

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160093-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 21. Juni 2016

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 4. Mai 2016 (EK160115)

Erwägungen:

I.

Am 4. Mai 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen auf Begehren der Gläubigerin vom 5. April 2016 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 und 9). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 17. Mai 2016 Beschwerde mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben (act. 2; Beilagen: act. 3–4, 5/1 und 5/3–10B).

Die von der Schuldnerin am letzten Tag der Beschwerdefrist (17. Mai 2016; vgl. act. 10/2) bei der Post aufgegebenene Eingabe an das Obergericht war nicht unterzeichnet (act. 2). Die Schuldnerin reichte jedoch von sich aus – zusammen mit Doppeln einzelner bereits eingelegter Beilagen (act. 8/10) – ein unterzeichnetes Exemplar der Beschwerdeschrift nach (act. 7). Die Ansetzung einer Nachfrist zur Behebung des Mangels der fehlenden Unterschrift erübrigte sich deshalb (Art. 132 ZPO).

Mit Präsidialverfügung vom 19. Mai 2016 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Die Gerichtskosten wurden von der Schuldnerin aufforderungsgemäss bevorschusst (act. 11, 13).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 10/1–8).

II.

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 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkun-

den nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs-
hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn
sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können
hingegen keine gewährt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491).

III.

Die Schuldnerin hat am 17. Mai 2016 beim Konkursamt Thalwil für die Gläubigerin
einen Betrag von Fr. 1'255.– hinterlegt (act. 5/3). Die von der Gläubigerin in Be-
treibung gesetzte Forderung ist damit samt Zinsen und Betreuungskosten ge-
deckt. Weiter hat die Schuldnerin dem Konkursamt einen Kostenvorschuss von
Fr. 800.– geleistet. Dieser Betrag ist zusammen mit dem vom Konkursgericht
nicht benötigten Teil des diesem von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses
von Fr. 1'800.– hinreichend, um im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die
konkursamtlichen Kosten zu decken und der Gläubigerin den ganzen dem Kon-
kursgericht geleisteten Barvorschuss zurückzuerstatten (act. 5/4). Damit liegt ein
Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Zu prü-
fen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

IV.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit
welchen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen
kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden
Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden
Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den
Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich,
wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erken-
nen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare
Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben wür-
den, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret darge-
legt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungs-

schwierigkeiten wirklich glaubhaft ist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

2.

2.1. Die Schuldnerin ist seit April 2013 als Inhaberin des Einzelunternehmens "Restaurant C._____, A._____" mit Sitz in D._____ im Handelsregister eingetragen. Registrierter Unternehmenszweck sind Restaurant-Betrieb, Ausschank von alkoholfreien und alkoholischen Getränken sowie Zubereitung von warmen und kalten Speisen (act. 5/1).

2.2. Der Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Sihltal vom 12. Mai 2016 weist für die Zeit ab 15. Mai 2013 22 gegen die Schuldnerin gerichtete Betreibungen über insgesamt Fr. 62'070.15 (ohne Zinsen und Kosten) aus (act. 5/5). Von der Betreibung abgesehen, die zur Konkursöffnung führte, waren am 12. Mai 2016 noch 8 Verfahren über Fr. 44'669.35 offen:

	<u>Betr. Nr.</u>	<u>Eingang</u>	<u>Gläubiger</u>	<u>Forderung / Fr.</u>	<u>Stellungnah- me der Schuldnerin</u>
a)	1	22.07.2014	E._____ GmbH	4'880.00	s. unten
b)	2	03.09.2015	F._____ AG	1'265.20	Forderung nicht bestritten
c)	3	30.10.2015	Kontrollstelle für den L-GAV des Gastgewerbes	515.95	Forderung nicht bestritten
d)	4	18.12.2015	G._____	5'000.00	s. unten
e)	5	18.12.2015	G._____	27'500.00	s. unten
f)	6	20.01.2016	H._____ AG	3'820.75	s. unten
g)	7	22.02.2016	I._____ Vers'ge- sellschaft	341.10	Forderung nicht bestritten
h)	8	09.03.2016	Schweiz. Eidge- nossenschaft	1'346.35	Forderung nicht bestritten
				<hr/> 44'669.35	

Vier Betreuungsforderungen von insgesamt Fr. 3'468.60 (ohne Zinsen und Kosten) werden von der Schuldnerin nicht bestritten. Zu den weiteren Forderungen äussert sie sich wie folgt:

Betreibung a): (E._____ GmbH: Fr. 4'880.–)

Die Schuld sei getilgt. Während der Rechtsmittelfrist habe aber keine entsprechende Urkunde erhältlich gemacht werden können. Allenfalls lasse sich aus dem Umstand, dass die Gläubigerin seit fast zwei Jahren keinerlei Schritte gegen die Schuldnerin eingeleitet habe, auf die Begleichung der Forderung schliessen (act. 2 S. 5).

Betreibungen d) und e): (G._____: Fr. 5'000.– und Fr. 27'500.–)

Die Forderungen von G._____ betreffen eine Angelegenheit ihres Ehemannes. Die Betreibungen seien gegen sie eingeleitet worden, um Druck auf ihren Ehemann auszuüben (act. 2 S. 5). Die Schuldnerin legt die Kopie einer schriftlichen Erklärung des Gläubigers vom 17. Mai 2016 vor, worin er bestätigt, die Betreibungen zurückzuziehen (act. 5/6).

Betreibung f): (H._____ AG: Fr. 3'820.75)

Die Schuldnerin behauptet Tilgung der Schuld. Sie legt ein an ihren Rechtsvertreter gerichtetes E-Mail der J._____ AG vom 17. Mai 2016 vor, worin diese ohne Nennung von Schuldnerin und Gläubigerin bestätigt, dass bei der Betreuung Nr. 9 – die hier in Frage stehende Betreuung trägt die Nummer 6 – nur noch die Betreuungskosten von Fr. 174.60 offen seien (act. 2 S. 6, act. 5/7). Die J._____ AG ist laut Schuldnerin Liegenschaftenverwalterin der Gläubigerin H._____ AG.

Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/5 S. 3).

2.3. Der Bankkontoauszug der Schuldnerin für die Zeit ab Januar 2016 bis 17. Mai 2016 weist einen Schlussaldo zugunsten der Schuldnerin von Fr. 4'664.36 aus (act. 5/8). Das Total der Belastungen beträgt Fr. 18'875.60, jenes der Gutschriften Fr. 21'789.23. Ausgewiesen sind im Wesentlichen Gutschriften aus bargeldlosen Zahlungen, Einzahlungen der Schuldnerin und Mietzinsbelastungen (5 mal Fr. 3'300.–).

2.4. Die Betriebseinnahmen im Monat April 2016 werden von der Schuldnerin auf Fr. 12'097.30 beziffert. Rund Fr. 5'200.– seien für (Bar-)Einkäufe (Nahrungsmittel, Getränke etc.) verwendet worden (act. 7 S. 7). Die Einnahmen sind durch die täglichen Umsatzaufzeichnungen der Schuldnerin glaubhaft gemacht (act. 5/9). Die Einkaufsbelege der Schuldnerin weisen ein Total von rund Fr. 5'700.– aus (act. 5/10A, 5/10B).

2.5. Ihre Wohnungsmiete, welche bar beglichen werde, beziffert die Schuldnerin auf Fr. 1'600.–; sie wohne mit ihrem Ehemann über dem Restaurant. Weiter macht sie geltend, dass sie zur Besorgung der geschäftlichen Einkäufe ein Fahrzeug hätten. Ansonsten fielen noch die üblichen Beträge für Versicherungen, Kommunikation etc. an. Die Verpflegung der Schuldnerin erfolge im Wesentlichen in ihrem Restaurant (act. 2 S. 8).

3.

Aufgrund der vorstehenden Angaben ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu beurteilen:

Laut Betreibungsregisterauszug bestehen – ohne Berücksichtigung derjenigen, die zur Konkureröffnung führte – offene Betreibungen über Fr. 44'669.35 (ohne Zinsen und Kosten). Die Behauptung der Schuldnerin, die Forderungen von G._____ über Fr. 32'500.– richteten sich nicht gegen sie, ist angesichts der Bestätigung des Gläubigers, die Betreibungen zurückzuziehen, glaubhaft (act. 5/6). Auch dass die Forderung der H._____ AG von Fr. 3'820.75 (Betreibung lit. f) bis auf die Zinsen und Kosten getilgt ist, erscheint als glaubhaft (act. 5/7). Nicht glaubhaft gemacht hat die Schuldnerin die Tilgung der Forderung der E._____ GmbH von Fr. 4'880.– (Betreibung lit. a). Somit ist von Betreibungsschulden von rund Fr. 8'500.– (ohne Zinsen und Kosten) auszugehen. Das Bankkonto der Schuldnerin wies demgegenüber per 17. Mai 2016 einen Saldo von Fr. 4'664.36 auf (act. 5/8).

Die finanzielle Lage der Schuldnerin ist somit prekär. Eine günstige Prognose für die zukünftige Entwicklung der finanziellen Lage ist aufgrund der Akten nicht möglich. Konkrete Anhaltspunkte fehlen. Die Annahme, die Zahlungsschwierigkeiten

der Schuldnerin könnten vorübergehend sein, rechtfertigt sich nicht. Somit ist nicht glaubhaft gemacht, dass die Schuldnerin in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen.

V.

Mangels Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung nicht gegeben. Die Beschwerde ist abzuweisen. Da ihr am 19. Mai 2016 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 11), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **21. Juni 2016, 10.45 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Thalwil wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Sihltal, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am:
21. Juni 2016