

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170252-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 24. November 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **Versicherungen AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 7. November 2017 (EK170339)

Erwägungen:

1. Am 7. November 2017 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit Beschwerde vom 14. November 2017 beantragt er die Aufhebung des Konkurses (act. 2).

Es wurden die Akten des Konkursgerichts beigezogen, und der Beschwerde wurde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

2. 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 Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

Die Frist für die Beschwerde beträgt zehn Tage (Art. 174 Abs. 1 SchKG; DIGGELMANN, Rechtsmittel gegen die Konkursöffnung, in FS JENT, ZZZ 2016 S. 100). Die Vertreterin des Schuldners rechnet sie ab Übergabe einer Kopie des Urteils durch den Konkursbeamten (act. 2 S. 2). Das ist unter dem Aspekt der anwaltlichen Vorsicht klug, entspricht aber nicht der Praxis der Kammer, welche auf die förmliche Zustellung durch das Gericht abstellt (KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N. 18a; OGerZH PS120221/Z1 = ZR 112/2013 Nr. 4). Hier konnte das Urteil dem Schuldner nicht zugestellt werden, weil er es auf der Post nicht abholte (act. 7/10). Hier greift die Zustellfiktion von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, weil das Gericht die Vorladung zur Verhandlung über den Konkurs richtig zugestellt hatte (act. 7/6) und der Schuldner daher mit der Zustellung des Urteils im Sinne des Gesetzes "rechnen musste" (KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 168 N. 2). Das Urteil gilt somit nach Ablauf der siebentägigen Abholfrist am 15. November 2017 als zugestellt; erst ab diesem Zeitpunkt begann die Beschwerdefrist zu laufen.

Der Vorschuss für die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurde bezahlt (act. 5/6).

Laut Konkursandrohung und angefochtenem Urteil beträgt die Forderung, welche dem Konkurs zugrunde liegt, Fr. 320.70 nebst Zins zu 5% seit dem 1. September 2016 (gemäss Art. 209 Abs. 1 SchKG bis zur Konkurseröffnung, also bis zum 7. November 2017), Fr. 81.60 Betreuungskosten und Fr. 100.-- "Bearbeitungsgebühren" der Gläubigerin. Mit der Hinterlegung von Fr. 522.35 bei der Kasse des Obergerichts kann die Gläubigerin befriedigt werden. Da die Gläubigerin dem Konkursrichter einen Vorschuss von Fr. 1'800.-- leistete und sie auch diesen ohne Abzug zurück erhalten muss, sind für ihre vollständige Befriedigung auch die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes sicherzustellen (KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N. 10). Das hat der Schuldner mit Zahlung von Fr. 500.-- an das Konkursamt getan (act. 5/5).

Zahlungsfähigkeit bedeutet gemäss der Praxis, dass der Schuldner in der Lage ist, die unmittelbar dringendsten Verpflichtungen zu bedienen und die übrigen Schulden innert längstens zweier Jahre abzutragen. Das ist glaubhaft zu machen (im Einzelnen zu den Anforderungen KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N. 12 ff.). Der Schuldner will glauben machen, der aktuelle Konkurs sei sozusagen nur ein Betriebsunfall, weil er mit profitablen Arbeiten so gut ausgelastet sei, dass er die Forderung übersah (act. 2 S. 4 unten). Dem steht der unschöne Betreuungsauszug entgegen, der seit 2013 nicht weniger als 45 Betreibungen und zwei offene Verlustscheine ausweist (act. 5/8). Der Schuldner erklärt das mit persönlichen Schwierigkeiten nach einer Scheidung im Jahr 2012 (act. 2 S. 4). Richtig ist, dass er offenbar den allergrössten Teil der in Betreuung gesetzten Forderungen bedienen konnte, wenn auch mit erheblicher Verzögerung (bei zahlreichen Betreibungen ist vermerkt "Befriedigung nach Verwertung"). Aktuell sind Betreibungen aus den Jahren 2016 und 2017 mit einem Gesamtbetrag von rund 65'000.-- offen, dazu die erwähnten Verlustscheine im Betrag von zusammen rund Fr. 7'000.--. Der Schuldner macht geltend, er habe für 2017 ein grosses Auftragsvolumen von rund Fr. 371'000.--, wovon er auch bereits Fr. 178'000.-- akonto in Rechnung gestellt habe, Fr. 34'500.-- allein im laufenden Monat (act. 2

S. 4). Dafür liegen einzelne Unterlagen vor (act. 5/9 und 5/10), welche zwar bei weitem nicht vollständig sind, aber die Darstellung doch mindestens teilweise belegen. Über laufende Kosten trägt der Schuldner nichts vor. Was vom Umsatz als Gewinn bleibt, lässt sich daher nicht abschätzen; immerhin dürfte die Tätigkeit des Schuldners als selbständiger Bauleiter vor allem in der Verwertung der Arbeitskraft des Schuldners selbst bestehen, sodass nicht allzu viele Ausgaben anfallen sollten. Schwerer wiegt, dass über greifbare Aktiven wie Kontoguthaben überhaupt keine Angaben gemacht werden, sodass angenommen werden muss, der Schuldner habe zur Zeit kein Bargeld zur Verfügung. Wenn die Auftragslage und die Perspektiven für baldige Zahlungseingänge so gut sind wie dargestellt, muss das unmittelbare Fehlen liquider Mittel der Zahlungsfähigkeit nicht unbedingt entgegen stehen. Diese ist allerdings nur gerade noch als glaubhaft anzusehen. Praxisgemäss wird bei einem ersten Konkurs ein vergleichsweise milder Massstab angelegt. Sollte es zu einer erneuten Konkurseröffnung kommen, könnte eine erneute Beschwerde mit den heute vorgelegten knappen Unterlagen nicht mehr erfolgreich sein.

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet.

3. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Kosten des Konkursgerichts (Fr. 200.--) wurden aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogen. Indem das Konkursamt der Gläubigerin Fr. 1'800.-- zu zahlen hat, werden die Kosten der Gläubigerin ersetzt und trägt sie der Schuldner.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 7. November 2017, 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, die bei ihr hinterlegten Fr. 522.35 der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.-- (Fr. 500.-- 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.
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 Niederhasli-Niederglatt, 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:
24. November 2017