

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160199-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 4. November 2016

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner

vertreten durch C. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 11. Oktober 2016 (EK160180)

Erwägungen:

1. Am 11. Oktober 2016 wurde gestützt auf eine Forderung von Fr. 4'585.95 über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 3). Das Urteil wurde ihm am 19. Oktober 2016 zugestellt (act. 7/7). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach, unter Berücksichtigung der Regelung des Fristenablaufs am Wochenende, am 31. Oktober 2016 ab (Art. 142 ZPO). Mit Beschwerde vom 19. Oktober 2016 beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 20. Oktober 2016 wurde er darauf hingewiesen, dass er bislang seine Zahlungsfähigkeit noch nicht glaubhaft gemacht habe und seine Beschwerde innerhalb der Beschwerdefrist noch ergänzen könne. Überdies wurde dem Schuldner eine Frist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (act. 8). Mit Eingabe vom 25. Oktober 2016 (Poststempel) ergänzte er seine Beschwerde (act. 11). In der Folge wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (Verfügung vom 26. Oktober 2016, act. 13).

2. a) 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 Konkurshinderungsgründe (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 Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) 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. mit Urkunden nachzuweisen hat.

- b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner mit der Einreichung der Postquittung über den Betrag von Fr. 4'585.85 die Zahlung der

Konkursforderung innert der Beschwerdefrist belegt (act. 4/1 i.V.m. act. 6 und act. 7/7). Er stellte ausserdem innert laufender Rechtsmittelfrist beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 4/2).

Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete der Schuldner einen Barvorschuss (act. 15).

3. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen 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 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

- b) Der Beschwerdeführer ist Inhaber des Einzelunternehmens "A.____ D.____, A.____", welches seit 4. August 1995 mit dem Firmenzweck "Flachdachisolationen, Gussasphalt, Fugenabdichtungen spezial Dilatationen, Feuchtigkeitsabdichtungen; Reparaturen von Flachdächern sowie alle weiteren diesem Zweck dienlichen Arbeiten" im Handelsregister eingetragen ist (act. 5). Der Beschwerdeführer brachte vor, es sei ein Versehen,

dass über ihn der Konkurs eröffnet worden sei. Selbst wenn sich weitere Konkursgläubiger melden würden, so verfüge er über genügend liquide Mittel, um diese bezahlen zu können. Per 19. Oktober 2016 weise sein Sparkonto bei der ZKB einen Saldo von Fr. 200'550.55 aus (act. 2 i.V.m. act. 4/4 sinngemäss). Da er bis November 2015 als Unterakkordant gearbeitet habe, die wirtschaftliche Situation schon seit einigen Jahren sehr schlecht sei und er seit Dezember 2015 pensioniert sei, wolle er die Firma A. _____ D. _____ per Ende 2016 schliessen. Mit diesem Schreiben [damit meint er die Eingabe vom 24. Oktober 2016, act. 11] bestätige er, dass er keine grossen Schulden habe. Jegliche Schulden, die noch offen seien, werde er begleichen; dies auch nach der Schliessung der Firma. Er besitze ein Haus im Wert von ca. einer Million Franken und die Hypothek belaufe sich auf ca. Fr. 300'000.-. Seine Frau arbeite 100% und erziele einen Lohn von Fr. 4'300.- monatlich. Seine Pension belaufe sich monatlich auf Fr. 2'256.- (act. 11).

4. a) Zum Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit reichte der Schuldner einen Auszug aus dem Betreibungsregister vom 25. Oktober 2016 über einen Zeitraum von 5 Jahren ein (act. 12 S. 1). Danach wurden seit 2012 46 Beteiligungen eingeleitet. Davon sind heute, unter Berücksichtigung der Tilgung der vorliegenden Konkursforderung, noch 11 Beteiligungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 45'979.05 offen. Für zwei Forderungen wurde die Beteiligung eingeleitet (insgesamt Fr. 2'121.55), für eine Forderung der Zahlungsbefehl ausgestellt (Fr. 1'340.30) und für 3 Forderungen das Fortsetzungsbegehren gestellt (insgesamt Fr. 29'190.90). 4 Beteiligungsforderungen befinden sich im Stadium der Konkursandrohung (insgesamt Fr. 6'486.30).

Diesen Schulden steht ein Guthaben auf dem Sparkonto der ZKB von Fr. 200'550.55 gegenüber (vgl. act. 4/4). Eine Zwischenbilanz bzw. eine aktuelle Kreditoren- und Debitorenliste reichte der Schuldner zwar nicht ein, er machte aber geltend, er sei seit Dezember 2015 pensioniert und wolle die Firma per Ende 2016 schliessen. Ob er damit geltend machen will, die Firma sei inaktiv (vgl. act. 10) ist unklar. Dem Beteiligungsregisterauszug ist aber

zu entnehmen, dass die im Jahr 2016 eingeleiteten Beteiligungen weder Lieferanten- noch Arbeitnehmerforderungen betreffen. Der Schuldner ist am 11. November 1950 geboren, weshalb er ab Ende November 2015 AHV-rentenberechtigt ist. Die von ihm behauptete Rente von Fr. 2'256.00 scheint realistisch zu sein. Bei Aufgabe der Geschäftstätigkeit werden die im Beteiligungsregister-Auszug aufgeführten und geleisteten Zahlungen an die Ausgleichskasse hinfällig. Wegfallen dürften auch die Zahlungen an die Inkassostelle E._____ und an die Genossenschaft F._____. Nebst dem Lohn seiner Ehefrau, dessen Höhe von Fr. 4'300.- nicht belegt wurde, sollte es aber dem Ehepaar möglich sein, in Zukunft die laufenden Lebenshaltungskosten zu decken.

Ob der Schuldner über eine mit einer Hypothek in der Höhe von ca. Fr. 300'000.- belasteten Liegenschaft im Wert von ca. einer Million Franken verfügt, wurde nicht belegt. Insgesamt waren die vom Schuldner eingereichten Unterlagen zur Untermauerung seiner Zahlungsfähigkeit sehr dürftig. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass sein vorhandenes Guthaben auf der Kantonalbank ausreicht, um sämtliche Schulden, auch wenn nicht alle bekannt sind, zu tilgen. Als erstes wird er die sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Beteiligungsforderungen zu tilgen haben, um weitere Konkursöffnungen zu verhindern.

b) Weshalb der Schuldner die Liquidierung der Einzelfirma nicht längst vollzogen hat, ist nicht nachvollziehbar. Er hat zur Zeit genügend finanzielle Mittel, damit die Einzelfirma ordentlich liquidiert werden kann. Bei einer erneuten Konkursöffnung wird sich die Frage stellen, ob der Beschwerdeführer die auf der Kantonalbank liegenden Vermögenswerte für die Erfüllung anderer Verbindlichkeiten (bspw. für die Fa. D._____ AG, vgl. act. 16) benötigt. Es fällt nämlich auf, dass der Schuldner in jüngster Zeit, was bislang nie der Fall war, auch eine Forderung der Krankenkasse nicht bezahlt hat. Die G._____ AG hat am 21. September 2016 eine Beteiligung für eine Forderung von Fr. 421.55 eingeleitet (vgl. act. 12).

5. Gestützt auf obige Erwägungen hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG für den heutigen Zeitpunkt hinreichend glaubhaft gemacht. Die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses sind erfüllt, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.
6. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 11. Oktober 2016, 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 vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.- wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt H._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.- (Fr. 500.- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'550.- Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) dem Gläubiger Fr. 2'000.- und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), an das Konkursamt H._____ und an das Grundbuchamt H._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt H._____, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
4. November 2016