

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120064-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 24. April 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Horgen vom 21. März 2012 (EK120075)

Erwägungen:

1. Am tt. März 2012 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 5/8). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses, und stellt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Letztere wurde ihr mit Verfügung der Kammer vom 2. April 2012 einstweilen verweigert, da die Schuldnerin die Konkursforderung weder getilgt resp. hinterlegt hatte noch ein Verzicht der Gläubigerin vorlag (act. 8). Am 4. April 2012 überbrachte die Schuldnerin der Kammer eine Quittung der Obergerichtskasse über einen gleichentags von ihr einbezahlten Betrag von Fr. 2'899.95 (act. 11; act. 14 u. 15). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung inkl. Zins von Fr. 1'049.95 sowie die weiteren Kosten (vorinstanzliche Spruchgebühr Fr. 300.–; Kosten des Konkursamtes Fr. 800.–; Barvorschuss für die Spruchgebühr der Beschwerdeinstanz Fr. 750.–). Daraufhin wurde der Beschwerde mit Verfügung der Kammer vom 4. April 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12). Mit Eingabe vom 7. April 2012 – noch innerhalb der Beschwerdefrist – legte die Schuldnerin weitere Unterlagen ins Recht und ergänzte ihre Beschwerdeschrift vom 30. März 2012 (act. 16 u. 17/1-11).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Die Schuldnerin erwähnt in ihrer als Beilage eingereichten Beschwerdeschrift an das Sozialversicherungsgericht das letztmalige Konkursverfahren am Obergericht (act. 17/10). Die Akten mit der Geschäfts-Nr. PS110198 wurden beigezogen (act. 18). Das Verfahren 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3.1 Mit der vorhin erwähnten Quittung (act. 11) wies die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung ausreichend nach (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

3.2. Neben dem Konkurshinderungsgrund hat der Schuldner auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Es müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch bestehende Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.3 Die Schuldnerin bestreitet in ihrer Beschwerde und der Beschwerdeergänzung den Bestand der Konkursforderung (act. 1 u. 16). Weiter gibt sie an, sie habe in der Zwischenzeit wieder einige offene Rechnungen begleichen können. Da ihr Geschäft jedoch geschlossen worden sei, würden die Einnahmen fehlen. Ohne das Geschäft bleibe ihr nur der Gang zum Sozialamt und ein privater Konkurs. Das wolle sie nicht, aber so bleibe ihr keine andere Wahl. Der Konkurs sei einzig auf die falschen bzw. nicht richtig von der ehemaligen Treuhänderin C._____ erstellten Unterlagen gegenüber der Steuerbehörde zurückzuführen (act. 1 u. 16). Ob die von der B._____ in Beteiligung gesetzte Forderung von Fr. 906.40 (vgl. act. 17/3) zu Recht besteht oder nicht, wird im vorliegenden Verfahren nicht geprüft. Daher ist auf diese Ausführungen nicht näher einzugehen.

3.4.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Beteiligungsamtes D._____ vom 5. April 2012 wurden im Zeitraum vom 10. März 2011 bis 8. März 2012 gegen die Schuldnerin fünfzehn Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 14'377.27 angehoben (act. 17/3). Davon sind vier Beteiligungen (Nr. ...; Nr. ...; Nr. ...; Nr. ...) im Totalbetrag von

Fr. 3'394.47 als durch Zahlung an das Betreibungsamt bzw. an den Gläubiger als erledigt vermerkt. Wie bereits dargelegt, wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung inkl. Zins und Kosten im Betrag von Fr. 1'049.95 hinterlegt (Betreibung Nr. ...). Damit sind gegenwärtig noch zehn Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 10'076.40 offen. Davon sind vier Betreibungen durch Rechtsvorschlag gehemmt. Für die Beurteilung der unmittelbar zu bedienenden Verpflichtungen sind diese Forderungen im Betrag von total Fr. 2'999.80 vorderhand nicht zu berücksichtigen. Für die Forderung von Fr. 873.30 in der Betreibung Nr. ... wurde das Fortsetzungsbegehren gestellt und fünf Betreibungen (total Fr. 6'203.30) sind im Stadium der Konkursandrohung. Damit verbleiben unmittelbar zu begleichende Forderungen von insgesamt Fr. 7'076.60.

3.4.2 Zu den noch offenen Betreibungen macht die Schuldnerin Folgendes geltend: Gegen die Betreibungen mit den Nummern ..., ..., ... und ... habe sie Beschwerde beim Sozialversicherungsgericht in Winterthur eingereicht, da es sich hier nachweislich um falsche Angaben der Krankenkassen E._____ und F._____ handle. Alle erforderlichen Unterlagen seien zwecks Abklärung dort eingereicht (vgl. act. 17/10). Bei der Betreibung Nr. ... der G._____ AG liege ein Fehler ihres früheren Arbeitgebers vor. Dieser habe die Quellensteuer falsch berechnet. Die Forderung in der Betreibung Nr. ... sei gemäss dem Direktausdruck von E-Finance vom 6. April 2012 am 5. Dezember 2011 bezahlt worden (act. 17/6). Bei der Betreibung Nr. ... der H._____ handle es sich um einen Irrtum dieser Gesellschaft. Diese Betreibung sollte schon lange zurückgezogen worden sein, da es sie überhaupt nicht betreffe. Bei der Betreibung Nr. ... handle es sich um eine solche ihrer früheren Treuhänderin, welche die falschen Angaben gegenüber der SVA Zürich, der B._____ und der Eidgenössischen Steuerverwaltung in Bern gemacht habe. Auf diese, nämlich C._____, werde sie noch wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht Regress nehmen. Die Forderung in der Betreibung Nr. ... der Eidgenössischen Steuerverwaltung basiere auf falschen Angaben der früheren Treuhänderin und werde neu berechnet. Gemäss Auskunft von Herrn I._____ von der Steuerbehörde sei auch hier mit einer Rückerstattung zu rechnen. Die Forderung in der Betreibung Nr. ... hätte bereits getilgt sein können, wenn das Geschäft als

ihre einzige Einkommensquelle durch das Gericht nicht geschlossen worden wäre (act. 3/3; act. 16; act. 17/3).

Der materielle Bestand der noch offenen Betreibungen wird in diesem Verfahren nicht geprüft. Vorliegend geht es einzig um die Frage, ob glaubhaft ist, dass die Schuldnerin in der Lage sein wird, die unmittelbar zu bedienenden Forderungen in absehbarer Zeit zu begleichen. Die Forderung von Fr. 1'483.50 in der Betreibung Nr. ... ist mit Einzahlung vom 5. Dezember 2011 getilgt worden (vgl. act. 17/6). Mangels weitere Belege über Abzahlungs- bzw. Stundungsvereinbarungen oder über Betreibungsrückzüge sind vorderhand Betreibungsforderungen im Umfang von Fr. 5'593.10 zu berücksichtigen.

3.5 Die Schuldnerin reichte eine Bilanz sowie eine Erfolgsrechnung zu den Akten (act. 17/1 u. 2). Obwohl die Abschlüsse gemäss Überschrift für den Zeitraum 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2012 gelten sollten, ist davon auszugehen, dass es sich dabei um Zwischenabschlüsse per 27. März 2012 handelt. Aus der Bilanz geht hervor, dass auf der Aktivseite Fr. 3'584.10 und auf der Passivseite Fr. 1'172.95 bestehen, was einen Reingewinn von Fr. 2'411.15 ergibt (vgl. act. 17/1). Den Zwischenabschlüssen lassen sich allerdings keine aussagekräftige Zahlen entnehmen, da sie äusserst lückenhaft geführt erscheinen. So sind in der Erfolgsrechnung beispielsweise keine Personalaufwände verbucht, obwohl solcher bei der Beschwerdeführerin als Einzelunternehmerin anfallen muss. Es lässt sich daraus einzig entnehmen, dass während der ersten drei Monate im Jahr 2012 ein Betriebsertrag von Fr. 16'160.19 erwirtschaftet wurde. Diesem Ertrag stehen Aufwände von insgesamt Fr. 13'749.04 gegenüber. Das ergibt einen monatlichen Reingewinn von bislang rund Fr. 800.– (Fr. 2'411.15 / 3).

Nach Darstellung der Schuldnerin beläuft sich ihr monatliches Einkommen auf insgesamt ca. Fr. 8'400.– (Fr. 2'000.– Überschuss aus selbständiger Erwerbstätigkeit; Fr. 5'900.– Einkommen Ehemann; Fr. 500.– Mietanteil Tochter). Davon verbleibe nach Abzug der Lebenshaltungskosten von total Fr. 5'760.– (Fr. 2'260.– Wohnungsmiete; Fr. 500.– Unterhalt Tochter v. Ehemann; Fr. 1'000.– Fahrtkosten Ehemann; Fr. 2'640.– Lebensunterhalt) ein monatlicher Überschuss von Fr. 2'640.– (act. 16 S. 2). Diese Darstellung, welche das Familieneinkommen der

Beschwerdeführerin und ihres am Unternehmen nicht beteiligten Ehemannes umfasst, erscheint unzutreffend, gibt sie doch nicht die Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin als der Konkursbetreibung unterliegende Schuldnerin wieder.

Vom geltend gemachten Familieneinkommen ist zudem einzig das Jahresgehalt des Ehemannes hinreichend belegt. Gemäss Lohnausweis für das Jahr 2011 erhielt er einen Jahresnettolohn von Fr. 76'406.–. Das ergibt ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 5900.– (inkl. Spesen; exkl. 13. Mtl.; Quellensteuer abgezogen). Die Schuldnerin macht zwar geltend, sie erziele aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit ein monatliches Einkommen von Fr. 2'000.–. Verglichen mit dem monatlichen Reingewinn von rund Fr. 800.– ist jedoch nur ein solches von Fr. 800.– ausgewiesen. Dass die Tochter einen Mietanteil von monatlich Fr. 500.– bezahlt, ist nicht belegt, zumal weder eine von ihr unterzeichnete Zahlungsbestätigung noch Kontoauszüge über entsprechende Zahlungseingänge vorliegen.

Wie oben dargelegt, bestehen unmittelbar anfallende Forderungen von insgesamt Fr. 5'593.10. Den derzeit belegten Familieneinkünfte von monatlich Fr. 6'700.– (Fr. 5'900.– [Einkommen Ehemann] + Fr. 800.– [Anteil Reingewinn]) stehen Lebenshaltungskosten der Familie gemäss eigener Darstellung von Fr. 5'760.– gegenüber. Daraus würden monatlich Fr. 940.– für die Schuldentilgung resultieren. Die unmittelbar anfallenden Forderungen könnten damit innert rund sechs Monaten beglichen werden, aber nur unter Beizug des Erwerbseinkommens des Ehegatten. Dem Ehegatten obliegt zwar eine eherechtliche Beistandspflicht (vgl. Art. 159 Abs. 3 ZGB). Es kann allerdings nicht angehen, das Einkommen des beistandspflichtigen Ehegatten bei der Prüfung der Zahlungsfähigkeit einer Einzelunternehmung, an der er nicht beteiligt ist, so zu gewichten, dass letztlich nur seine Einkommensstärke ausschlaggebend wäre und nicht die Leistungsfähigkeit der Schuldnerin als Unternehmerin. Eine Erklärung des Ehemannes, er sei bereit, die Schulden aus der Unternehmung zu übernehmen, liegt sodann nicht vor. Folglich ist im Wesentlichen auf die Geschäftszahlen des ...-Betriebs sowie auf die persönlichen finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin abzustellen. Das Einkommen des Ehegatten kann nur ergänzend berücksichtigt werden. Mit Urteil der Kammer vom 25. November 2011 wurde in Gutheissung der Beschwerde die damalige

Konkurseröffnung über die Schuldnerin aufgehoben. Aus den Erwägungen ergibt sich jedoch, dass es sich bereits zum damaligen Zeitpunkt um einen Grenzfall handelte (act. 18/12 S. 8). Während der vergangenen vier Monate bis zur erneuten Konkurseröffnung am 21. März 2012 schaffte es die Schuldnerin nicht, positive Veränderungen im Geschäftsverlauf zu belegen. Die buchhalterischen Angaben sind nach wie vor lückenhaft und der Reingewinn von monatlich Fr. 800.– resultierte nur deshalb, weil sich die Schuldnerin keinen Lohn ausbezahlt hatte. Unter Berücksichtigung eines entsprechenden Lohnes würde stattdessen ein Verlust resultieren. Erschwerend kommt hinzu, dass über die Vermögenslage der Schuldnerin selbst nichts bekannt ist. Sie reichte weder aktuelle Bankkontoauszüge ein, noch lassen sich aus der Beschwerdeschrift Hinweise auf allfällig kurzfristig abrufbare Guthaben/Vermögenswerte entnehmen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass seit dem Urteil der Kammer vom 25. November 2011 gegen die Schuldnerin sechs neue Beteiligungen angehoben wurden, wovon sie die Forderung der J._____ AG ... im Betrag von Fr. 1'206.90 (Bet. Nr. ...; act. 17/3) nicht bestreitet, sondern eben gerade geltend macht, sie habe diese mangels liquider Mittel nicht bezahlen können (vgl. act. 16 S. 2). Das zeigt, dass die Schuldnerin bereits anfangs März 2012 – die genannte Beteiligung wurde am 5. März 2012 eingeleitet – nicht über ausreichende liquide Mittel verfügte. Heute ist es nicht anders, zumal nicht geltend gemacht wird, es stelle sich in den nächsten Monaten zum Beispiel ein saisonal bedingter Aufschwung des Geschäftes ein – solches wäre auch nicht ersichtlich.

Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen können. Aufgrund der wiedergegebenen Verhältnisse kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie ihre Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen in absehbarer Zeit wird befriedigen können. Die Schuldnerin vermochte im Beschwerdeverfahren nicht hinreichend darzutun, dass sie sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass befindet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist (act. 12), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

4. Ausgangsgemäss sind die Spruchgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Der Gläubigerin ist mangels Umtrieben im Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **tt. April 2012, 16.00 Uhr**, der Konkurs neu eröffnet.
2. Das Konkursamt D. _____ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Der Gläubigerin wird für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin hinterlegte Betrag von Fr. 2'899.95 dem Konkursamt D. _____ zu Handen der Konkursmasse zu überweisen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 16, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen und das Konkursamt D. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D. _____, 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:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: