

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170140-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 11. August 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ **SA**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 20. Juni 2017 (EK170197)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist Inhaberin des seit dem 6. März 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____". Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Wohnungs-, Gebäude- und Unterhaltsreinigung (act. 4).

1.2. Mit Urteil vom 20. Juni 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 4'542.82 nebst 5 % Zins seit 6. März 2017 auf Fr. 1'371.50, 5 % Zins seit 6. März 2017 auf Fr. 453.15, Gläubigerkosten von Fr. 537.63 und Fr. 146.60 Betreibungskosten (act. 3 = act. 5 = act. 6/5).

1.3. Gegen das Urteil vom 20. Juni 2017 (zugestellt am 26. Juni 2017, act. 6/6) erhob die Schuldnerin am 5. Juli 2017 (Datum Poststempel, eingegangen bei der Kammer am 6. Juli 2017) fristgerecht Beschwerde (act. 2). Sie beantragt sinngemäss, den angefochtenen Entscheid respektive die Eröffnung des Konkurses aufzuheben. Nachdem sich die Schuldnerin am 5. Juli 2017 telefonisch an die Kammer wandte und darlegte, aufgrund von Kontensperrungen nicht in der Lage zu sein, die offenen Forderungen zu bezahlen, erschien sie am Morgen des 6. Juli 2017, dem letzten Tag der Frist, persönlich am Obergericht. Sie gab mündlich Auskunft über ihre finanzielle Lage (vgl. act. 9) und reichte einen Betreibungsregisterauszug ein (act. 7). Daraufhin verfügte der Präsident der II. Zivilkammer am 6. Juli 2017, die D._____ (Schweiz) AG werde im Sinne einer teilweisen Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegen das Konkursurteil ermächtigt, der Schuldnerin einen Betrag von maximal Fr. 6'000.– in bar auszuzahlen (vgl. act. 10 und act. 10/A). Gleichentags hinterlegte die Schuldnerin bei der zentralen Inkassostelle der Gerichte, Obergericht des Kantons Zürich, den Betrag von Fr. 5'953.55 (act. 12/1). Ferner reichte sie bei der Kammer einen Kontoauszug über ihr Konto bei der D._____ (Schweiz) AG seit Januar 2017 (act. 12/2), E-Mail-Nachrichten

über künftige Aufträge (act. 13/1-4) und, per Post, Verträge über Unterhaltsreinigungen (act. 16/1-5) ein.

1.4. Mit Verfügung vom 6. Juli 2017 (act. 14) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– angesetzt, welcher rechtzeitig geleistet wurde (vgl. act. 19).

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-6). Eine Beschwerdeantwort war nicht einzuholen; das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

2.2. 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 Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3.

3.1. Der Konkureröffnung liegt eine Forderung von Fr. 5'253.55 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 1'371.50 vom 6. März 2017 bis 20. Juni 2017 und von 5 % auf dem Betrag von Fr. 453.15 vom 6. März 2017 bis 20. Juni 2017 sowie Fr. 537.63 Gläubigerkosten und Fr. 146.60 Betreuungskosten) zu Grunde

(act. 3). Die Schuldnerin belegt mittels Bestätigung der Obergerichtskasse Zürich, am 6. Juli 2017 Fr. 5'953.55 bar bei der Obergerichtskasse einbezahlt zu haben (act. 12/1). Damit hat die Schuldnerin die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Uster) samt Zinsen und Betreuungskosten beim Obergericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt. Im Weiteren hat die Schuldnerin mit dieser Zahlung einen Kostenvorschuss von Fr. 700.– geleistet, welcher gemäss telefonischer Auskunft des Konkursamtes Uster vom 6. Juli 2017 ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und die konkursamtlichen Kosten zu decken (vgl. act. 8). Ferner hat die Schuldnerin mit der Leistung des Kostenvorschusses am 18. Juli 2017 (act. 19, oben E. 1.4) die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt. Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) wurde damit innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.2. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, welcher beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner hingegen noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

3.3. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er 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). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Uster (act. 7) weist im Zeitraum vom 16. Mai 2014 bis 7. Juni 2017 insgesamt 25 Betreibungen aus. Davon sind drei erloschen. Gegen zwei Betreibung in der Höhe von Fr. 2'000.– (Betreibung einer Privatperson) und Fr. 33'618.55 (Betreibung durch die E._____ AG) hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben. Acht weitere Betreibungen im Umfang von insgesamt Fr. 4'958.30 führten zu einem Verlustschein (z.T. bereits mangels pfändbaren Vermögens gestützt auf Art. 115 SchKG). Bezüglich der verbleibenden 12 Betreibungen liegt in 11 Fällen bereits eine Konkursandrohung vor. Diese 11 Konkursandrohungen umfassen auch die Forderung von Fr. 5'080.45 (Fr. 4'542.82 Forderung + Fr. 537.63 Gläubigerkosten), welche vorliegend zur Konkursöffnung führte. Abgesehen von dieser Forderung, welche aktuell sichergestellt ist, belaufen sich die weiteren zehn bis zur Konkursandrohung fortgeschrittenen Forderungen (wovon zwei ebenfalls der Gläubigerin zuzuordnen sind) auf einer Summe von Fr. 11'725.85. Schliesslich wurde am 7. Juni 2017 für eine weitere Forderung im Umfang von Fr. 201.05 (ebenfalls von der Krankenkasse F._____, d.h. der Gläubigerin) die Betreibung eingeleitet. Die Schuldnerin hat somit unbestrittene Betreibungen / Schulden von Fr. 16'885.20 (Verlustscheine, Betreibungen und Konkursandrohungen). Zusätzlich werden Forderungen, die sie bestreitet, in der Höhe von Fr. 35'618.55 gegen sie geltend gemacht.

3.5. Die Schuldnerin hat mündlich ausgeführt (vgl. act. 9), mit ihrer Einzelunternehmung im Jahr 2015 begonnen zu haben. Sie sei dann aber krank geworden und habe bis Januar 2017 nur beschränkt arbeiten könne. Im November 2015 sei ihr geschiedener Mann gestorben. Seit Juli 2016 erhalte sie eine kleine Witwenrente von Fr. 1'740.–. Durch ihr Reinigungsgeschäft könne sie ein monatliches Einkommen inkl. Rente von Fr. 10'000.– bis Fr. 12'000.– erzielen. Ihre Kosten würde monatlich ca. Fr. 6'000.– betragen. Die Wohnung koste Fr. 1'300.–, den Rest brauche sie für das Auto, Krankenkasse, Lebenshaltung und Material. Sporadisch beschäftige sie Hilfspersonen. Für diese könne sie pro Stunde Fr. 35.– verrechnen, müsse aber selber nur Fr. 22.50 bezahlen. Die Schuldnerin führt aus, sofern sie gesund bleibe, wolle sie möglichst bald sämtliche offenen und zu Recht bestehenden Schulden von ca. Fr. 17'000.– abbezahlen. Sie führt aus, keine weitere Schulden als die im Betreibungsregisterauszug aufgeführten zu haben, allerdings auch über keine Guthaben zu verfügen.

3.6. Aus dem eingereichten Kontoauszug der D._____ (Schweiz) AG von Januar 2017 bis 6. Juli 2017 (act. 12/2) lässt sich folgendes entnehmen: Jeden Monat erhielt die Schuldnerin von der "SVA Zürich" eine Zahlung von Fr. 1'752.–; d.h. die von der Schuldnerin genannte Witwenrente. Im Januar 2017 war dies das einzige Einkommen der Schuldnerin. Im Februar 2017 erhielt sie zusätzliche Zahlungen von der "G._____ GmbH" von insgesamt Fr. 5'621.80. Dass sie in diesem Monat ein Entgelt an Hilfspersonen bezahlt hätte, ist nicht ersichtlich; jedenfalls erfolgte keine entsprechend gekennzeichnete Überweisung. Eine entsprechende Barzahlung kann jedoch auch nicht ausgeschlossen werden. Im März erzielte die Schuldnerin zusätzlich zur Witwenrente ein Einkommen von der "G._____ GmbH" von Fr. 5'479.60 und von der "H._____ AG" von Fr. 5'083.55. Im April erzielte sie zusätzliche Zahlungseingänge von Fr. 216.– vom "I._____", Fr. 376.40 von der "J._____ AG", Fr. 467.10 von "K._____", Fr. 1'920.57 von der "G._____ GmbH" und Fr. 4'690.45 von der "H._____ AG". Im Mai verzeichnete sie nebst der Rente Zahlungseingänge von Fr. 108.– von der "L._____ AG", Fr. 1'057.10 von "K._____" und Fr. 4'918.32 von der "H._____ AG". Im Juni gingen zusätzliche Zahlungen von Fr. 1'700.– von der "M._____ GmbH", Fr. 324.– von der "J._____ AG", Fr. 696.60 von "K._____" und am 5. Juli 2017 eine Zahlung der "H._____

AG" von Fr. 4'877.28 ein. Unter Berücksichtigung des Bezugs von Fr. 4'831.–, welchen die Schuldnerin am 6. Juli 2017 tätigte, um die Konkursforderung und die bisher entstandenen Kosten zu hinterlegen, liegt der Saldo des Kontos am 6. Juli 2017 bei wenigen Rappen. Mit anderen Worten beliefen sich die Ausgaben und Bezüge der Schuldnerin von Januar bis Ende Juni ungefähr auf ihre Einnahmen, welche addiert Fr. 7'373.80 (Februar), Fr. 12'315.15 (März), Fr. 9'422.52 (April), Fr. 7835.43 (Mai) und Fr. 9'349.88 (Juni [Fr. 4'472.60] und anfangs Juli [Fr. 4'877.28]) betragen. Da die Geldabflüsse gemäss Kontoauszug hauptsächlich Bargeldbezüge umfassen, welche nicht zugeordnet werden können, ist nicht erkennbar, welche Kosten für die Schuldnerin mit ihren Einnahmen aus der Reinigungstätigkeit verbunden sind. Feststellbar ist jedoch, dass sie nicht in der Lage war, während dieses ersten halben Jahres 2017 Ersparnisse zu bilden.

3.7. In weiteren Beilagen (act. 13) verweist die Schuldnerin im Wesentlichen auf zwei Wohnungsreinigungen anlässlich einer Wohnungsabnahme (Ende Juni und Ende August). Sodann liegen vier Verträge über die Unterhaltsreinigung vor (act. 16). Ein Vertrag mit der "N._____ AG" wurde am 1. Juli 2017 durch die Schuldnerin unterzeichnet und soll Reinigungsdienstleistungen zu einer Pauschale von monatlich Fr. 500.– umfassen (act. 16/1). Ein Ende März/Anfangs April mit der "M._____" abgeschlossener Vertrag umfasst Reinigungsarbeiten durch die Schuldnerin für monatlich pauschal Fr. 1'852.– zzgl. MwSt (act. 18/2). Ab Mitte Juni soll die Schuldnerin sodann für die "O._____ GmbH", vertreten durch "P._____", Reinigungsarbeiten für eine monatliche Pauschale von Fr. 780.– zzgl. MwSt. erbringen (act. 18/3). Schliesslich reicht die Schuldnerin den Vertrag mit der "H._____ AG", vertreten durch K._____, ein, wonach sie ab März 2017 Reinigungsleistungen für ein Honorar von monatlich Fr. 4'250.– zzgl. MwSt. erbringt. Dies ergibt ein monatliches Einkommen aufgrund bestehender Verträge von Fr. 7'382.–. Zuzüglich der Witwenrente von Fr. 1'752.– erzielt die Schuldnerin somit monatliche Einnahmen von Fr. 9'134.–. Daneben scheint sie, wie ebenfalls ausgeführt, Einzelaufträge für Wohnungsabnahmen etc. auszuführen.

3.8. Zusammengefasst hat die Schuldnerin offene, nicht bestrittene und nicht sichergestellte Schulden in der Höhe von Fr. 16'885.20, wovon Fr. 11'725.85 wei-

tere Konkursandrohungen betreffen. Da es der Schuldnerin offenbar an Erspartem fehlt, kann sie eine Besserung ihrer Lage einzig mit einer ausserordentlich guten Auftragslage und einer sehr sparsamen Lebensweise erzielen. Sie hat sich bewusst zu sein, dass es mit den Ausgaben in bisheriger Höhe nicht funktionieren kann. Es ist aufgrund der eingereichten Unterlagen erkennbar, dass die Schuldnerin über bestehende Kunden verfügt und monatliche Einnahmen von rund Fr. 9'000.– generiert. Es ist zwar nicht erkennbar, wieviel ihr von diesen Einnahmen nach Abzug ihrer Ausgaben (für Materialkosten, allfällige Hilfspersonen und ihrer Lebenshaltungskosten) tatsächlich verbleibt und über wieviel Sparpotenzial sie verfügt. Es kann jedoch festgehalten werden, dass die Schuldnerin aufgrund dieser Verträge (und mangels festangestellter Hilfspersonen) über relativ hohe und sichere monatliche Einkünfte verfügt, welche es ihr ermöglichen müssten, ihren laufenden Verpflichtungen zu entsprechen und, bei einer sparsamen Lebensweise, auch Ersparnisse für die Begleichung der Schulden zu bilden. Problematisch sind die mehrfachen Konkursandrohungen, da die Schuldnerin diese Forderungen unverzüglich zu bezahlen oder bei den Gläubigern um einen Zahlungsaufschub zu ersuchen hat. Nach dem Gesagten kann aber die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin nicht geradezu ausgeschlossen werden, weshalb die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit. Wie oben (E. 3.3) ausgeführt, ist eine Tatsache bereits dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht die Möglichkeit nicht ausschliesst, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Kann die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit für heute hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Grenzfall handelt und im Fall einer neuerlichen Konkursöffnung für die Annahme der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen gelten würden.

3.9. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und der am 20. Juni 2017 über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben.

4.

Die Schuldnerin hat trotz der Gutheissung ihrer Beschwerde die Kosten beider Instanzen zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 20. Juni 2017, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Totalbetrag von Fr. 5'953.55 den für die Forderung und die Gebühr des Konkursgerichtes hinterlegten Betrag von Fr. 5'703.55 (Fr. 5'253.55 + Fr. 450.–) der Beschwerdegegnerin auszubezahlen und den Rest von Fr. 250.– an das Konkursamt zu überweisen.

4. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'800.– (Fr. 1'550.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten und von diesem an das Konkursamt überwiesenen Barvorschusses; Fr. 250.– von der Obergerichtskasse gemäss Dispositivziff. 3 an das Konkursamt Uster zu überweisender Betrag) Fr. 1'550.– an die Beschwerdegegnerin zu überweisen und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, 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:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:
11. August 2017