

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180022-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 2. März 2018

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 Uster vom 6. Februar 2018 (ER180008)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 6. Februar 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Uster den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (act. 3 = act. 7 = act. 8/5). Dieser beantragte mit Eingabe vom 19. Februar 2018 an die Kammer als "obere Aufsichtsbehörde der Betreibungs- und Konkursämter" die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 1 f.). Mit Verfügung vom 20. Februar 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um den Kostenvorschuss für das obergerichtliche Verfahren zu leisten (act. 11). Dieser ging fristgerecht ein (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11). Die Sache erweist sich als spruchreif.
2. Der Beschwerdeführer nahm das angefochtene Urteil am 14. Februar 2018 entgegen (act. 8/8). Die Beschwerde wurde somit rechtzeitig eingereicht. Es bleibt richtigzustellen, dass das Obergericht Beschwerdeinstanz gemäss Art. 174 SchKG gegen Konkurseröffnungsentscheide erstinstanzlicher Konkursgerichte ist (Art. 1 lit. c ZPO in Verbindung mit Art. 166 SchKG). In dieser Funktion amtet es als Rechtsmittelinstanz und nicht als (obere) Aufsichtsbehörde über Betreibungs- und Konkursämter i.S. von Art. 18 SchKG.
3. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

4. Der Beschwerdeführer weist nach, am 16. Februar 2018 den Betrag von Fr. 1'158.80 bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/4, act. 10). Dieser Betrag reicht aus, um die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung von Fr. 898.10 zuzügl. 5 % Zins vom 1. März 2017 bis 6. Februar 2018 (Fr. 42.10), Fr. 100.– Gläubigerkosten und Fr. 118.60 Betreuungskosten zu begleichen. Die Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts wurden durch eine Einzahlung von Fr. 700.– beim Konkursamt Uster am 16. Februar 2018 sichergestellt (act. 5/5). Der Beschwerdeführer wies den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG damit innert der Beschwerdefrist rechtsgenügend nach. Der Konkurs ist dann aufzuheben, wenn auch die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers glaubhaft ist.

5. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Deshalb hat der Schuldner aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. 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 abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch konkret dargelegt werden, damit glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

6.1 Der Beschwerdeführer erklärt, wegen eines früheren Einzelunternehmens im Handelsregister eingetragen zu sein (act. 2 S. 2). Unter der Firma "C.\_\_\_\_\_" be-

trieb er ein Büro für Marketing-, Werbe- und Unternehmensberatung und Dienstleistung sowie Public Relations, das seit dem tt.mm.2013 im Handelsregister eingetragen ist (act. 9).

6.2 Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage und das Zahlungsverhalten eines Schuldners gibt das Betreibungsregister. Der Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts Uster zeigt seit Februar 2013 insgesamt 38 Betreibungen (act. 5/7). Dies wirft kein gutes Bild auf die Zahlungsmoral und / oder die finanzielle Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer räumt selbst ein, in der Vergangenheit kein zuverlässiges Zahlungsverhalten an den Tag gelegt zu haben (act. 2 S. 3).

Von den 38 Betreibungen sind gegenwärtig aber nur noch vier offen; die anderen wurden durch Bezahlung ans Betreibungsamt erledigt. Abzuziehen ist ferner die Forderung der Beschwerdegegnerin (Betreibung Nr. 1), die bei der Obergerichtskasse hinterlegt wurde. Zusätzlich zur Konkursforderung hat der Beschwerdeführer einen Betrag von Fr. 5'630.40 beim Obergericht einbezahlt (act. 5/20, act. 10). Er gibt an, dass es sich dabei um eine Sicherheitsleistung für die offenen Betreibungsschulden gegenüber der D. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 2) in der Höhe von Fr. 1'216.65 sowie des Staats Zürich und der Stadt E. \_\_\_\_\_ und deren Kirchgemeinde (Betreibung Nr. 3) in der Höhe von Fr. 4'413.75 handle (act. 2 S. 3). Damit bleibt einzig eine offene Betreibung für eine Forderung ebenfalls gegenüber der Beschwerdegegnerin in der Höhe von Fr. 998.10, die im Stadium der Betreibungseinleitung steht. Zu beachten ist, dass es sich dabei – wie auch bei der Konkursforderung und acht weiteren, ans Betreibungsamt bezahlten Positionen – um die Krankenkassenprämie des Beschwerdeführers handelt, mithin um eine Schuld, die monatlich anfällt und bei der es mit einer einmaligen Tilgung nicht getan ist.

6.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er über ein beträchtliches Einkommen und ein solides Vermögen verfüge (act. 2 S. 3). Aus den Akten ergibt sich, dass er seit September 2017 bei der F. \_\_\_\_\_ AG, einer Kommunikationsagentur in ..., angestellt ist und ein monatliches Einkommen von rund Fr. 8'700.– netto zuzügl. 13. Monatslohn erzielt (act. 5/11, act. 5/13-17).

6.4 Der Betreibungsregisterauszug des Beschwerdeführers zeigt, dass er insbesondere regelmässig anfallenden Verpflichtungen wie Krankenkassen- und Versicherungsprämien, Steuern und Gesundheitskosten nur unzuverlässig nachkam. Seit letztem Herbst hat er wieder eine Festanstellung und erzielt ein relativ gutes Einkommen. Seit dann ist es auch nur noch zu einer weiteren Betreuung (für Krankenkassenprämien) gekommen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers mit ihrem Einkommen (gemäss Steuererklärung 2016 rund Fr. 3'800.– pro Monat) mithilft, die Familie zu tragen. Die gegenwärtige finanzielle Situation lässt somit eine Abarbeitung bestehender – bereits in Betreuung gesetzter und allfälliger weiterer – Schulden nebst der Bezahlung laufend anfallender Verpflichtungen zu. Der Beschwerdeführer scheint sodann gewillt, die bestehenden Schulden zu bereinigen, was eine wichtige Voraussetzung ist, um ihm im Hinblick auf seine Zahlungsfähigkeit ein positives Zeugnis auszustellen. Vor diesem Hintergrund ist der Antrag des Beschwerdeführers gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben. Sollte es in dessen erneut zur Nichtbezahlung laufender Verpflichtungen wie Krankenkassenprämien kommen, liesse sich eine günstige Prognose nicht ohne weiteres nochmals stellen.

7.1 Der vom Beschwerdeführer bei der Obergerichtskasse zuhanden der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag von Fr. 1'158.80 ist dieser zur Tilgung der Konkursforderung auszubezahlen.

7.2 Der ebenfalls beim Obergericht einbezahlte Betrag von Fr. 5'630.40 ist gemäss Beschwerdeführer zur Tilgung der Forderungen der D.\_\_\_\_\_ AG und des Staats Zürich sowie der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ gedacht (act. 2 S. 3). Zu beachten ist, dass es sich bei den ins Recht gereichten Abrechnungen des Betreibungsamts um provisorische Forderungsbeträge handelt (act. 5/19). Es erscheint daher sachgerecht, den Gesamtbetrag dem Betreibungsamt Uster zu überweisen, damit dieses nach definitiver Abrechnung die Auszahlung an die Gläubiger vornimmt und allfällige Nachschüsse vom Beschwerdeführer einfordert. Dies bringt für den Beschwerdeführer den Vorteil, dass im Betreibungsregister die Forderungen anschliessend auf den Stand "Z" gesetzt werden und für Dritte die Tilgung ersichtlich ist.

8.1 Durch die verspätete Zahlung hat der Beschwerdeführer sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamts, des Konkursgerichts und des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Das Konkursgericht hat seine Kosten aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogen. Ihr ist der gesamte Vorschuss von Fr. 2'000.– durch das Konkursamt zu ersetzen. Dem Beschwerdeführer wird das Konkursamt das überweisen, was von den bei ihm einbezahlten Beträgen (Fr. 1'550.– vom Konkursgericht unter Abzug seiner Kosten überwiesen, Fr. 700.– vom Beschwerdeführer bezahlt) nach Abzug seiner Kosten übrig bleibt – so gehen auch die Kosten des Konkursgerichts zu Lasten des Beschwerdeführers. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

8.2 Der Beschwerdegegnerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 6. Februar 2018, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.– wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'250.– (Fr. 700.– Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 2'000.– und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug der Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Beschwerdegegnerin Fr. 1'158.80 auszubezahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem Betreibungsamt Uster Fr. 5'630.40 zu überweisen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Uster, das Betreibungsamt Uster und das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.
7. 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:

Dr. M. Isler

versandt am:  
2. März 2018