

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Beschluss und Urteil vom 27. Januar 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B1. _____ **Switzerland AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch **B2.** _____ **AG,**

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 13. Januar 2021 (EK200209)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem tt. Juli 2018 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "D._____". Als Zweck aufgeführt wird Marketing, Werbung und IT (vgl. act. 7). Mit Urteil vom 13. Januar 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der B._____ Switzerland AG von Fr. 1'147.90 nebst Zins zu 12 % seit 16. Oktober 2019 und Betreuungskosten von Fr. 181.60 (vgl. act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 19. Januar 2021 Beschwerde bei der Kammer. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Mit Verfügung vom 20. Januar 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und dem Schuldner Frist angesetzt, die Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 25. Januar 2021 zu ergänzen (vgl. act. 8). Am 25. Januar 2021 überbrachte der Schuldner eine Ergänzung zur Beschwerde samt weiterer Unterlagen und beantragte erneut die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 11 und act. 12/1-8). Der Schuldner hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (vgl. act. 12/2). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-23). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört, dass der Gläubiger schon vor der Konkurseröffnung dem Schuldner Stundung gewährt hatte, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

2.2. Der Schuldner reichte ein Schreiben der Gläubigerin ins Recht, wonach diese am 13. Januar 2021 um 9.51 Uhr telefonisch eine Stundung bis 28. Februar 2021 für die Bezahlung der Gesamtforderung gewährt habe unter der Voraussetzung, dass der Konkurs noch nicht eröffnet worden sei (act. 5/2). Der Konkurs wurde am 13. Januar 2021 jedoch bereits um 9.30 Uhr eröffnet (act. 3). Die Stundung erfolgte damit nach der Konkursöffnung sowie unter einer Bedingung, die nicht erfüllt ist. Dem Schuldner ist also der Nachweis nicht gelungen, dass ihm die Gläubigerin vor der Konkursöffnung Stundung gewährt hatte.

3.

3.1. 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. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

3.2. Der Schuldner hat mit Einzahlung vom 25. Januar 2021 für die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten einen Betrag von Fr. 1'650.– beim Obergericht hinterlegt (vgl. act. 12/3). Weiter hat der Schuldner am 19. Januar 2021 beim Konkursamt Meilen einen Betrag von Fr. 400.– sichergestellt. Gemäss Bestätigung des Konkursamts reicht dieser Betrag zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung (vgl. act. 4). Damit hat der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass er den geschuldeten Betrag zuhanden der Gläubigerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinterlegt hat.

3.3.

3.3.1. Folglich bleibt noch zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass insgesamt glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine 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 (vgl. OGer ZH PS180150 vom 14. September 2018 E. 2.3).

3.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Mit Verfügung vom 20. Januar 2021 wurde der Schuldner u.a. aufgefordert, einen aktuellen, detaillierten und vollständigen Auszug aus dem Betreibungsregister für die letzten drei Jahre einzureichen und zu den im Betreibungsregisterauszug als nicht erledigt ausgewiesenen Betreibungen Stellung zu nehmen (vgl. act. 8). Der Schuldner reichte dem Obergericht jedoch keinen Betreibungsregisterauszug ein und äusserte sich auch nicht zum Umfang seiner Schulden. Er reichte lediglich eine Urkunde vom 11. Januar 2021 über seine Einkommenspfändung ins Recht (act. 12/8). Darin aufgeführt sind lediglich die sechs an der Einkommenspfändung teilnehmenden öffentlich-rechtlichen Forderungen in Höhe von total Fr. 10'234.50

(inkl. Kosten), welche Forderungen von der Konkursbetreuung ausgenommen sind (vgl. Art. 43 SchKG). Damit ist völlig unklar, wie viele Schulden insgesamt vorhanden sind.

3.3.3. Der Konkurs wurde über den Schuldner als Einzelunternehmer und damit als natürliche Person eröffnet, die für alle Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen haftet. Eine Trennung zwischen geschäftlichen Schulden bzw. Guthaben und solchen des persönlichen Bedarfs gibt es daher nicht. Der Schuldner hätte daher seine Finanzlage umfassend darlegen müssen.

Auf den Konti des Schuldners bei der PostFinance und der Credit Suisse liegt der aktuelle Kontostand bei Minus Fr. 17.16 bzw. Minus Fr. 55.24 (vgl. act. 12/4 und act. 12/5). Der Schuldner lebt mit seiner Partnerin und dem gemeinsamen fünfjährigen Kind zusammen (vgl. act. 12/8 S. 5). Belege zu den privaten Ausgaben liegen nicht vor; ebensowenig Belege zu den Ausgaben und Einnahmen des Einzelunternehmens. Seit dem 4. Januar 2021 ist der Schuldner bei der E. _____ GmbH in einem 100 % Pensum angestellt und verdient monatlich Fr. 5'000.– netto (vgl. act. 12/1). Sodann erklärt der Schuldner, er habe einen Bürgen, Herrn F. _____, welcher zusammen mit dem Einzelunternehmen und der Fixanstellung die Zahlungsfähigkeit gewährleisten könne. Der Bürge mitunterzeichnete die Ergänzung der Beschwerde (vgl. act. 11).

Vom Nettolohn von Fr. 5'000.– wird in nächster Zeit der Betrag, welcher das Existenzminimum übersteigt, für die Deckung der Forderungen von Fr. 10'234.50 gepfändet werden. Inwiefern aus dem Einzelunternehmen in Zukunft ein Gewinn erwirtschaftet werden kann, lässt sich aufgrund mangelnder Unterlagen nicht abschätzen. Sodann ist unklar, ob der erwähnte Bürge, welcher zusammen mit den Einnahmen des Schuldners dessen Zahlungsfähigkeit gewährleisten soll, auch für alle Schulden in unbekannter Höhe bürgen kann. Es bestehen demnach nicht derart hohe Guthaben und Einnahmen bzw. Sicherheiten, dass unabhängig von der Höhe der Schulden glaubhaft ist, dass der Schuldner seinen laufenden Verpflichtungen nachkommen kann und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abtragen kann. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind deshalb nicht gegeben. Entsprechend ist die Be-

schwerde abzuweisen. Da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den erneuten Antrag des Schuldners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Dieser Antrag ist abzuschreiben.

3.3.4. Abschliessend ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach frühestens nach Ende der Eingabefrist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N. 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

4.

Ausgangsgemäss sind die Spruchgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Konkursamt Meilen wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 1'650.– dem Konkursamt Meilen zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 11, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Meilen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:
28. Januar 2021