

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160232-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichterin
Prof. Dr. I. Jent-Sørensen und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga so-
wie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 17. Januar 2017

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 Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Diels-
dorf vom 1. Dezember 2016 (EK160403)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 6. November 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma "A._____ Management und Kommunikation" eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt die Vermittlung und den Verkauf von Automobildienstleistungen, die Beratung in den Bereichen Marketing/Kommunikation/Medien und Werbung sowie den Handel mit Tabakwaren (act. 6).

2. Mit Urteil vom 1. Dezember 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Regensdorf den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 857.60 nebst Zins zu 5% seit 9. Dezember 2015, Fr. 30.– Mahnkosten und Fr. 95.– Inkassogebühren sowie Betreuungskosten von Fr. 121.60 (act. 3 = act. 7 = act. 8/7).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 9. Dezember 2016 (Datum Poststempel) beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter stellte er den Antrag, das Konkursamt Höngg-Zürich sei superprovisorisch anzuweisen, dem Beschwerdeführer per sofort sämtliche vom Konkursbeschluss betroffenen Gegenstände frei- bzw. herauszugeben (act. 2 S. 2).

4. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Antrag, das Konkursamt Höngg-Zürich sei superprovisorisch anzuweisen, dem Schuldner per sofort sämtliche vom Konkursbeschluss betroffenen Gegenstände frei- bzw. herauszugeben, infolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-9). Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

1.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn ein Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven).

1.2. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) *vor* der Konkureröffnung verwirklichte. Dieser Umstand hätte nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkureröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

2. Konkurs hinderungsgrund:

2.1. Der Schuldner macht geltend, die der Konkureröffnung zu Grunde liegende Forderung "zusammen mit anderen Forderungen" bereits am 18. November 2016 und damit *vor* Konkureröffnung getilgt zu haben. Er verweist dabei auf

eine Sammel-Banküberweisung von der Zürcher Kantonalbank an das Betreibungsamt Regensdorf vom 18. November 2016 (act. 5/4) und führt aus, damit seien sämtliche Schulden bei der Gläubigerin, d.h. auch die Konkursforderung einschliesslich aller geforderten Kosten, beglichen worden. Unverständlicherweise habe das Betreibungsamt das einbezahlte Geld nicht an die Gläubigerin ausbezahlt, sondern ihm (dem Schuldner) mit Valuta vom 24. November 2016 den Betrag von Fr. 842.40 zurücküberwiesen. Dieses Vorgehen des Betreibungsamtes habe der Schuldner nicht kommen sehen. Er sei vielmehr gutgläubig davon ausgegangen, sämtliche Schulden gegenüber der Gläubigerin am 18. November 2016 beglichen zu haben. Aus diesem Grund sei er auch nicht zur Konkurs-eröffnungsverhandlung vom 1. Dezember 2016 erschienen. Die fehlerhafte Rücküberweisung des Geldes durch das Betreibungsamt habe er erst zur Kenntnis genommen, als er von der Konkursöffnung erfahren und seinen Kontoauszug geprüft habe (act. 2 S. 3-4). In der Folge – so der Schuldner weiter – habe er sich bei der Gläubigerin nach der Höhe seiner Ausstände erkundigt und sogleich sämtliche Schulden direkt bei ihr beglichen, was diese anschliessend schriftlich bestätigt habe (act. 2 S. 5 mit Verweis auf act. 5/9).

2.2. Im vom Schuldner erwähnten Schreiben der Gläubigerin vom 8. Dezember 2016 (act. 5/9) bestätigt diese, dass der Schuldner sämtliche Ausstände inklusive Zinsen und Kosten bezahlt habe. Weiter teilt die Gläubigerin darin mit, an der Durchführung des eröffneten Konkurses vom 1. Dezember 2016 nicht mehr interessiert zu sein. Nebst dem Nachweis, dass die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt wurde (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), liegt mit dem Schreiben der Gläubigerin vom 8. Dezember 2016 ein hinreichender Verzicht auf Durchführung des Konkursverfahrens vor (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Ferner hat der Schuldner mit Zahlung vom 5. Dezember 2016 beim Konkursamt Höngg-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichtes Fr. 2'000.– (act. 5/10) sowie am 8. Dezember 2016 auch die Kosten von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren sichergestellt (act. 5/11).

2.3. Unklar ist, ob die Konkursforderung – wie vom Schuldner geltend gemacht – bereits mit der Geldüberweisung an das Betreibungsamt vom 18. November 2016 und somit *vor* Eröffnung des Konkurses getilgt wurde. Nach der oben erwähnten Praxis der Kammer (vgl. Ziff. II./1.2.), auf welche auch der Schuldner in seiner Beschwerde verweist (act. 2 S. 6), würde dies die Prüfung der Zahlungsfähigkeit obsolet machen.

Wie erwähnt, verweist der Schuldner diesbezüglich einzig auf eine Sammel-Banküberweisung resp. Belastungsanzeige der Zürcher Kantonalbank (act. 5/4). Gemäss dieser Belastungsanzeige sind vom Privatkonto von C._____ mit Valuta vom 18. November 2016 Fr. 16'000.– an das Betreibungsamt Regensdorf überwiesen worden. Der Grund für die Überweisung dieses Betrages ist aus der Anzeige nicht ersichtlich. Es fehlt insbesondere der Hinweis, dass C._____ die Überweisung für den Schuldner A._____, also zur Tilgung seiner Forderungen, vorgenommen hat (vgl. act. 5/4). Ob von Seiten des Betreibungsamtes Regensdorf in der Folge bei C._____ Erkundigungen über den Zahlungszweck eingeholt wurden, ist nicht aktenkundig, wäre aber sinnvoll gewesen. Vor diesem Hintergrund kann nicht angenommen werden, dass die am 24. November 2016 vom Betreibungsamt Regensdorf auf das Konto des Schuldners bei der Zürcher Kantonalbank überwiesenen Fr. 842.40 (vgl. act. 5/5) mit der Zahlung von Fr. 16'000.– vom 18. November 2016 in Zusammenhang stehen, wie es der Schuldner ausführt (act. 2 S. 3). Weder aus der erwähnten Belastungsanzeige (act. 5/4) noch aus den weiteren eingereichten Unterlagen ist ersichtlich, dass die am 18. November 2016 überwiesenen Fr. 16'000.– zur Tilgung der Ausstände des *Schuldners* erfolgt waren. Damit war es dem Betreibungsbeamten auch nicht möglich, den Betrag an die in Betreuung gesetzten Forderungen des Schuldners, insbesondere an die Konkursforderung, anzurechnen. Das erklärt, warum die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1) im Betreibungsregisterauszug vom 6. Dezember 2016 noch offen war (act. 5/12 S. 2). Mit der Überweisung der Fr. 16'000.– vom 18. November 2016 kann der Nachweis der Tilgung mithin nicht erbracht werden. Darüber hinaus scheint der Schuldner selber nicht sicher zu sein, wann er die Konkursforderung beglichen haben will. So

gab er anlässlich der Einvernahme beim Konkursgericht zu Protokoll, die Konkursforderung am 25. November 2016 bezahlt zu haben (act. 5/6 Antwort 17).

Es ist daher davon auszugehen, dass die Konkursforderung wie unter Ziff. II./2.2. festgehalten, erst *nach* Eröffnung des Konkurses getilgt wurde. Folglich bleibt noch, mit Blick in die Zukunft, die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

3. Zahlungsfähigkeit:

3.1. 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, 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. 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 den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, 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, E. 2.3).

3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Unternehmens vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der Schuldner reichte einen Auszug des Betreibungsregisters vom 6. Dezember 2016 (act. 5/12) ein, woraus ersichtlich ist, dass neben der Betreuung der nun beglichenen Konkursforderung noch 24 weitere Beteiligungen bestehen. Acht davon wurden aber bereits beim Betreibungsamt bezahlt (Code 105). In fünf Fällen wurden die Gläubiger nach Verwertung vollständig befriedigt (Code 302) und eine Betreuung wurde gelöscht (Code 501). Drei weitere Forderungen bezahlte der Schuldner inklusive Zinsen und Kosten zwischen dem 6. und 9. Dezember 2016.

Er belegt das mit den entsprechenden Zahlungsbestätigungen der jeweiligen Gläubiger (act. 5/9, 5/14 und 5/17-19). Schliesslich bezahlte der Schuldner auch zwei Betreibungen der Stadt D._____ und eine der Stadt E._____, wie aus seinem Kontoauszug vom 9. Dezember 2016 ersichtlich ist (act. 5/13). Nicht klar ist, ob damit jeweils auch die aufgelaufenen Betreuungskosten oder allfällige Zinsforderungen der Städte D._____ und E._____ vollständig getilgt sind. Jedoch ist davon auszugehen, dass allfällige Restforderungen betragsmässig nicht sehr hoch wären.

3.3. Die restlichen 4 Betreibungen (Betreibung Nr. 2, 3, 4 und 5) belaufen sich insgesamt auf etwas weniger als Fr. 10'000.–. Sie werden vom Schuldner allesamt bestritten (act. 2. S. 7-9). Für die Ausführungen, diese Betreibungen seien zu Unrecht erhoben worden, fehlen – mit einer Ausnahme (act. 5/16) – Unterlagen, welche die Behauptungen glaubhaft erscheinen liessen. Die Frage, ob der Schuldner die erwähnten Betreibungen zu Recht bestreitet, kann vorliegend jedoch unbeantwortet bleiben. Auch mit Schulden im Umfang von Fr. 10'000.– wäre seine Zahlungsfähigkeit – wie sogleich zu zeigen sein wird – immer noch zu bejahen.

3.4. Der Schuldner erklärt, die Zahlungsschwierigkeiten seien primär auf seine eigene "erhebliche Schludrigkeit" zurückzuführen. Zwar hätten auch finanzielle Engpässe dazu geführt, zahlungsunfähig sei er jedoch nicht. Am Anfang seiner Selbstständigkeit habe er die Geschäfts- und Kostenentwicklung zu optimistisch eingeschätzt. Um die Geschäftstätigkeit zu fördern und die Durststrecke zu überwinden, habe er sich keinen oder nur einen geringen Lohn ausbezahlt. Gleichzeitig habe er seine Fixkosten auf ein Minimum reduziert. So habe er seine Büroräumlichkeiten aufgelöst und wohne wieder bei seinen Eltern, welche ihm freie Kost und Logis gewährten. Seine im Februar 2015 gegründete F._____ GmbH, deren Alleininhaber er sei und zu deren Gunsten er die Tätigkeit im Einzelunternehmen sukzessive reduziert habe, entwickle sich immer mehr zu einer gut laufenden Firma. Als Folge dieses Geschäftserfolges habe er die offenen Forderungen über das Firmenkonto der GmbH bezahlen können (act. 2 S. 10 f.).

3.5. Ob der Schuldner mit seinen beiden Unternehmungen einen Gewinn erwirtschaftet, ist unbekannt. Eine Bilanz resp. Zwischenbilanz oder eine Erfolgsrechnung der vergangenen Jahre reichte er nicht ein. Immerhin verweist er in der Beschwerdeschrift auf Rechnungen an eine Kundin, für welche er von Februar bis November 2016 monatlich Dienstleistungen für Fr. 2'500.– bis Fr. 5'000.– erbracht hat (act. 5/22). Zu Gunsten des Schuldners ist davon auszugehen, dass er diese Einnahmen auch weiterhin erzielen wird. Gutzuhalten ist dem Schuldner, dass er – mit Ausnahme der bestrittenen Betreibungen – sämtliche Gläubiger unmittelbar nach der Konkureröffnung befriedigt hat (vgl. Ziff. II./3.2.). Das Geschäftskonto der F._____ GmbH wies, nachdem er die soeben erwähnten Zahlungen vorgenommen hatte, einen Saldo von rund Fr. 6'332.65 auf (vgl. act. 5/13). Schliesslich verfügte er per 7. Dezember 2016 auf seinem Privatkonto bei der ZKB über ein Guthaben von Fr. 7'053.32 (act. 5/5) und per 1. Dezember 2016 auf dem Privatkonto bei der UBS über ein solches von Fr. 3'140.95 (act. 5/23), insgesamt rund Fr. 10'200.–.

3.6. Damit verfügt der Schuldner über genügend flüssige Mittel, um selbst die von ihm bestrittenen Schulden von weniger als Fr. 10'000.– zu bezahlen. Aufgrund der zu erwartenden Einnahmen mit der Firma F._____ GmbH sowie der bescheidenen persönlichen Lebenshaltungskosten, erscheint es darüber hinaus glaubhaft, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Seine Zahlungsfähigkeit ist daher noch zu bejahen. Sollte es jedoch diesen Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkureröffnung kommen, so wäre dies als ein starkes Indiz für die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu werten.

3.7. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs ist aufzuheben.

III.

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.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. Dezember 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. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'600.– (Fr. 2'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– 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 sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Regensdorf, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am:
17. Januar 2017