allenfalls bestehende kurzfristige und langfristige Kreditoren (z.B. offene Rechnungen aus Lieferungen und Bankdarlehen) ist nichts bekannt.

4.5 Die Beurteilung der wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin ist schwierig, weil entsprechende Dokumente nicht vollständig vorliegen. Weder Steuerelemente noch Jahresrechnungen oder eine Zwischenbilanz wurden eingereicht. Der von der Schuldnerin erwähnte "ansehnliche Umsatz" (act. 2 S. 9) allein sagt jedenfalls noch nichts über den Erfolg des Unternehmens aus.

Zugunsten der Schuldnerin fällt ins Gewicht, dass sämtliche Betriebsforderungen beglichen wurden. Ausgehend von einem monatlichen Umsatz von durchschnittlich ca. Fr. 10'600.– im Jahr 2017 bzw. von ca. Fr. 9'200.– im laufenden Jahr und unter Berücksichtigung der tiefen Personalkosten von ca.

Fr. 1'000.– für einen Mitarbeiter sowie der Mietkosten für drei Objekte von total ca. Fr. 4'520.– besteht trotz fehlender detaillierter buchhalterischer Angaben Anlass zur Annahme, dass die Schuldnerin mit dem Restbetrag und den vorhandenen flüssigen Mitteln von knapp Fr. 11'000.– den Betrieb des seit 2003 bestehenden Einzelunternehmens (act. 5/2) aufrecht zu erhalten und ihre laufenden persönlichen Verpflichtungen zu decken vermag. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit knapp wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit. Demzufolge erweist sich die Beschwerde – obschon es sich angesichts der eingereichten Unterlagen um einen Grenzfall handelt – als begründet und ist der über die Schuldnerin am 3. Mai 2018 eröffnete Konkurs aufzuheben. Hinzuweisen bleibt, dass bei einem erneuten Konkurs innerhalb von ein bis zwei Jahren und einer erneut vergleichbar mageren Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse kaum mehr eine günstige Prognose gestellt werden könnte.

5. Durch die verspätete (vollständige) Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

6. Die Schuldnerin machte geltend, der Gläubigerin den von dieser im erstinstanzlichen Verfahren geleisteten Barvorschuss in Höhe von Fr. 1'800.– erstattet zu haben, was bei der gerichtlichen Kostenverteilung zu berücksichtigen sei (act. 2 S. 10). Eine entsprechende Zahlung an die Gläubigerin ist mit der eingereichten Aufstellung der Kosten und Zahlungen (act. 5/17) weder belegt, noch ergibt sich aus dem Dokument, wer dieses erstellt hat. Überdies erfolgte die Zahlung der eigentlichen Konkursforderung am 16. Mai 2018 (act. 5/16) und nicht wie etwa auf dem Dokument aufgeführt am 9. Mai 2018. Allfällige die Konkursforderung übersteigende Zahlungen der Schuldnerin hat diese direkt mit der Gläubigerin zu klären. Diese sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Der von

der Gläubigerin geleistete Barvorschuss von Fr. 1'800.– (vgl. act. 7) ist daher vom Konkursamt Wülflingen-Winterthur wie üblich der Gläubigerin auszuzahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. Mai 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
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. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur 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 Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Wülflingen, je gegen Empfangsschein.
5. 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. D. Tolic Hamming

versandt am:  
15. Juni 2018