

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170198-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 12. September 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **Krankenkasse**, Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 15. August 2017 (EK170215)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) war bis zum 19. April 2017 (TR-Datum 12. April 2017) als Inhaber der Einzelunternehmung A1._____ Unternehmensberatungen im Handelsregister eingetragen. Er bezweckte mit dieser Unternehmung die Erbringung von Beratungsdienstleistungen im Bereich der Unternehmensberatung mit Schwerpunkt Organisation, Geschäftsentwicklung und Finanzen. Am 19. April 2017 (TR Datum 12. April 2017) ist die Einzelunternehmung infolge Geschäftsaufgabe erloschen (act. 5).

2. Mit Urteil vom 15. August 2017 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Uster gestützt auf drei Zahlungsbefehle sowie drei Konkursandrohungen des Betreibungsamtes Dübendorf für folgende Forderungen der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 6 [= act. 3 = act. 7/9]):

Forderungen Betr. 1	CHF	2'324.40	Forderungen Betr. 2	CHF	2'608.60
Zinsen	CHF	256.55	Zinsen	CHF	253.60
Gläubigerkosten	CHF	202.60	Gläubigerkosten	CHF	50.00
Betreibungskosten	CHF	113.20	Betreibungskosten	CHF	192.60
./ . Teilzahlungen	CHF	-	./ . Teilzahlungen	CHF	-
Total	CHF	2'896.75	Total	CHF	3'102.80

Forderungen Betr. 3	CHF	2'561.40
Zinsen	CHF	216.95
Gläubigerkosten	CHF	120.35
Betreibungskosten	CHF	192.60
./ . Teilzahlungen	CHF	-
Total	CHF	3'091.30

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner am 4. September 2017 (überbracht bzw. Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 11/1) Beschwerde bei der Kammer und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2; act. 8). Auf die

Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits geleistet hatte (vgl. act. 4/1/1 und 4/1/3). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

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. 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 bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist 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 hat am 4. September 2017 bei der Obergerichtskasse Fr. 9'090.85 und damit einen Betrag sichergestellt, der den drei der Konkureröffnung zugrunde liegenden Betreuungsforderungen inkl. Kosten und Zins entspricht (act. 4/1/1-2). Ausserdem hat der Schuldner am 4. September 2017 beim Konkursamt Dübendorf zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 500.– sichergestellt (act. 4/2). Schliesslich hat der Schuldner am 4. September 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 4/1/1 und 4/1/3). Der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkureröffnung 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). 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 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 aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindrucks (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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.2.1 Aus dem Auszug des Schuldners aus des Betreibungsregister des Betreibungsamtes Dübendorf vom 28. August 2017 (act. 9/1) ergeben sich neben den drei der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Betreibungen (Betreibungen-Nrn. 1, 2, 3) 49 weitere Betreibungen, von denen jedoch in 23 Fällen entweder die Forderung an das Betreibungsamt bezahlt wurde oder nach einer Verwertung eine volle Befriedigung des Gläubigers resultierte. Von den übrigen 26 Betreibungen ist eine Betreibung erloschen und 16 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 100'419.–) sind durch Rechtsvorschlag gehemmt. Zudem wurde in 5 Betrei-

bungen (Gesamtbetrag Fr. 19'735.60) die Konkursandrohung und in 4 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 37'867.10) der Zahlungsbefehl zugestellt. Insgesamt ergeben sich aus dem Betreibungsregister damit offene Betreibungsforderungen von Fr. 158'021.70 (Fr. 100'419.– + Fr. 19'735.60 + Fr. 37'867.10).

2.2.2 Der Schuldner führt zu seinem Betreibungsregisterauszug aus, der Grossteil der darin aufgeführten Positionen sei verjährt bzw. bereits durch Verwertung vollständig bezahlt. Zudem seien mit sämtlichen Gläubigern der offenen Forderungen bereits Abzahlungsvereinbarungen abgeschlossen worden oder kurz vor Abschluss; zum Beleg bietet der Schuldner die Aussage von C._____, D._____ AG an. Weiter führt er aus, die einzigen Forderungen, für welche keine Vereinbarung habe gefunden werden können, seien diejenigen der Konkursgläubigerin (act. 8 S. 1).

Die Abnahme der vom Schuldner zur Glaubhaftmachung der von ihm behaupteten Abzahlungsvereinbarungen offerierten Zeugenaussage fällt von vornherein ausser Betracht. So ist eine Beschwerde gegen einen Konkurseröffnungsentscheid – wie vorstehend bereits ausgeführt – innert der Rechtsmittelfrist von 10 Tagen *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO), was bedeutet, dass der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Nachfristen sind nicht zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Der vorinstanzliche Entscheid wurde dem Schuldner am 25. August 2017 zugestellt (act. 11/1), wobei der Schuldner die Beschwerdeschrift am 4. September 2017 und damit am letzten Tag der Beschwerdefrist der Post übergeben hat (vgl. act. 8); da die Zahlungsfähigkeit – wie gesehen – innert der Rechtsmittelfrist *abschliessend* zu begründen und glaubhaft zu machen ist, ist die Abnahme von Beweismitteln nach Ablauf dieser Frist ausgeschlossen. Ferner verkennt der Schuldner, dass die Zahlungsfähigkeit in der Beschwerdeschrift selbst zu substantieren ist bzw. die Begründung der Zahlungsfähigkeit nicht erst Folge des Beweisverfahrens sein darf (vgl. etwa ZK ZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, 3. A. 2016, Art. 55 N 12). Dies bedeutet, dass die von den Parteien angerufenen Beweismittel nicht dazu dienen dürfen, Ausführungen zu substantieren, sondern

einzig dazu, bereits substantiiert dargelegte Ausführungen zu belegen. Die pauschale Behauptung des Schuldners, wonach er mit sämtlichen Gläubigern bereits Abzahlungsvereinbarungen abgeschlossen habe bzw. solche Vereinbarungen kurz vor Abschluss stünden, ist deshalb von vornherein ungenügend. Vielmehr wäre im Rahmen der Beschwerdeschrift für jeden einzelnen Gläubiger darzulegen gewesen, ob und zu welchen Konditionen eine Abzahlungsvereinbarung abgeschlossen wurde oder wann mit dem Abschluss einer solchen gerechnet werden könne bzw. in welchem Stadium sich die entsprechenden Verhandlungen befänden. Die geltend gemachten Abzahlungsvereinbarungen wurden damit gar nicht erst rechtsgenügend behauptet. Gleiches gilt, soweit der Beschwerdeführer pauschal vorbringt, die meisten der in seinem Betreibungsregisterauszug aufgeführten Positionen seien verjährt, wäre doch diesbezüglich einerseits für jede einzelne Betreibungsforderung deren Rechtsgrund und andererseits der Ablauf der entsprechenden Verjährungsfrist glaubhaft zu machen gewesen. Dies gilt umso mehr, als die ältesten offenen Betreibungen aus dem Jahr 2015 stammen (vgl. act. 9/1) und eine Verjährung damit keineswegs offensichtlich ist.

2.2.3 Hinzu kommt, dass der Schuldner auch zu seinen finanziellen Mitteln, welche ihm monatlich zur Abzahlung der offenen Schulden zu Verfügung stehen, keine rechtsgenügenden Angaben macht. So führt er zunächst zu seinem Einkommen einzig aus, er werde per 1. Oktober 2017 mit der Firma E._____ ein Anstellungsverhältnis mit einem 50 % Pensum eingehen und ein monatliches Einkommen von Fr. 4'500.– erzielen. Mit weiteren Unternehmen sei er in finaler Verhandlung und werde gesamthaft mit einem Pensum von 80-100 % arbeiten und ein monatliches Einkommen von mindestens Fr. 7'000.– generieren. Deshalb sei er in der Lage, die offenen Forderungen über die nächsten 12 Monate vollständig zu bezahlen (act. 8 S. 1 f.). Als Beleg reicht er dabei lediglich einen mit der Firma E._____ – E'._____ AG am 23. August 2017 geschlossenen Arbeitsvertrag ein (act. 9/2). Aus diesem ergibt sich jedoch nicht – wie vom Schuldner behauptet – ein monatliches Einkommen von Fr. 4'500.–, sondern dass sich der Lohn des Schuldners aus der Höhe nach nicht vordefinierten Provisionen und Beteiligungen zusammen setzt (vgl. act. 9/2 S. 2 f.). Dass der Schuldner im Rahmen dieser Tätigkeit tatsächlich Fr. 4'500.– pro Monat verdienen wird, ist deshalb aufgrund der

eingereichten Unterlagen nicht hinreichend dargetan. Das Vorbringen des Schuldners, wonach er in finaler Verhandlung zum Abschluss eines weiteren Arbeitsvertrages stehe, welcher ihm die Erzielung eines monatlichen Einkommens von rund Fr. 3'000.– ermöglichen werde, ist sodann als reine Parteibehauptung zu qualifizieren. Endlich macht der Schuldner keinerlei Angaben zu seinen monatlichen Ausgaben wie etwa Miete, Krankenkasse oder Versicherungen, weshalb gestützt auf den vom Schuldner vorgetragenen Sachverhalt bzw. die von ihm eingereichten Unterlagen von vornherein nicht beurteilt werden kann, ob die von ihm behaupteten monatlichen Einnahmen ausreichen, um neben den laufenden Ausgaben auch noch die in erheblichen Ausmass vorhandenen Schulden innert nützlicher Frist abzutragen.

Insgesamt wurde damit die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gar nicht erst rechtsgenügend behauptet, weshalb es dem Schuldner nicht gelungen ist, hinreichend darzutun, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Da damit seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft ist, sind die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde ist daher abzuweisen.

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

III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; dem

Schuldner nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 9'090.85 dem Konkursamt Dübendorf zu überweisen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Kopien der act. 2 und 8;
 - die Obergerichtskasse;
 - die Vorinstanz;
 - das Konkursamt Dübendorf;
 - das Grundbuchamt Dübendorf;je gegen Empfangsschein sowie mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dübendorf.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach Ablauf der Beschwerdefrist zurück an die Vorinstanz.
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: