

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180046-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
MLaw C. Funck

Urteil vom 11. April 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 20. März 2018 (EK180080)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster (nachfolgend: Vorinstanz) vom 20. März 2018 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 976.80 zuzüglich aufgelaufener Zins von Fr. 12.30, Gläubigerkosten von Fr. 198.25 sowie Betreuungskosten von Fr. 158.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6 = act. 7/6, nachfolgend zitiert als act. 6). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 29. März 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 7/7 sowie Art. 63 SchKG) Beschwerde, wobei er im Wesentlichen die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). Ebenfalls innert Frist machte er mit Eingabe vom 6. April 2018 ergänzende Ausführungen und reichte weitere Unterlagen ein (act. 10 und act. 11/1-7). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-10). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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 hindernde Gründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Der Schuldner leistete der Gläubigerin am 12. März 2018 und damit noch vor Konkurseröffnung eine Teilzahlung von Fr. 937.50 (act. 5/3). Zudem hinterlegte er innert Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin Fr. 500.– (act. 5/5 und act. 9), womit der noch offene Restbetrag der zum Konkurs führenden Forderung inklusive Zinsen und Kosten gedeckt ist. Weiter bezahlte der Schuldner den mutmasslichen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren

von Fr. 750.– ein (act. 5/5 und act. 9). Ebenfalls fristgerecht reichte der Schuldner schliesslich einen Beleg des Konkursamtes Uster ein, wonach er zur Sicherstellung der Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Spruchgebühr der Vorinstanz für die Konkursöffnung einen Kostenvorschuss von Fr. 700.– geleistet hatte (act. 5/4). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also 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, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Der Schuldner ist Inhaber der EU C. _____ mit Sitz in D. _____ (act. 2 Rz 7, act. 5/7 und act. 8). Die Aktiven, die Passiven, die Liquidität und der Geschäftsgang dieses Einzelunternehmens sowie die Vermögenslage des Schuldners wurden jedoch nicht vollständig offen gelegt.

Zwar sind einzelne Umstände bekannt. So macht der Schuldner etwa glaubhaft, dass er per 29. März 2018 auf seinen Privat- und Firmenkonten über rund Fr. 7'500.– verfügte (act. 2 Rz 7 und act. 5/8) und aktuell noch Aufträge zu erfüllen sind, welche Einnahmen von rund Fr. 15'000.– erwarten lassen (act. 2 Rz 8 und act. 5/9/1-2). In einer von ihm unterzeichneten Erklärung vom 29. März 2018 führte der Schuldner sodann aus, es bestünden noch nicht ausgestellte Rechnungen über Fr. 8'000.– (act. 5/11). Lediglich eine nicht glaubhaft gemachte Behauptung ist jedoch, dass er gegenüber diversen Privatpersonen noch offene Forderungen habe, welche er noch nicht einverlangt habe (act. 2 Rz 7). Erwähnt werden sodann Maschinen, wobei darüber nichts Näheres bekannt ist (act. 10 S. 3).

Weiter liegt ein Auszug über offene Betreibungen vom 29. März 2018 im Recht (vgl. act. 5/6) und es ist belegt, dass inzwischen bis auf die Betreibung Nr. ... alle darin aufgeführten Forderungen im Umfang von total Fr. 14'920.20 am 4. April 2018 durch Zahlungen an das Betreibungsamt getilgt wurden (act. 10 S. 2 f. und act. 11/1-6). Hinsichtlich der Betreibung Nr. ... über Fr. 1'071.85 behauptet der Schuldner zwar ebenfalls, die entsprechende Schuld beglichen zu haben, doch reicht er zum Nachweis dieser Aussage keinerlei Belege ein (act. 10 S. 2). Wie diese Tilgungen beim erwähnten Kontostand des Schuldners möglich waren und wie hoch das Guthaben heute ist, ist unklar. Es besteht somit Ungewissheit über die Liquidität des Schuldners. Sodann ist kritisch anzumerken, dass der Schuldner es unterliess, einen Auszug aus dem Betreibungsregister einzureichen, der über sämtliche Betreibungsvorgänge der letzten Jahre Aufschluss erteilt (in der Regel umfasst der Auszug die letzten fünf Jahre). Ein solcher hätte wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gegeben. Über sonstige, nicht in Betreibung gesetzte Schulden besteht ebenfalls Ungewissheit. Zwar liegt eine vom Schuldner unterzeichnete Bestätigung vom 29. März 2018 vor, wonach er abgesehen von den offenen Betrei-

bungen über insgesamt Fr. 15'992.05 über keine Schulden mehr verfüge, doch wird im selben Dokument auch ausgeführt, es seien noch Zahlungen von Fr. 7'577.– zu leisten (act. 5/11). Die vom Schuldner in Aussicht gestellte Auflistung der Kreditoren und Debitoren (vgl. act. 2 Rz 8) reichte er auch mit der Eingabe vom 6. April 2018 nicht ein (vgl. act. 10); er behauptet darin lediglich, weder über nennenswerte Schulden noch über Debitoren von mehr als jeweils wenigen hundert Franken zu verfügen (act. 10 S. 3).

Ebenso fehlen Bilanzen- und Erfolgsrechnungen. Der Schuldner will offenbar in naher Zukunft die Führung der E._____ AG übernehmen und das Einzelunternehmen in diese integrieren (vgl. act. 2 Rz 9, act. 10 S. 3, act. 5/10-12 und act. 11/7). Es ist durchaus denkbar, dass daher die Geschäftstätigkeit der Einzelunternehmung C._____ reduziert wurde, wie dies der Schuldner darlegt (act. 2 Rz 9), doch ist das lediglich eine Behauptung.

Gesamthaft betrachtet vermag der Schuldner – dem bewusst ist, dass er die Zahlungsfähigkeit darzulegen hat (vgl. act. 2 Rz 6) – nicht glaubhaft zu machen, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Da keine Übersicht über die Vermögenslage des Schuldners und Unklarheit über die Geschäftstätigkeit bzw. den Geschäftsgang des Einzelunternehmens bestehen, ist nicht ersichtlich, ob der Schuldner in der Lage ist, sowohl seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen als auch allfällige noch bestehende Schulden abzutragen. Auch ist über das Zahlungsverhalten des Schuldners nichts bekannt. Der Umstand, dass der Schuldner im Jahr 2016 bereits einmal in Konkurs fiel, welcher auf Beschwerde hin aufgehoben wurde (vgl. OGer ZH PS160150 vom 5. September 2016), lässt allerdings vermuten, dass die Zahlungsschwierigkeiten nicht bloss vorübergehend sind. Die Zahlungsfähigkeit erscheint damit nicht als wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit und ist folglich nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen.

5. Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Kon-

kursrichter 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 Konkurs eingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines 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 mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 500.– dem Konkursamt Uster zuhanden der Konkursmasse des Schuldners zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel bzw. Kopien von act. 2 und act.10, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, 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 C. Funck

versandt am: