

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 15. Februar 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch B._____,

gegen

C.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 23. Januar 2018 (EK170711)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem 21. Januar 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "D._____ Consulting A._____". Das Unternehmen bezweckt die Ausbildung, Entwicklung, Selektion und Vermittlung von Personal sowie die Unternehmensberatung, Beteiligung von Change-Projekten, Teamentwicklung, Mediation, Coaching und Mental-Training (act. 8).

1.2. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) vom 23. Januar 2018, 13.45 Uhr, wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 2'166.30 nebst 5% Zins seit 27. April 2017 und Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 7/7 = act. 3 = act. 6 S. 2).

1.3. Mit Beschwerde vom 30. Januar 2018 (Datum Poststempel) beantragte der Schuldner rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 1; act. 7/8). Mit Verfügung vom 31. Januar 2018 wurde die beantragte aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert, mit dem Hinweis, der Schuldner könne seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen (act. 10). Der Schuldner reichte am 7. sowie 8. Februar 2018 (Datum Poststempel) und damit innert laufender Rechtsmittelfrist drei Eingaben (act. 12, act. 14 und act. 17) und weitere Belege (act. 13/A-L, act. 15/A-B und act. 18/1-14) nach. Mit Verfügung vom 9. Februar 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. 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, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbe-

weise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Aus den vom Schuldner eingereichten Belegen ergibt sich, dass die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 2. Februar 2018 an die Gläubigerin bezahlt wurde (act. 13/E) und überdies für dieselbe Forderung zusätzlich eine Zahlung an das Betreibungsamt erfolgte (vgl. act. 13/A). Mit Valutadatum vom 7. Februar 2018 stellte der Schuldner sodann die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sicher (vgl. act. 15/A i.V.m. act. 13/H) und leistete auch den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren (act. 15/B und act. 16). Damit gelingt es dem Schuldner, den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachzuweisen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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, in näherer Zukunft 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 der 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, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, 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 vom 10. Juli 2012 E. 2.3).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Rafzerfeld vom 1. Februar 2018 weist – ohne die (doppelt) getilgte Konkursforderung – insgesamt drei zwischen dem 12. Mai und 28. November 2017 eingeleitete Betreibungen über einen Forderungsbetrag von total Fr. 43'366.65 aus (act. 13/L). Zur Betreibung-Nr. 1 der E. _____ AG über Fr. 7'750.90 reicht der Schuldner eine Belastungsanzeige vom 21. August 2017 ein, wonach Fr. 7'750.90 an die E. _____ AG bezahlt wurden. Mit Valuta vom 30. August 2018 leistete der Schuldner zudem Fr. 331.35 an das Betreibungsamt Rafzerfeld (act. 13/K). Die Betreibungsforderung ist damit als getilgt anzusehen. Der Schuldner macht hinsichtlich der Betreibung-Nr. 2 über Fr. 23'038.30 geltend, F. _____ habe die Betreibung zurückgezogen (act. 12 S. 2). Für einen Betreibungsrückzug liegen keine Belege vor, der Schuldner weist aber zwei Zahlungen an F. _____ über Fr. 6'000.00 sowie Fr. 17'244.90 nach (act. 13/B-C). Damit hat auch diese Betreibungsforderung als getilgt zu gelten. Die in Betreibung gesetzte Forderung des Kantons Zürich aus der Betreibung-Nr. 3 beglich der Schuldner sodann samt Zinsen und Kosten mit Valutadatum vom 29. Januar 2018 an das Betreibungsamt Rafzerfeld (act. 13/D). Es ist folglich davon auszugehen, dass gegenüber dem Schuldner keine offenen Betreibungsforderungen mehr vorliegen.

2.3.3. Der Schuldner macht geltend, er sei davon ausgegangen, dass die offene Konkursforderung am 29. Dezember 2017 bezahlt worden sei, weshalb er sich beim Konkursgericht nicht gemeldet und den Termin der Konkursverhandlung nicht wahrgenommen habe. Die Zahlung der Forderung sei dann aber aufgrund eines Fehlers der Bank nicht ausgeführt worden (act. 2 S. 1). In Zahlungsschwierigkeiten sei er dadurch geraten, dass er damals aufgrund der Zusage der Credit Suisse zur Hypothekarerhöhung über Fr. 200'000.00 auf der Liegenschaft in G. _____ ZH mit dem Hausumbau resp. der Renovation begonnen habe. Aufgrund des fehlenden Firmenabschlusses des Jahres 2016 sei die zugesprochene Hypo-

thekarerhöhung in der Folge (noch) nicht ausbezahlt worden und die bereits aufgelaufenen Rechnungen hätten aus dem Verdienst sowie den Ersparnissen bezahlt werden müssen. Am 28. Dezember 2017 sei auch noch seine Mutter verstorben, was wiederum viel Zeit, Emotionen und Energie in Anspruch genommen habe. Zu seiner künftigen Zahlungsfähigkeit bringt der Schuldner vor, mit dem Erhalt der Fr. 200'000.00 aus der Hypothekarerhöhung sein verbrauchtes Sparkonto wieder auffüllen zu können. Der Wert der Liegenschaft in G. _____ ZH liege nach dem Umbau resp. der Sanierung bei Fr. 1'500'000.00. Zusätzlich werde er ungefähr an Ostern resp. Mitte des Jahres 2018 die Erbschaft seiner Mutter von zirka Fr. 5.5 bis 6 Millionen ausbezahlt erhalten. Er und seine Ehefrau würden des Weiteren einen monatlichen Nettoverdienst von gemeinsam Fr. 16'000.00 erzielen. Seine Ehefrau habe zwar am 17. November 2017 einen schweren Verkehrsunfall erlitten, sei während ihrer Rehabilitationszeit aber zu 100% versichert (act. 2 S. 2 f. und act. 17 S. 2).

2.3.4. Es ist festzuhalten, dass der Schuldner in den letzten fünf Jahren viermal betrieben wurde. Verlustscheine sind keine registriert (act. 13/L). Ein Schluss auf ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten des Schuldners kann aus dem Betreibungsregisterauszug nicht gezogen werden. Das Privatkonto und das Kontokorrentkonto des Schuldners weisen per 8. Februar 2018 liquide Mittel von total (lediglich) rund Fr. 370.00 aus. Es ist jedoch zu beachten, dass innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufgebracht werden konnten, um neben der (doppelten) Tilgung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten auch die weiteren Betreibungsforderungen zu begleichen. Dem eingereichten Jahresabschluss der Einzelfirma zufolge wurde im Jahr 2016 ein Gewinn von Fr. 23'313.36 erzielt (act. 18/3). Der Schuldner rechnet im Jahr 2017 und 2018 mit einem etwa gleichen Umsatz, jedoch einer Reduktion der Kosten für Miete und Fahrzeug (act. 18/1). Offene Debitoren bestünden nicht, gemäss unterschriftlicher Bestätigung liegen die offenen Kreditoren per 8. Februar 2018 bei insgesamt Fr. 1'032.60 (act. 18/1). Der Schuldner scheint neben der Führung seines Einzelunternehmens zudem in einem (Teilzeit-)Anstellungsverhältnis gestanden zu haben. Aus den vorgelegten Belegen gehen nunmehr an den Schuldner ausbezahlte Arbeitslosentaggelder von monatlich rund Fr. 5'600.00 sowie Einkünfte seiner Ehefrau aus zwei Teilzeit-

anstellungen über zirka Fr. 9'700.00 hervor. Für ihren Sohn H._____ erhält die Ehefrau zudem Alimente von monatlich Fr. 1'338.00 (act. 18/4; act. 18/12-14). Ein beim Schuldner zu erwartender Erbanfall erscheint glaubhaft, auch wenn über die genaue Höhe sowie den Zeitpunkt eines Mittelzuflusses keine aussagekräftigen Belege vorliegen (vgl. act. 18/11). Gemäss Schreiben der Credit Suisse vom 24. Januar 2018 ist die Erhöhung der Hypothek auf dem Einfamilienhaus in G._____ ZH und eine Auszahlung des Erhöhungsbetrages von Fr. 200'000.00 auf das Privatkonto des Schuldners in Aussicht gestellt (act. 10/10).

Anhand des eingereichten Jahresabschlusses der Einzelunternehmung und den belegten Mittelzuflüssen ist davon auszugehen, dass der Schuldner die Lebenshaltungskosten (vgl. act. 18/5-7) sollte bestreiten und die Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen sollte befriedigen können. Aufgrund der eingereichten Belege und dem Gesagten ist die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG anzusehen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, 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 der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens 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.). Die Beschwerde des Schuldners ist demgemäss gutzuheissen und die Konkursöffnung über ihn mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. Januar 2018 ist aufzuheben.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat. Es ist belegt, dass der Schuldner die erstinstanzliche Spruchgebühr über Fr. 200.00 am 30. Januar 2018 an die Vorinstanz leistete

(act. 13/G und act. 7/10). Davon ist Vormerk zu nehmen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 23. Januar 2018, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

Es wird davon Vormerk genommen, dass der Schuldner die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 bereits an die Vorinstanz geleistet hat.

3. Das Konkursamt Eglisau wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.00 (Fr. 1'200.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Kopien von act. 2, 12, 14 und 17, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Eglisau, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rafzerfeld, 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
15. Februar 2018