

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 26. Februar 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Januar 2018 (EK170316)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt.mm.2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "A. _____ C. _____". Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen den Betrieb einer Druckagentur, d.h. Arbeiten im Bereich Druckvorbereitung, Druck und Weiterverarbeitung sowie den Vertrieb und Handel mit Druckerzeugnissen (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 3. Januar 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 1'211.80 nebst 5 % Zins seit 15. September 2016, Fr. 525.75 Leistung KVG vom 10. Juni 2016, Fr. 150.00 Spesen und Fr. 178.95 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/17).

1.3. Gegen das Urteil vom 3. Januar 2018 (zugestellt am 10. Januar 2018, act. 8/18/5) erhob der Schuldner mit Eingabe vom 19. Januar 2018 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde (act. 2, act. 4 und act. 5/3-19). Er beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

1.4. Nachdem der Schuldner am Tag des Beschwerdeeingangs bei der Kammer (22. Januar 2018) darauf hingewiesen worden war, dass die Konkursforderung inkl. Zins und Kosten entgegen seiner Annahme nicht Fr. 2'129.80, sondern Fr. 2'145.35 beträgt und damit durch die Zahlung von Fr. 2'129.80 an die Gläubigerin noch nicht vollständig getilgt wurde (Fehlbetrag von Fr. 15.55, vgl. act. 9), hinterlegte der Schuldner gleichentags weitere Fr. 20.00 in bar beim Obergericht (act. 10/1 und 10/2). Daraufhin wurde am 23. Januar 2018 die aufschiebende Wirkung gewährt und dem Schuldner eine Frist von 10 Tagen zur Leistung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.00 angesetzt (act. 12).

1.5. Der Kostenvorschuss ging innert Frist bei der Kammer ein (act. 13/1 i.V.m. act. 14). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-24). 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. 2'145.35 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 1'211.80 vom 15. September 2016 bis 3. Januar 2018, Fr. 525.75 weitere Leistungen, Fr. 150.00 Spesen sowie Fr. 178.95 Betriebskosten) zu Grunde (act. 3). Der Schuldner belegt, per Valuta 8. Januar 2018 einen Betrag von Fr. 2'129.80 an die Gläubigerin bezahlt zu haben (act. 5/14). Zusätzlich hat er am 22. Januar 2018 Fr. 20.00 beim Obergericht hinterlegt (act. 10/1-2). Damit hat der Schuldner die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Pfannenstiel) einschliesslich Zinsen und Kosten bezahlt respektive hinterlegt. Im Weiteren hat der Schuldner am 11. Januar 2018 eine Zahlung von Fr. 750.00 an das Konkursamt Männe-

dorf geleistet (act. 5/7) und damit die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Verfahrens entsprechend der Auskunft des Konkursamtes Männedorf (vgl. act. 5/6) sichergestellt. Ebenso hat der Schuldner, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 14, oben E. 1.5). Der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung respektive Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 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 Beteiligungen 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 der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringenden 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 eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte Betreibungsregisterauszug vom 11. Januar 2018 weist insgesamt 21 zwischen dem 9. Juli 2014 und dem 5. Dezember 2017 eingeleitete Betreibungen aus (act. 5/15): Acht dieser Betreibungen wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt. Neben der Betreibung der nun getilgten Konkursforderung weist der Betreibungsregisterauszug somit noch 12 offene Betreibungen aus. Zu fünf dieser offenen Betreibungen gemäss Betreibungsregisterauszug erklärt der Schuldner, diese ebenfalls bezahlt zu haben: Hinsichtlich vier dieser Forderungen (Betreibungen Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4 und Nr. 5) legt er Zahlungsbestätigungen resp. Belastungsanzeigen bei, welche die Zahlung dieser Forderungen per 8. Januar 2018 (und eine Nachzahlung per 19. Januar 2018) belegen (vgl. act. 5/15/1-4 und act. 5/15/7). Hinsichtlich der fünften, am 13. Juli 2017 in Betreibung gesetzten Forderung (Betreibung Nr. 6) legt er einen Zahlungsbeleg über eine Zahlung vom 23. August 2017 bei und erklärt, diese Forderung aus Versehen zu spät bezahlt zu haben. Aufgrund der eingereichten Unterlagen ist zumindest glaubhaft, dass der Schuldner diese fünf, im Betreibungsregister (noch) nicht als bezahlt vermerkten Forderungen, ebenfalls getilgt hat. Somit verbleiben sieben weitere Betreibungen.

3.4.1. Bei den ersten drei Einträgen handelt es sich um Forderungen, für welche von der D._____ Schweiz AG das Betreibungsverfahren am 9. Juli 2014 (Betreibung Nr. 7 über Fr. 355.30, Status: Rechtsvorschlag), am 13. November 2014 (Betreibung Nr. 8 über Fr. 479.60, Status: Konkursandrohung) und am 16. Juli 2015 (Betreibung Nr. 9 über Fr. 1'058.40, Status: Rechtsvorschlag) eingeleitet wurde. Der Schuldner führt aus, diese Beträge seien von der Krankenkasse mittlerweile beglichen worden, weshalb die Einträge eigentlich im Betreibungsregister

"gelöscht gehörten". Die Rechnungen seien durch Spitalaufenthalte entstanden und zu spät an die Unfallversicherung weitergeleitet worden. Für den Beweis dieser Ausführungen fehlen entsprechende Belege. Anhand des vermerkten Betreibungsbeginns dieser Forderungen im Juli 2014, November 2014 und Juli 2015 kann jedoch davon ausgegangen werden, dass diese Betreibungen nicht weiterverfolgt wurden bzw. die Fristen nach Art. 88 und Art. 166 SchKG mittlerweile verstrichen sind. Dies spricht für die Behauptung des Schuldners, dass diese Forderungen beglichen worden sind. Es ist daher zugunsten des Schuldners von der Erledigung auch dieser drei Betreibungen auszugehen.

3.4.2. Es verbleiben vier Einträge, welche insgesamt einer Forderungssumme von Fr. 10'858.84 entsprechen: Gegen die am 23. März 2017 eingeleitete Betreibung der E._____ über Fr. 700.00 (Betreibung Nr. 10) hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, führt aber aus, diese Rechnung sei aus Nachlässigkeit zu spät bezahlt worden und habe sich daher mit der Betreibung überschritten. Zu der am 3. Mai 2017 ebenfalls durch die Gläubigerin des vorliegenden Verfahrens eingeleiteten Betreibung über Fr. 1'361.80 (Betreibung Nr. 11), welche bereits bis zur Konkursandrohung fortgeschritten ist, gibt der Schuldner an, diese über sein Postkonto in Teilzahlungen beglichen zu haben, dies aber nicht mehr nachverfolgen zu können, da eine Suche nach Zahlungsempfängern beim E-Banking der Post Finance leider nicht möglich sei (vgl. act. 2 S. 9). Somit behauptet der Schuldner die Tilgung dieser Forderungen über insgesamt Fr. 2'061.80, liefert dafür aber keinen Beweis. Am 13. Juli 2017 wurde durch die F._____ sodann eine Betreibung über Fr. 2'947.04 eingeleitet, welche aktuell mit dem Status "Rechtsvorschlag" erfasst ist (Betreibung Nr. 12). Der Schuldner führt aus, die F._____ werde die Betreibung gemäss telefonischer Auskunft zurückziehen. Es handle sich um ein Konto des Schuldners, welches infolge der Auseinandersetzung mit der Gläubigerin (B._____ Krankenkasse) einen Negativsaldo aufgewiesen habe. Nachdem in der Zwischenzeit Zahlungen eingegangen seien, habe das Konto noch einen Negativsaldo von Fr. 980.00 aufgewiesen, welcher durch eine Zahlung von Fr. 1'000.00 ausgeglichen worden sei. Als Beleg reicht der Schuldner den Zahlungsbeleg über Fr. 1'000.00 vom 11. Januar 2018 ein (act. 5/15/6). Die Forderungssumme aus dieser Betreibung würde daher, sollte die Schuld noch

bestehen, Fr. 1'947.04 betragen. Die letzte offene Forderung gegen den Schuldner über Fr. 5'850, für welche erst im Dezember 2017 die Betreuung eingeleitet wurde (Betreibung Nr. 13), wird vom Schuldner bestritten. Er argumentiert, es habe eine Vereinbarung über Ratenzahlungen bestanden, welcher er Folge geleistet habe. Hierfür legt er Korrespondenzen bei (act. 5/15/8 f.). Ein Beleg für die erfolgten (Raten-) Zahlungen fehlt jedoch.

3.5. Die offenen Verbindlichkeiten des Schuldners sind zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit dessen Einkünften und liquiden Mitteln gegenüberzustellen. Der Schuldner führt aus, in einem Nischenbereich spezialisiert zu sein und bereits im ersten Geschäftsjahr 2017 mehr als 120 Neukunden aus 9 Ländern gewonnen zu haben. Ende 2017 habe er erste Grosskunden (z.B. das Hotel G. _____ in Genf) akquirieren können. Die Kostenstruktur sei effizient, und im laufenden Geschäftsjahr 2018 werde ein Umsatzwachstum von 70 % angestrebt. Allein im Januar 2018 seien bisher Neuaufträge von total Fr. 12'280.00 generiert worden. Zum Beweis legt der Schuldner eine Kundenliste ein. Darauf sind zahlreiche Kundennamen inkl. Adressen erfasst (vgl. act. 5/16). Nicht ersichtlich ist jedoch, in welchem Umfang diese Kunden Aufträge generieren oder generiert haben, weshalb diese Liste alleine im Hinblick auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht sehr aussagekräftig ist. Der Schuldner legt sodann diverse "Angebote" und Auftragsbestätigungen an Kunden bei (act. 5/19/1-7). Zusammengefasst geht daraus hervor, dass er dem Hotel G. _____ im Oktober 2017 eine Offerte über Fr. 2'790.00 unterbreitete und diesen Auftrag Mitte Januar bestätigen konnte (act. 5/19/1). Ebenfalls bestätigte er Mitte Januar einen Auftrag für das "H. _____" über den Druck für "Memberkarten" von Fr. 9'490.00 (act. 5/19/2), womit die behaupteten Neuaufträge im Januar 2018 belegt sind. Im Zeitraum zwischen November 2017 und Januar 2018 hat der Schuldner für fünf weitere Kunden Offerten für Aufträge über gesamthaft Fr. 36'891.00 ausgestellt. Wie es sich mit dem Stand dieser Offerten verhält, wurde allerdings nicht dargetan. Es ist davon auszugehen, dass die Offerten durch die Kunden entweder nicht oder noch nicht bestätigt wurden, wobei vier von fünf dieser Offerten auf das letzte Jahr befristet waren und daher an sich nicht mehr gültig sind, sollten sie nicht angenommen worden sein (vgl. act. 5/19/4-7). Schliesslich reicht der Schuldner die (allerdings nicht unterzeichne-

te) Bilanz und Erfolgsrechnung seines erst Ende 2016 gegründeten Einzelunternehmens ein. Daraus ist ersichtlich, dass er im letzten und ersten vollen Geschäftsjahr 2017 bei einem Aufwand von insgesamt etwas über Fr. 27'830.00 und einem Ertrag von knapp Fr. 70'085.00 einen Gewinn vor Steuern von knapp Fr. 42'255.00 erzielen konnte. Aus der Erfolgsrechnung ist ebenfalls ersichtlich, dass der ganz überwiegende Teil des Aufwands für den Einkauf von Waren anfiel (rund Fr. 22'500.00) und der Personalaufwand nicht einmal Fr. 4'000.00 betrug (vgl. act. 5/18). Auch wenn der Schuldner aktuell noch keinen nennenswerten Lohn bezogen hat, konnte er immerhin einen Gewinn von gut Fr. 40'000.00 verzeichnen, welcher in der Bilanz im Umlaufvermögen (flüssige Mittel) verbucht wurde (vgl. act. 5/17). Nicht ersichtlich ist aus der Eingabe des Schuldners und den eingereichten Unterlagen allerdings, welche Lebenshaltungskosten der Schuldner hat, d.h. welche Auslagen seinen Einkünften effektiv gegenüberstehen. Ebenfalls fehlen Hinweise oder Unterlagen auf allfällige Vermögenswerte, da der Schuldner weder Bankkontoauszüge noch Steuererklärungen oder dergleichen zur Darlegung seiner finanziellen Situation eingereicht hat. Er hat jedoch immerhin erklärt, weshalb er bei der Gläubigerin in Zahlungsverzug kam und dadurch diverse Betreibungen entstanden sind (Streit mit der Krankenkasse um die Übernahme von Behandlungskosten und absichtliche Weigerung des Schuldners, diverse damit im Zusammenhang stehende Rechnungen zu bezahlen, vgl. act. 2 S. 5 und act. 5/8 ff.). Ebenso dürften die meisten im Betreibungsregister erfassten Betreibungen beglichen worden sein. Ob die Betreibungen betreffend die nicht mit dem Streit mit der Krankenkasse in Verbindung stehenden Forderungen durch Nachlässigkeit des Schuldners oder allenfalls doch durch temporäre Zahlungsschwierigkeiten entstanden sind, kann nicht abschliessend beurteilt werden. In Anbetracht des Umstandes aber, dass die meisten im Betreibungsregister verzeichneten Schuldverpflichtungen erledigt sind und der Schuldner mit seinem noch relativ jungen Unternehmen bei einer relativ günstigen Kostenstruktur Erträge und Gewinne generiert, erscheint die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zum heutigen Zeitpunkt jedenfalls wahrscheinlicher 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. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist daher hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und der am 3. Januar 2018 über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

4.

Der Schuldner hat trotz der Gutheissung seiner Beschwerde die Kosten beider Instanzen zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Januar 2018, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Männedorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.00 (Fr. 750.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'300.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von den bei ihr hinterlegten Fr. 20.00 Fr. 15.55 an die Gläubigerin und den nach Abzug von allfälligen (Überweisungs-) Kosten verbleibenden Restbetrag an den Schuldner auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Männedorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfannenstiel, 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:
26. Februar 2018