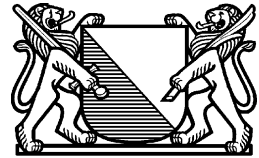


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180062-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 17. Mai 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 Hinwil
vom 23. April 2018 (EK180071)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil (nachfolgend: Vorinstanz) vom 23. April 2018 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 881.50 zuzüglich 5 % Zins seit dem 3. Juni 2017, Fr. 125.– Nebenforderungen sowie Fr. 289.80 Betreibungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/9; nachfolgend zitiert als act. 7). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 4. Mai 2018 (Datum Poststempel) fristgerecht (vgl. act. 8/10) Beschwerde, wobei er die Aufhebung der Konkursöffnung und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gläubigerin (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 7. Mai 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Mit ebenfalls noch innert Beschwerdefrist eingereichter Eingabe vom 7. Mai 2018 (Datum Poststempel) legte der Schuldner sodann noch einen Betreibungsregisterauszug vom 7. Mai 2018 ins Recht (act. 11; act. 12/15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-14). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Der Schuldner weist nach, dem Konkursamt Wald am 2. Mai 2018 einen Betrag von Fr. 3'400.– überwiesen zu haben (act. 5/2). Dieser reicht aus, um die Konkursforderung zuzüglich Zinsen bis zur Konkurseröffnung, Nebenforderungen und Betreuungskosten im Umfang von total Fr. 1'331.70 zu begleichen und die Kosten des Konkursamts sowie des Konkursgerichts sicherzustellen (vgl. act. 5/2). Sodann hinterlegte der Schuldner auch bei der Obergerichtskasse Fr. 1'331.70 zuhanden der Gläubigerin (act. 5/3). Schliesslich bezahlte er am 4. Mai 2018 der Obergerichtskasse den mutmasslichen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– ein (act. 5/14). Damit weist der Schuldner die Konkursaufhebungsgründe der Tilgung bzw. der 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 aber 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).

4.2. Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Dabei 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).

5.1. Der Schuldner ist Inhaber zweier im Handelsregister eingetragener Einzelunternehmungen, der C._____ und der D._____, Inhaber A._____. Beide Unternehmen bezwecken den CDB Hanfanbau sowie den Verkauf von CDB-Produkten (act. 2 Rz 6; act. 5/4-5 und act. 6). Der Schuldner macht geltend, beide erst kürzlich im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmungen seien bis anhin geschäftlich nicht aktiv, weshalb weder Guthaben noch Verpflichtungen bestünden. Seine Schulden seien rein privater Natur (act. 2 Rz 6 und 9). Angesichts des Umstandes, dass die Eintragungen im Handelsregister tatsächlich erst Ende November 2017 bzw. anfangs Dezember 2017 erfolgten (vgl. act. 5/4-5 und act. 6) und im Betreibungsregistrauszug soweit ersichtlich effektiv nur den Schuldner privat betreffende Forderungen wie etwa solche seiner Krankenkasse aufgeführt sind (vgl. act. 12/15), erscheint dies glaubhaft. Als Grund für die Konkurseröffnung gibt der Schuldner denn auch nicht einen schlechten Geschäftsgang an, sondern vielmehr die Vernachlässigung seiner privaten Angelegenheiten aufgrund seiner ihn stark in Anspruch nehmenden beruflichen Tätigkeiten. Er habe seine privaten Verhältnisse aber nun alle bereinigt und werde dafür besorgt sein, dass es kein zweites Mal zu solchen Unannehmlichkeiten komme (act. 2 Rz 9).

5.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregistrauszug über die letzten fünf Jahre. Im vom Schuldner eingereichten Betreibungsregistrauszug vom 7. Mai 2018 (act. 12/15) sind abgesehen von der zum Konkurs führenden Betreuung Nr. ... fünf in den Jahren 2017 und 2018 eingeleitete Betreibungen mit einem Totalbetrag von Fr. 5'892.90 aufgelistet, welche jedoch alle durch mehrheitlich am 4. Mai 2018 erfolgte Zahlungen an das Betreibungsamt ... ZH getilgt wurden (act. 12/15, vgl. auch act. 5/7). Weiter ist eine Betreuung des E._____ aus dem Jahr 2018 über Fr. 247.– aufgeführt (act. 12/15), welche der Schuldner ebenfalls inklusive Zinsen und Kosten am 4. Mai 2018 durch eine Direktzahlung an den Gläubiger beglich (act. 5/8). Damit sind keine offenen Betreibungen mehr vorhanden. Verlustscheine sind im Übrigen keine registriert (act. 12/15).

An dieser Stelle drängt sich eine Bemerkung zum Betreibungsregisterauszug bzw. zum vom Schuldner eingereichten E-Mail vom 20. März 2018 des Betreibungsamtes ... ZH mit einem Screen-shot "Auszug über offene Beteiligungen" auf (act. 5/6): Informationen in dieser Form an einen Schuldner durch die Beteiligungsämter sind auf Verlangen des betroffenen Schuldners wohl zulässig. Für Dritte sind solche informellen Aufstellungen jedoch nur sehr beschränkt aussagekräftig. Gerade in Konkursverfahren sind sie nahezu unbrauchbar. Es geht daraus weder hervor, was für Beteiligungen in der Vergangenheit eingeleitet wurden und wie sie endeten, und auch offene Verlustscheine wurden nicht aufgeführt. Die Beteiligungsämter sind daher gehalten, Schuldner auf diesen Umstand hinzuweisen und im Zweifel regelkonforme Auszüge auf dem dafür vorgesehenen Formular zu erstellen, insbesondere, wenn sich abzeichnet, dass Informationen über Einträge im Beteiligungsregister für die Verwendung in gerichtlichen Verfahren verlangt werden.

5.3. Was die sonstigen finanziellen Verhältnisse des Schuldners betrifft, so ist er seit Mitte 2015 Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der F. _____ AG (act. 2 Rz 8 und act. 5/9). Als Arbeitnehmer dieser Unternehmung bezieht der Schuldner einen Nettolohn von monatlich Fr. 6'000.– (act. 2 Rz 8 und act. 5/11). Er ist Alleinaktionär, wobei er einen Aktienwert von Fr. 100'000.– versteuert (act. 2 Rz 8 und act. 5/10). Sodann verfügt er über ein Konto bei der UBS AG, wobei sich dessen Saldo am 2. Mai 2018 auf Fr. 41.88 belief (act. 2 Rz 8 und act. 5/12). Weiter hält der Schuldner als Gesellschafter der G. _____ GmbH sechs Stammanteile von je Fr. 1'000.– und damit total Fr. 6'000.– (act. 2 Rz 8 und act. 5/13).

Gemäss der Steuererklärung 2016 gewährte H. _____, das frühere Verwaltungsratsmitglied der F. _____ AG (vgl. act. 5/9), dem Schuldner ein Darlehen über Fr. 150'000.– (act. 5/10). Der Schuldner führt aus, dieses regelmässig abbezahlen (act. 2 Rz 8), wofür jedoch keine Belege vorliegen. Überdies ist in der Steuererklärung 2016 eine Schuld von Fr. 84'714.– bei der F. _____ AG (Kontokorrent) aufgeführt (act. 5/10). Diese Schuld bezahlt der Schuldner mit monatlich Fr. 3'747.20 zurück, wobei jeweils direkt von seinem Monatslohn von brutto

Fr. 10'500.– entsprechende Abzüge vorgenommen werden (act. 2 Rz 8 und act. 5/11). Weitere Schulden sind nicht ersichtlich.

5.4. Der Schuldner hat somit bereits sämtliche der in Betreuung gesetzten Forderungen beglichen und zahlt auch seine sonstigen Schulden in Raten ab bzw. ist zu den lediglich behaupteten Abzahlungen vor allem angesichts seines Einkommens in der Lage. Er verfügt auch über Vermögen, wobei dieses allerdings nicht liquide ist. Sodann bestanden keine Zahlungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit den geschäftlichen Tätigkeiten des Schuldners, vielmehr lag der Grund für die Betreibungen in der Vernachlässigung seiner privaten Verhältnisse. Die diesbezüglichen Zahlungsschwierigkeiten sind angesichts dessen, dass es erst ab dem Jahr 2017 zu insgesamt lediglich sieben Betreibungen kam, welche nach Konkursöffnung problemlos getilgt werden konnten, keine Verlustscheine vorhanden sind und es abgesehen vom vorliegend zu beurteilenden Konkurs noch nie zu einer Konkursöffnung kam, heute als kurzfristig bzw. vorübergehend zu qualifizieren. Der Schuldner erscheint jedenfalls nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid und seine Zahlungsfähigkeit ist wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen.

6. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 23. April 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 ver-

rechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 1'331.70 der Gläubigerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Wald ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 4'900.– (Fr. 3'400.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– 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 auszuführen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2, act. 5/2-14, act. 11 und act. 12/15, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wald ZH, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt ... ZH, 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:

MLaw C. Funck

versandt am:
17. Mai 2018