

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

Urteil vom 15. März 2016

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 24. Februar 2016 (EK160026)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der seit dem tt. August 2012 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung C._____, welche im Wesentlichen die Kommunikation und den Austausch von Finanzdaten international tätiger Firmen und diesbezügliche Beratungen bezweckt (act. 6 [= act. 5/2]).
2. Am 24. Februar 2016 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirkes Meilen für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 754.50 nebst Zins zu 5 % seit 30. April 2015, Fr. 60.– Mahnspesen sowie Fr. 133.95 Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 7 [= act. 8/10 = act. 3]). Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner am 7. März 2016 rechtzeitig (vgl. act. 11/5) Beschwerde bei der Kammer und liess die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 S. 2). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 8. März 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits geleistet hatte (act. 5/14). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

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, Hinterle-

gung 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 Konkurshindereungsgründe 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, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon; vgl. act. 8/2) inklusive Zinsen und Kosten mit einer Zahlung über Fr. 983.– am 7. März 2016 direkt an die Gläubigerin bezahlt zu haben (act. 5/10). Sodann belegt er, dass er am 4. März 2016 mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– beim Konkursamt Riesbach-Zürich die Kosten des Konkursverfahrens sowie die Kosten des Konkursgerichts sichergestellt hat (act. 5/13). Schliesslich wurde am 7. März 2016 der Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 5/14). Der Konkurshindereungsgrund der Tilgung bzw. 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, so 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). Namentlich muss der Schuldner nachweisen, dass gegen ihn kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkurs- oder in einer

Wechselbetreibung hängig ist und dass keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen. Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende 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 unabsehbare 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 aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_912/2013 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.2.1 Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 1. März 2016 (act. 5/9) ergeben sich neben der Forderung der Konkursgläubigerin insgesamt 48 weitere Betreibungen, von denen jedoch 32 entweder bereits an den Gläubiger bezahlt worden sind, oder der Gläubiger nach Verwertung volle Befriedigung erlangt hat. Damit verbleiben neben der Forderung der Konkursgläubigerin 16 offene Betreibungen mit einem Gesamtbetrag von Fr. 14'573.25. Von diesen Betreibungen ist eine (Betrag Fr. 814.50) erloschen. In acht Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 7'911.25) wurde der Zahlungsbefehl zugestellt, in einer Betreibung (Betrag Fr. 300.–) hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben und in zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 1'877.70) hat der Gläubiger das Fortsetzungsbegehren gestellt. Neben der von der Konkursgläubigerin eingeleiteten Betreibung wurde dem Schuldner zudem noch in vier weiteren Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 3'669.80) der Konkurs angedroht. Der Schuldner belegt, eine dieser vier Forderungen (Betreibung Nr. 2 über Fr. 2'433.80) inzwischen teilweise bezahlt zu haben, wobei inklusive Kosten eine Restforderung der Gläubigerin von Fr. 1'592.40 verbleibt. Der Schuldner hat sich verpflichtet, diese Restforderung in monatlichen Raten à Fr. 200.– zu tilgen

(act. 5/12). Ferner belegt er, mit einer weiteren Gläubigerin (Betreibung-Nr. 3 über Fr. 2'300.–) eine Zahlungsvereinbarung geschlossen zu haben, wobei in diesem Fall eine Restforderung von Fr. 1'551.80 verbleibt, welche in acht Raten à Fr. 194.10 abzuzahlen ist (act. 5/11). Insgesamt verbleiben damit offene Forderungen aus 16 Betreibungen von insgesamt Fr. 12'984.65. Der Schuldner anerkennt, dass auch diejenigen 14 Betreibungen, in welchen er keine Zahlungsvereinbarung mit dem Gläubiger geschlossen hat, zu Recht erfolgt seien (act. 5 S. 7).

2.2.2 Zu seinen finanziellen Verhältnissen und insbesondere zur damit zusammenhängenden Zahlungsfähigkeit führt der Schuldner zunächst aus, er habe zum Betrieb seiner Einzelunternehmung Räumlichkeiten an der D.____-Strasse ... in ... Zürich gemietet. An dieser Adresse betreibe er ein Fitnessstudio samt Büro- raum. Der Mietvertrag sei jedoch gekündigt, weshalb er seine Geschäfte neu von seiner Privatadresse, einer 3.5 Zimmerwohnung an der E.____-Strasse ... in ..., aus tätigen werde. Diese Wohnung bewohne er zusammen mit seiner Freundin, Frau F.____, wobei der Mietzins monatlich Fr. 3'900.– betrage (act. 2 S. 4).

Zu seinen Einnahmen bringt er vor, er habe mit Datum vom 10. Oktober 2015 einen Beratervertrag mit der Firma G.____ Ltd. in Hongkong geschlossen. Nach diesem Vertrag erhalte er monatliche Zahlungen von Fr. 15'000.–, wobei ihm dieses Honorar direkt über die Firma G.____ Ltd. oder via verbundene Firmen wie die H.____ AG überwiesen werde. Ausserdem habe er einen Beratervertrag mit der Firma I.____ in Calgary abgeschlossen (act. 2 S. 4). Dem Auszug für sein Konto bei der Credit Suisse – welches per 4. März 2016 ein Guthaben von Fr. 8'957.66 ausgewiesen habe – sei zu entnehmen, dass er seit dem 1. Oktober 2015, und damit innerhalb eines Zeitraums von rund 5 Monaten, Einnahmen von Fr. 219'010.– generiert habe. Gleichzeitig seien Zahlungen von Fr. 208'164.50 getätigt worden. Die regelmässigen Zahlungen seien über die Firmen J.____ Inc. respektive über G.____ Ltd. und K.____ sowie über die H.____ AG erfolgt (act. 2 S. 5).

Schliesslich macht geltend, er habe für die von ihm gemieteten Räumlichkeiten an der E.____-Strasse ... in Zollikon ein Mietzinsdepot von Fr. 11'850.– und für diejenigen an der D.____-Strasse ... in Zürich ein solches von Fr. 4'053.10

geleistet (act. 2 S. 5; act. 5/6-7). Zudem habe er per 7. März 2016 über Debitorenausstände von Fr. 23'600.– verfügt, welchen Kreditoren von Fr. 8'034.60 gegenübergestanden seien; es resultiere damit rechnerisch ein Guthaben von Fr. 15'565.40 (act. 2 S. 6; act. 5/8).

Resümierend bringt er zu seiner Zahlungsfähigkeit vor, die nicht durch die beiden Abzahlungsvereinbarungen gedeckten Ausstände von insgesamt Fr. 9'839.45 könne er bereits beinahe aus seinem Bankguthaben von Fr. 8'957.66 bei der Credit Suisse decken. Die restlichen Forderungen von insgesamt nicht einmal Fr. 1'000.– könne er sodann mit der nächsten Zahlung über rund Fr. 15'000.–, welche ihm zukomme, decken. Zudem würden es ihm die monatlich und damit regelmässig aus den Zahlungen für seine Beratertätigkeit generierten liquiden Mittel erlauben, auch künftig seine laufenden Kosten zu begleichen. Ferner verfüge er über Debitoren von insgesamt Fr. 23'600.–, welche er nun eintreiben werde. Aus diesem Grund sei vorliegend seine Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit, womit seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft dargelegt sei (act. 2 S. 7).

2.2.3 Zu den vom Schuldner geltend gemachten Einnahmen ist anzumerken, dass es bei der als "*management consulting agreement*" bezeichneten Vereinbarung, welche zwischen dem Schuldner und der G._____ Ltd. geschlossen wurde, einen Widerspruch zwischen der Entschädigungssumme in Buchstaben und derjenigen in Ziffern gibt. So ergeben sich aus dem Wortlaut des Vertrages lediglich jährliche Einnahmen des Schuldners von Fr. 18'000.– bzw. monatliche von Fr. 1'500.–, während in Ziffern die Zahlen Fr. 15'000.– bzw. Fr. 180'000.– genannt werden (vgl. act. 5/4 S. 2). Auch scheint unklar, ob – wie der Schuldner geltend macht (vgl. act. 2 S. 5) – alle auf seinem Konto bei der Credit Suisse erfolgten Zahlungseingänge der Firmen J._____ Inc., G._____ Ltd., K._____ sowie der H._____ AG aufgrund dieses sowie eines weiteren, nach Angaben des Schuldners angeblich mit der Firma I._____ in Calgary abgeschlossenen Beratervertrages erfolgt sind (vgl. act. 2 S. 4 f.). Ausgewiesen ist jedoch, dass auf dem Konto des Schuldners bei der Credit Suisse in der Zeit zwischen dem 2. Oktober 2015 und dem 3. März 2016 – und damit in einem Zeitraum von rund 5 Monaten – Zah-

lungen von insgesamt Fr. 219'010.– eingegangen sind (act. 5/5). Die regelmässigen monatlichen Ausgaben des Schuldners belaufen sich gemäss der von ihm eingereichten Kreditorenliste vom 7. März 2016 auf Fr. 8'034.60 (vgl. act. 5/8), wobei diese Zahlungen zumindest teilweise über das Konto des Schuldners bei der Credit Suisse abgewickelt wurden (vgl. act. 5/5) und dementsprechend in den über dieses Konto abgewickelten Zahlungen bereits enthalten sind. Die Liste ist allerdings offenkundig unvollständig, weist sie weder Krankenkassenleistungen noch Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen aus. Den für den Zeitraum von Oktober 2015 bis März 2016 genannten Einnahmen stehen zudem Ausgaben von Fr. 208'164.50 gegenüber, was einen monatlichen Einnahmenüberschuss von rund Fr. 2'150.– ($[\text{Fr. } 219'010.- \text{ ./. } 208'164.50] / 5$) aus der offenbar Privates und Unternehmerisches vermischenden Aufstellung ergibt. Angesichts dessen, dass den offenen Betreuungsforderungen von insgesamt Fr. 12'984.65 (vgl. vorstehend Ziff. II.2.2.1) per 3. März 2016 ein auf dem Konto des Schuldners bestehender Aktivsaldo von Fr. 8'957.66 gegenüberstand, ist derzeit noch anzunehmen, dass der Schuldner in der Lage sein wird, neben der Finanzierung der laufenden Unterhaltskosten auch die restlichen Schulden innert nützlicher Frist, jedenfalls aber innerhalb von zwei Jahren, abzutragen. Deshalb erscheint die Zahlungsfähigkeit des Schuldners derzeit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkureröffnung 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 Bezirkes Meilen vom 24. Februar 2016, 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. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 1'000.– 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.
5. 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:
15. März 2016