

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120171-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 16. Oktober 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 17. September 2012 (EK120230)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 17. September 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Hinwil für eine Forderung von Fr. 10'569.10 nebst 15% Zins seit 21. November 2011 zuzüglich Fr. 215.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 5). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragt dieser die Aufhebung des Konkursdekretes und reichte verschiedene Beilagen betreffend die Bezahlung der Konkursforderung ein (act. 2, act. 4/1-4).

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 10 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 aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Verfügung vom 21. September 2012 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass seine Beschwerde unvollständig sei, er diese aber bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Zwar seien seinem Konto am 18. September 2012 die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten in Höhe von insgesamt Fr. 12'091.50 sowie die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 250.-- belastet worden. Er müsse aber innert der Rechtsmittelfrist die gesamte Konkursforderung samt Zinsen und Kosten – letztere würden auch die beim Konkursamt anfallenden Kosten umfassen – begleichen bzw. sicherstellen und seine Zahlungsfähigkeit nachweisen. Sodann wurde ihm Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert (act. 8).

Am 26. September 2012 reichte der Schuldner eine weitere Eingabe und diverse Unterlagen ein (act. 10 und 11/1-14). Auf telefonische Aufforderung seitens des Gerichtes wies er schliesslich noch innerhalb der Rechtsmittelfrist die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes nach (act. 12, act. 13 und 16). Da nunmehr der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG vorlag, wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 28. September 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14). Ferner leistete der Schuldner innert Frist den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 17).

4. Überdies hat der Schuldner 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 abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn 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 so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5. Angemerkt sei vorab Folgendes: Der Schuldner war Inhaber der Einzelfirma "C. _____", deren Löschung am 17. April 2012 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert wurde (act. 7). Da er im Handelsregister eingetragen war, unterliegt er nach der Streichung noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Art. 40 SchKG). Die Konkursandrohung datiert vom 10. Mai 2012, weshalb die Betreibung ohnehin auf dem Weg des Konkurses fortzusetzen war (act. 6/3).

6.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes D._____ (act. 11/14) wurden seit dem 12. Oktober 2010 bis zum 2. Juli 2012 17 Beteiligungen eingeleitet, wovon acht durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in zwei Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen getilgt. Damit sind gegenwärtig noch acht Beteiligungen in Höhe von Fr. 30'396.50 offen. Die Beteiligungen Nr. ... und ... sind durch Rechtsvorschlag gehemmt. Da bis anhin offenbar keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden sind, rechtfertigt es sich, diese Beteiligungen unberücksichtigt zu lassen. Zu den übrigen noch offenen Beteiligungen erklärt der Schuldner, diese seien durch die Situation seines ehemaligen Arbeitgebers entstanden; Zahlungen leistete er hier anerkanntermassen noch keine (act. 10). Insbesondere kann auch die im Beteiligungsregisterauszug als "erledigt" ausgewiesene und mit einem "U" versehene Beteiligung Nr. ... in Höhe von Fr. 11'040.70 nicht als beglichen betrachtet werden. Gemäss Auskunft des Betreibungsamtes waren hier der Zahlungsbefehl oder die Konkursandrohung unzustellbar (act. 18). Ohne Zahlungsnachweis ist dieser Betrag indes nach wie vor geschuldet. Davon geht auch der Schuldner aus und listet diese Beteiligung nebst zwei weiteren – die anderen nicht erledigten erwähnt er nicht – in seiner Aufstellung unter "offene Beteiligungen" auf (act. 11/2). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Beteiligung gesetzte Forderungen von Fr. 26'145.10. Anzumerken ist, dass nur die Seite 2 des Beteiligungsregisterauszuges eingereicht wurde. Daraus lassen sich weder der abgedeckte Zeitraum noch allfällige Verlustscheine entnehmen. Neu wohnt der Schuldner sodann im Beteiligungskreis E._____. Er versäumte es indes, auch einen Auszug vom Beteiligungsamt E._____ vorzulegen.

b) In seiner Aufstellung erwähnt der Schuldner sodann unter der Überschrift "Ausstände/Kredite" weitere Verpflichtungen von ca. Fr. 25'000.-- (Gemeinde F._____), ca. Fr. 3'500.-- (Gemeinde G._____) und Fr. 40'000.-- (H1._____, gemeint wohl H._____, vgl. die Schuldenverzeichnisse in den Steuer-

erklärungen, act. 11/8 und /9), also von total Fr. 68'500.--. Er leiste monatliche Raten von Fr. 500.--, Fr. 1'000.-- und Fr. 1'600.--. Abgesehen vom in den Steuererklärungen aufgeführten Kredit der H._____ sind diese Angaben indes durch keine sachdienlichen Unterlagen untermauert. Somit sind weder die effektiven Ausstände bekannt noch liegen Abzahlungsvereinbarungen oder Quittungen zu allenfalls bereits erbrachten Zahlungen bei den Akten. Hingegen reichte der Schuldner eine (allerdings nicht unterzeichnete) Vereinbarung mit der I._____ AG vom 12. Juli 2012 ein, wonach er dieser den geschuldeten Gesamtbetrag von Fr. 10'513.72 in monatlichen Raten à Fr. 1'000.--, erstmals per 15. August 2012 abzahlt (act. 11/5). Da die Tilgung der bislang fälligen Teilzahlungen auch hier unbelegt geblieben ist, ist die ganze Forderung als offen zu betrachten. Den eingereichten Steuererklärungen 2009 und 2010 lässt sich ferner nebst dem bereits erwähnten Kredit der H._____ eine Forderung der J._____ AG entnehmen. Aufgrund des Umstandes, dass es sich dabei auch um die Konkursforderung handeln könnte sowie mangels Aktualität der Steuererklärungen ist zugunsten des Schuldners nicht von einem zusätzlichen Ausstand auszugehen. Ebenso wenig ist auf die Jahresabschlüsse seiner Einzelfirma per 31. Dezember 2009 und 2010 abzustellen, da es diesen ebenfalls an Zeitnähe fehlt und das Unternehmen zufolge Geschäftsaufgabe seit April 2012 erloschen ist (act. 7, act. 11/10-11). Somit liegen Verbindlichkeiten von rund Fr. 105'000.-- vor. Demgegenüber macht der Schuldner Debitoren von Fr. 270'000.-- geltend. Dabei stützt er sich auf einen Entscheid des Kantonsgerichtes Zug vom 16. Februar 2012, mit welchem ihm für den Betrag von Fr. 252'598.50 nebst Zins zu 5% seit 13. Oktober 2011 provisorische (nicht definitive, wie er annimmt) Rechtsöffnung erteilt wurde. Es handelt sich dabei um Lohnforderungen gegenüber seinem ehemaligen Arbeitgeber, wobei ihm dieser gar Fr. 450'000.-- schulde. Der Schuldner erklärt jedoch selbst, das Geld sei nach wie vor ausstehend und er wisse nicht, wann es zur Auszahlung komme (act. 10, act. 11/1 = 11/6). Ob überhaupt bzw. wann und in welcher Höhe er mit einem Zahlungseingang rechnen kann, ist somit ungewiss; dies umso mehr, als auch über den Stand des Betreibungsverfahrens bzw. eine allfällige Aberkennungsklage vom vormaligen Arbeitgeber nichts bekannt ist. Dieser potentielle Zufluss erscheint demnach zu vage, als dass er berücksichtigt werden könnte. Der Schuld-

ner erklärt weiter, er habe bei der "K. _____ " [Versicherung] Fr. 42'500.-- beantragt. Die Erfolgsaussichten seien gut, da er die Kriterien für eine Entschädigung erfülle. Mit diesem Betrag könne er seine Ausstände nächstens bezahlen (act. 10). Diese Behauptungen sind indes weder durch seinen Antrag an die Versicherung noch durch sonstige Korrespondenz objektiviert. Den Anforderungen an die Glaubhaftmachung ist dadurch nicht Genüge getan. Einen Kontoauszug reichte der Schuldner nicht ein mit der Begründung, dies mache keinen Sinn, weil er über keine Reserven verfüge (act. 10). Deshalb dürfte auch das in den Steuererklärungen aufgeführte "Geschäfts-/Beteiligungskapital" nicht mehr existent sein. Der damals ausgewiesene Hausteil gehöre ferner seiner ehemaligen Lebenspartnerin (act. 11/7). Demzufolge sind keine nennenswerten Debitoren oder flüssigen Mittel glaubhaft gemacht. Die Verbindlichkeiten sind somit in keiner Weise gedeckt. Selbst wenn der Schuldner demnächst von der K. _____ mit Fr. 42'500.-- entschädigt würde, wären immer noch über Fr. 60'000.-- offen, die innert nützlicher Frist zu tilgen wären. Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit des Schuldners, seine Schulden in absehbarer Zeit abzutragen sowie in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als nicht gegeben. In Gesamtwürdigung seiner wirtschaftlichen Lage kann damit nicht davon ausgegangen werden, er befinde sich bloss in einem vorübergehenden Liquiditätsengpass. Dass dieser wohl massgeblich auf die ausstehenden Lohnzahlungen seines ehemaligen Arbeitgebers zurückzuführen ist, vermag zu keiner anderen Beurteilung zu führen.

Es gelang dem Schuldner mithin nicht, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

Anzufügen bleibt, dass die Kammer die Unterstützung, um die sie vom Schuldner beim Vorgehen gegen seinen früheren Arbeitgeber ersucht wird, nicht bieten kann (act. 10). Als Gericht ist es ihm verwehrt, einer Partei beratend zur Seite zu stehen. Aufgrund der Akten liegen sodann keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine strafbare Handlung vor, welche es zu einer Strafanzeige nach §167 GOG verpflichten würde.

7. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **16. Oktober 2012, 08.40 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt G._____ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 10, sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil und das Konkursamt G._____, ferner durch besondere Anzeige an die Handelsregisterämter der Kantone Zürich und L._____ sowie das Betreibungsamt E._____, 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. S. Bohli Roth

versandt am: