

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170208-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 21. September 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **Assurance Maladie SA,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 29. August 2017 (EK170241)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt.mm.2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "A. _____ Heizung & Sanitär". Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen die Erbringung von Dienstleistungen im Sanitär- und Heizungsbereich, insbesondere Installationen, Reparaturen und Serviceleistungen von Klein- und Grossanlagen (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 29. August 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (fortan Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für Forderungen der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 66.00 und Fr. 1'247.20 nebst 5 % Zins seit 6. März 2017 sowie Fr. 210.00 admin. Kosten, Fr. 18.35 fällige Zinsen und Fr. 186.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/7).

1.3. Gegen das Urteil vom 29. August 2017 (zugestellt am 6. September 2017, act. 8/9/5) erhob der Schuldner mit Eingabe vom 11. September 2017 fristgerecht Beschwerde (act. 2). Er beantragt, die Eröffnung des Konkurses sei aufzuheben, und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihm mit Verfügung vom 13. September 2017 (act. 9) gewährt wurde.

1.4. Da der Schuldner bereits am 11. September 2017 Fr. 3'150.00 an die Obergerichtskasse überwiesen hatte (vgl. act. 5/37) und damit auch der Kostenvorschuss von Fr. 750.00 bereits enthalten ist, konnte von einer Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses abgesehen werden.

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-9). 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. 1'758.20 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 1'247.20 vom 6. März 2017 bis 29. August 2017, Fr. 18.35 fällige Zinsen sowie Fr. 210.00 admin. Kosten und Fr. 186.60 Betreuungskosten) zu Grunde (act. 3). Der Schuldner belegt mittels Empfangsschein der Post / Einzahlungsschein vom 11. September 2019, zugunsten der Obergerichtskasse den Betrag von Fr. 3'150.00 bezahlt zu haben (act. 5/37). Damit hat der Schuldner die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt) samt Zinsen, admin. Kosten und Betreuungskosten bezahlt. Im Weiteren hat der Schuldner damit auch den vom Konkursamt Niederglatt genannten Betrag für die bisher entstandenen Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie die konkursamtlichen Kosten von insgesamt Fr. 580.00 (act. 5/36) sichergestellt. Ebenso hat der Schuldner mit dieser Zahlung, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (oben E. 1.4). 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 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 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 abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Rüm- lang-Oberglatt (act. 5/6) weist insgesamt 8 Betreibungen zwischen dem 7. No- vember 2016 und dem 11. Juli 2017 aus. Eine Forderung wurde bezahlt. Nebst der hinterlegten Konkursforderung inkl. admin Kosten und fälligen Zinsen von Fr. 1'541.55 sind zwei weitere Forderungen bis zur Konkursandrohung fortge- schritten: eine für eine Forderung ebenfalls der B._____ Krankenkasse von Fr. 1'265.25, eine für eine Forderung des ...-Spitals Zürich in der Höhe von Fr. 7'706.85. Für vier weitere Forderungen wurde die Betreibung eingeleitet: zwei davon betreffen eine Forderung der Stadt Zürich, Stadtrichteramt, in der Höhe von Fr. 300.00 resp. Fr. 270.00, eine weitere Forderung von Fr. 5'724.35 besteht zu- gunsten des Steueramtes und schliesslich hat die ... Bank AG am 11. Juli 2017 die Betreibung für eine Forderung von Fr. 16'336.90 eingeleitet. Insgesamt beste- hen somit – abgesehen von der hinterlegten Konkursforderung –Betreibungen resp. Konkursandrohungen für Forderungen in der Höhe von Fr. 31'603.35. Der Schuldner legt zu diesen Ausständen dar, dass ihm das ...-Spital für seine Forde- rung einen (letztmaligen) Zahlungsaufschub bis Ende Oktober gewährt hat (vgl. act. 2 Rz. 21 und act. 5/7). Er behauptet sodann, auch von der ... Bank für die Schuld von Fr. 16'336.90 einen Zahlungsaufschub erhalten zu haben. Gemäss einer Vereinbarung mit der ... Bank werde er den Ausstand innert 4 Monaten ab- zahlen können. Der Schuldner führt eine Frau C._____ von der ... Bank in D._____ [Ortschaft] als Zeugin an und gibt ausserdem an, die Bestätigung dieser mündlichen Vereinbarung nach Erhalt nachzureichen (vgl. act. 2 Rz. 22). Anson- sten ergänzt er, über keine Werkstatt zu verfügen, sondern sein Büro von zu Hau- se aus zu betreiben. Dementsprechend habe er monatliche Mietkosten von Fr. 1'340.50, da er sich die Miete mit seiner Lebenspartnerin teile. Offene Miet- verbindlichkeiten bestünden keine. Im Weiteren ziehe er einzig auf Abruf einen Arbeitnehmer bei und habe daher keine fixen Lohnverpflichtungen (vgl. act. 2 Rz. 23 und 24). Aktuell seien noch zwei Rechnungen betreffend Materialbezüge von Fr. 1'830.00 und Fr. 1'376.00 offen, welche aber, ohne Konkurseröffnung, erst Ende September resp. Ende Oktober 2017 fällig würden (act. 2 Rz. 25). Weitere

Verbindlichkeiten würden keine bestehen. Für die anstehenden Werkarbeiten werde er sodann kein eigenes Material beziehen und einbringen müssen (act. 2 Rz. 26).

3.5. Der Schuldner erklärt, sich Ende März 2017 selbständig gemacht zu haben. Dies sei in Absprache mit seinem ehemaligen Arbeitgeber, bei welchem er bis Ende März 2017 gearbeitet habe, erfolgt. Dieser habe ihn im April sogar mit Aufträgen bedient, aber nicht bezahlt. Der Schuldner führt aus, dass er die langen Zahlungsfristen im Baugewerbe unterschätzt habe. Er habe viele Aufträge akquirieren und ausführen können, teilweise seien die Arbeiten noch pendent. Er sei in einen vorübergehenden Liquiditätsengpass geraten und könne aber sämtliche Gläubiger vollumfänglich bedienen, die entsprechenden Zahlungseingänge stünden unmittelbar bevor (act. 2 Rz. 10). Bei einem Konkurs wären die Gläubigerforderungen eher gefährdet, weil ihm dann der Abbruch penderter Werkverträge drohte (vgl. act. 2 Rz. 48).

3.6. Den in Betreuung gesetzten, offenen Forderungen von insgesamt Fr. 31'603.35 zzgl. der offenen Rechnungen von Fr. 1'830.00, Fr. 1'376.00 (insgesamt Fr. 34'809.35, vgl. E. 3.4) und den Lebenskosten stellt der Schuldner folgende Vermögenswerte resp. Einnahmen gegenüber:

3.6.1. Er legt einen Kontoauszug vor, gemäss welchem er per 9. September 2017 über zwei Firmenkonti mit einem Saldo von insgesamt Fr. 7'592.97 verfügt (act. 5/12).

3.6.2. Sodann verweist er auf seine regelmässigen Kunden und die noch ausstehenden respektive pendenten Aufträge:

Ein regelmässiger Kunde sei die E. _____ AG. Aus einem Mitte Juni 2017 erteilten Auftrag über Fr. 25'500.00 (27'540.00 inkl. MWST) sei die vierte Akontozahlung über Fr. 4'000.00 noch ausstehend. Diese sei am 23. August 2017 in Rechnung gestellt worden und per 23. September 2017 zahlbar. Eine Schlusszahlung von rund Fr. 5'000.00 werde nach Abschluss der entsprechenden Arbeiten noch fällig (vgl. act. 2 Rz. 29 ff. und act. 5/13 und 5/14).

Aus einem Auftrag desselben Auftraggebers werde anfangs Oktober 2017 noch eine in Rechnung gestellte Arbeit von Fr. 162.00 fällig (act. 2 Rz. 31 f. und act. 5/16). Aus einem weiteren Auftrag, ebenfalls von Mitte Juni, über pauschal Fr. 10'800.00, macht der Schuldner Fr. 3'780.00 geltend, welche per 6. September fällig wurden. Ebenso werde es aus diesem Auftrag noch zu einer Schlusszahlung über rund Fr. 1'000.00 kommen (vgl. act. 2 Rz. 33 und act. 5/17 f.). Zusätzlich habe der Schuldner noch weitere Arbeiten an diesem Projekt in Rechnung stellen können: am 23. Juli 2017 und am 8. September 2017 habe er vier Rechnungen über Fr. 518.40, Fr. 388.80 und Fr. 194.40 und 129.60 gestellt. Die ersteren beiden seien beglichen worden, Fr. 324.00 werde am 7. Oktober 2017 fällig werden (vgl. act. 2 Rz. 34 und act. 5/19-22). Er gibt sodann an, demnächst eine weitere Rechnung für solche Regiearbeiten von rund Fr. 770.00 stellen zu können (act. 2 Rz. 36).

Einem weiteren Auftraggeber, der F. _____ AG, habe er Ende August eine Rechnung über Fr. 3'240.00 gestellt, welche per 23. September 2017 fällig werde (act. 2 Rz. 27 und act. 5/24 f.). Auch hier seien noch Regiearbeiten im Wert von Fr. 300.00 angefallen und in Rechnung gestellt worden (act. 2 Rz. 38 und act. 5/26 f.).

Sodann verweist der Schuldner auf weitere gestellte Rechnungen für einen Betrag von Fr. 148.80 sowie einen Betrag von Fr. 3'402.50; wovon erstere anfangs Oktober, letztere am 22. September 2017 fällig werde (act. 2 Rz. 39 f. und act. 5/28 f.).

Mit einem Grosskunden habe der Schuldner am 19. August 2017 einen Vertrag über Fr. 43'200.00 abschliessen können. Bei einem Vertragsbruch müsste er 50 % des vereinbarten Pauschalpreises entrichten. Das Material werde direkt vom Auftraggeber geliefert. Am 8. August 2017 und am 5. September 2017 habe er Akontorechnungen über Fr. 10'800.00 und Fr. 6'000.00 stellen können. Erstere sei somit seit dem 7. September 2017 fällig; die zweite Forderung werde am 4. Oktober fällig (act. 2 Rz. 41 und act. 5/30 ff.). Soweit er den Vertrag weiter erfüllen dürfe, würden damit weitere Einnahmen von Fr. 26'400.00 generiert werden. Zudem verweist er auf in Rechnung gestellte Regiearbeiten von Fr. 194.40

(act. 2 Rz. 42 und act. 5/33). Ferner belegt der Schuldner einen weiteren Auftrag dieses Auftraggebers, welcher er im Juni 2017 zu einem Pauschalpreis von Fr. 22'000.00 zzgl. MWST abschliessen konnte. Die Tätigkeiten für diesen Auftrag würden im Oktober 2017 beginnen (act. 2 Rz. 43 und act. 5/34).

Schliesslich verweist er auf ausstehende Rechnungen gegenüber einem weiteren Auftraggeber im Umfang von Fr. 2'950.00, für welche er mittlerweile die Betreuung eingeleitet habe, allerdings Rechtsvorschlag erhoben worden sei (act. 2 Rz. 44 und act. 5/35).

3.7. Nach dem Dargelegten sollte der Schuldner in den nächsten Wochen Zahlungseingänge von rund Fr. 32'000.00 verzeichnen können. Sodann liegen weitere Belege für Aufträge oder Schlusszahlungen für eine Summe von insgesamt rund Fr. 55'000.00 vor, falls der Schuldner seine Tätigkeit fortführen kann. Mit den in den nächsten Wochen (bis spätestens Mitte Oktober) zu erwartenden Zahlungseingängen und den sich auf dem Konto des Schuldners befindenden rund Fr. 7'500.00 ist der Schuldner somit in der Lage, sämtliche Betreibungen / Konkursandrohungen und offene Rechnungen von insgesamt Fr. 34'809.35 innert nützlicher Frist zu begleichen. Mit den laufenden und künftigen Aufträgen legt er sodann glaubhaft dar, dass die Erzielung weiterer Einnahmen gesichert ist und sich seine Ende März 2017 aufgenommene, selbständige Erwerbstätigkeit in eine erfolversprechende Richtung bewegt. Die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten erscheint somit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist somit hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der am 29. August 2017 über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben ist.

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 Dielsdorf vom 29. August 2017, 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. 200.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.00 (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) Fr. 1'220.00 an die Gläubigerin (Fr. 1'600.00 abzüglich der dem Konkursamt entstandenen Kosten von Fr. 380.00) auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'150.00 (Zahlung des Schuldners) Fr. 2'338.20 an die Gläubigerin (Fr. 580.00 = Differenz des von ihr geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.00 abzüglich Rückzahlung des Konkursamtes in Dispositiv Ziff. 3 vorstehend; zzgl. Fr. 1'758.20 = Konkursforderung) und (die nach Abzug des Kostenvorschusses von Fr. 750.00 verbleibenden) Fr. 61.80 an den Schuldner auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rüm- lang-Oberglatt, 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:
22. September 2017