

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180084-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 6. Juni 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 Zürich
vom 22. Mai 2018 (EK180633)

Erwägungen:

1. Am 22. Mai 2018 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 2). Die unmittelbar darauf dem Obergericht überbrachten Unterlagen liessen darauf schliessen, dass er den Entscheid anfechten wolle, doch fehlte eine eigentliche Beschwerdeschrift und waren die Belege auch nicht ausreichend für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 6, Verfügung vom 25. Mai 2018). Vom Konkursgericht wurden dessen Akten beigezogen (act. 8, Dossier EK180633). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte der nunmehr anwaltlich vertretene Schuldner am 1. Juni 2018 die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 9). Mit Verfügung vom 4. Juni 2018 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 13). Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (Art. 98 in Verbindung mit Art. 251 ZPO) von Fr. 750.-- hat der Schuldner von sich aus und ohne auf eine eigene Fristansetzung zu warten bezahlt (act. 12/6).

Die Sache ist spruchreif.

2. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Im Beschwerdeverfahren können vom Gesetz genannte Tatsachen neu geltend gemacht werden, die sich während der Beschwerdefrist ereignet haben (Art. 174 Abs. 1 SchKG; das in Abweichung des sonst geltenden Ausschlusses aller neuen Behauptungen gemäss Art. 326 ZPO). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde. Kann der Schuldner zudem glaubhaft machen, dass er zahlungsfähig ist, wird die Konkursöffnung aufgehoben (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

2.1 Am Tag nach der Konkursöffnung zahlte der Schuldner dem Betreibungsamt Fr. 1'049.95 (act. 3/1). Das war ein Kleines zu wenig für die vollständige Befriedigung von Forderung, Zins und Betreibungskosten. Das Fehlende zahlte der Schuldner tags darauf nach (act. 3/2). Damit war die dem Konkurs zugrun-

de liegende Forderung erloschen (Art. 123 Abs. 2 SchKG) und im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG getilgt. Die Gläubigerin hat das bestätigt (act. 12/12/2).

Liess es der Schuldner bis zur Konkursöffnung kommen, ist der Gläubiger damit freilich nicht befriedigt. In aller Regel (Art. 169 Abs. 2 SchKG) verlangt das Konkursgericht einen Vorschuss, welcher hier auf Fr. 1'800.-- festgesetzt wurde (act. 8/5). Dieser muss dem Gläubiger bei Gutheissung der Beschwerde zurückgegeben werden können, und das ist daher vom Schuldner ebenfalls sicherzustellen. Das Konkursgericht bringt seine Kosten in Abzug und überweist den Rest dem Konkursamt. Dieses musste nach der Konkursöffnung sofort tätig werden (Art. 175 SchKG). Es schätzt ab, wie hoch seine Kosten sein werden, wenn der Konkurs aufgehoben wird, und teilt das auf Anfrage dem Schuldner mit (KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N. 10). Das ist hier erfolgt, und der Schuldner hat die erforderlichen Fr. 1'400.-- hinterlegt (act. 12/7 und 12/8).

2.2 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass der Schuldner über ausreichende liquide Mittel verfügt, um den laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und die bestehenden Altlasten innert längstens zwei Jahren zu tilgen. Dafür kommt es einerseits auf die aktuelle finanzielle Situation an, andererseits auf die Möglichkeiten des Schuldners, mit seinem Betrieb ein positives Ergebnis zu erzielen. Das alles ist wie erwähnt nur aber immerhin glaubhaft zu machen.

Praxisgemäss ist Ausgangspunkt der Beurteilung der Auszug aus dem Betriebsregister. Dieser zeigt für die vor vier Jahren gegründete Einzelunternehmung des Schuldners eine Betreuung für rund Fr. 500.-- aus dem Jahr 2015, die offenbar nicht weiter verfolgt wurde, ebenfalls eine einzige aus dem Jahr 2017 für etwas über Fr. 1'000.--, die als bezahlt ausgewiesen ist. Im Jahr 2018 wurden drei Betreibungen eingeleitet, neben der, welche zum Konkurs führte, eine bezahlt über Fr. 156.-- und eine bei Ausstellen des Auszuges noch offene für Fr. 3'600.--, die aber in der Folge auch bezahlt wurde (act. 12/10 und act. 12/13/1). Verlustscheine gibt es keine. An anderen Verbindlichkeiten besteht einzig der mit Fr. 40'000.-- nicht ausgeschöpfte und nicht fällig gestellte Betriebskredit der C._____ [Bank] (act. 12/16-18).

Den Verbindlichkeiten stehen gegenüber: Bankguthaben von Fr. 27'500.-- (act. 12/23) und Guthaben für erbrachte Leistungen (diese offenbar irrtümlich entgegen den Einzelbelegen durchwegs mit "11.06.2018" datiert: act. 12/19 und 12/20) in der Höhe von Fr. 16'000.--. Für die aktuellen Verbindlichkeiten reicht das offenkundig aus.

Eigentliche Altlasten sind keine abzutragen. Für die Zukunft seines Geschäftes und seiner finanziellen Situation verweist der Schuldner auf aktuell gestellte Offerten im Umfang von gesamthaft Fr. 1'536'000.-- (act. 12/21). Das sagt nicht allzu viel aus, weil weder klar ist, mit welchem Erfolg dieser Bemühungen er rechnen kann, und wie hoch seine Marge ist (was Angaben zu Gewinnungskosten erforderte, wie sie etwa einer Jahresrechnung entnommen werden könnten, was der Schuldner allerdings nicht vorlegt). Immerhin hat der Vater des Schuldners schriftlich bestätigt, dass er für dessen Lebenshaltungskosten von rund Fr. 5'000.-- monatlich (act. 12/25) aufkommt, solange keine der gestellten Offerten angenommen wird (act. 12/26), und die Solvenz des Vaters steht ausser Frage (Steuerbeleg act. 12/27).

Unter diesen Umständen ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners im Sinne von Art. 174 SchKG glaubhaft gemacht. Sollte es innert absehbarer Frist zu einem weiteren Konkurs kommen, müssten allerdings höhere Anforderungen gestellt werden und könnte auf eine ordentlich geführte Gewinn- und Verlustrechnung der Unternehmung nicht verzichtet werden.

3. Die Kosten beider gerichtlicher Instanzen und die des Konkursamtes hat der Schuldner zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung verursacht worden sind. Eine Entschädigung an die Beschwerdegegnerin entfällt, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine Umtriebe entstanden sind, die abzugelten wären.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Mai 2018, 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 erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt, dem Schuldner auferlegt und gemäss der nachstehenden Weisung über die Verwendung der beim Konkursamt liegenden Vorschüsse bezogen.
3. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Unterstrass-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.– (Fr. 1'400.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– 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, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 9, sowie an das Einzelgericht des Konkursgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Unterstrass-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 6, alles 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
7. Juni 2018