

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180124-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 16. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Schuldner, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Juni 2018 (EK180137)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner, Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der seit dem tt.mm.1996 im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma "C._____", welche den Betrieb einer Wäscherei und Glättereizweckt (act. 10).

2. Mit Urteil vom 27. Juni 2018, 09:15 Uhr, eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Meilen für nachfolgende Forderung der Gläubigerin, Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 8 [= act. 3 = act. 9/10]):

CHF 2'948.50 nebst Zins zu 5% seit 2. August 2017

CHF 208.20 Kostenbeteiligungen KVG 7. Juni 2017, 9. August 2017

CHF 120.00 Mahnspesen

CHF 90.00 Umtriebsspesen

CHF 175.60 Betreuungskosten

./ CHF 2'487.50 Teilzahlungen vom 6. April 2018

3. Dagegen erhob der Schuldner mit am 9. Juli 2018 überbrachter Eingabe rechtzeitig (vgl. act. 11/4) Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 10. Juli 2018 einstweilen erteilt (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 9/1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner belegt am 27. Juni 2018 bei der Obergerichtskasse zu Händen der Gläubigerin Fr. 1'202.25 hinterlegt zu haben (act. 4). Mit dieser Zahlung ist die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung von Fr. 1'160.85 einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten gedeckt. Ferner hat der Schuldner beim Konkursamt Meilen die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 900.– sichergestellt (act. 5). Schliesslich hat der Schuldner am 27. Juni 2018 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt. Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vo-

rübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf un-absehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

3.1 Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach vom 28. Juni 2018 ergeben sich neben der Konkursbetreuung (Betreibung Nr. 1) 40 weitere Betreibungen, von denen jedoch in 26 Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. Von den übrigen 14 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 61'788.40) sind fünf (Gesamtbetrag Fr. 12'022.05) erloschen. Drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 5'545.84) befinden sich im Einleitungsstadium, in zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 2'507.80) hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, in zwei Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger (Gesamtbetrag Fr. 22'047.25) läuft die Pfändung und in einer (von Fr. 18'000.–) die Verwertung. Zudem wurde dem Schuldner in einer weiteren Betreibung (Fr. 1'665.40) bereits der Konkurs angedroht (act. 7/5).

3.2 Der Schuldner führt in seiner Beschwerde aus, seine Zahlungsfähigkeit sei gegeben. Die offenen Forderungen im Totalbetrag von Fr. 50'000.– werde er bis ca. Ende 2019 bezahlen bzw. abtragen können. Aus der Erfolgsrechnung für das Geschäftsjahr 2017 sei ersichtlich, dass er einen Gewinn von Fr. 105'655.61 erzielt habe. Die Auftragslage für das laufende Jahr bzw. der Umsatz des laufenden Jahres bewege sich im selben Bereich, weshalb ebenfalls wieder mit einem guten

Ergebnis gerechnet werden könne. Er werde die daraus resultierenden flüssigen Mittel zur Tilgung der offenen Forderungen einsetzen. Aus den diversen Abrechnungen des Betreibungsamtes bzw. dem Kontoauszug sei zudem ersichtlich, dass diverse Forderungen laufend abbezahlt würden (act. 2 S. 2). Dass über ihn der Konkurs eröffnet wurde, begründet er sodann damit, dass er dank der guten Auftragslage mit den Aufträgen und der Geschäftsführung beschäftigt gewesen sei, weshalb die Administration vernachlässigt worden sei. Dies erkläre auch die gehäufte Anzahl an Betreibungen im letzten Jahr, welche immer hätten bezahlt werden können. In Zukunft werde er die Buchhaltung/Administration stärken und ihr die notwendige Aufmerksamkeit widmen. Er könne und werde sicherstellen, dass keine weiteren Versäumnisse mehr vorkommen würden und die Zahlung der laufenden Verpflichtungen fristgerecht erfolge (act. 2 S. 2 f.).

3.3 Der vom Schuldner eingereichten Erfolgsrechnung für das Geschäftsjahr 2017 ist bei einem Nettoerlös von Fr. 547'121.– der vom Schuldner behauptete Gewinn von Fr. 105'655.61 zu entnehmen (act. 7/6). Zudem belegt der Schuldner, dass er dem Betreibungsamt seit dem 12. Februar 2018 monatlich Fr. 2'000.– zur Abzahlung offener Betreibungsforderungen überwiesen hat (act. 7/7 S. 1), wodurch sich insbesondere der Saldo der Betreibung Nr. 2 (über Fr. 12'047.25) auf Fr. 8'133.15 reduziert hat (act. 7/7 S. 3). Aus einer Abrechnung der Betreibung Nr. 3 (über Fr. 18'000.–) ist zudem ersichtlich, dass an die betreffende Gläubigerin Direktzahlungen von Fr. 11'328.55 geleistet wurden, weshalb in dieser Betreibung noch ein Betrag von Fr. 7'506.60 offen ist (act. 7/7 S. 2). Insgesamt reduzieren sich die offenen Betreibungsforderungen damit mindestens auf Fr. 47'380.90 (davon Fr. 12'022.05 erloschen). Leistet der Schuldner weiterhin Teilzahlungen in derselben Höhe, ist er in der Lage, die noch offenen Betreibungsforderungen innert nützlicher Frist, längstens jedoch innert zwei Jahren, abzutragen. Deshalb ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft, zumal eine Tatsache bereits dann glaubhaft ist, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung des Konkurses bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit

des Schuldners nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht.

Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben. Festzuhalten ist jedoch, dass – sollte es den Erwartungen zum Trotz innert ca. eines Jahres oder weniger wieder zur Konkursöffnung kommen – diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wäre.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Juni 2018 (EK180137-G), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 1'202.25 den Betrag von Fr. 1'160.85 der Gläubigerin und den Restbetrag dem Schuldner auszusahlen.
4. Das Konkursamt Meilen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 900.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksamtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: