

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 29. Januar 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **Versicherungen AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ Versicherungen AG, Inkasso

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 8. Januar 2013 (EK120337)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 8. Januar 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster für eine Forderung von Fr. 1'368.50 nebst 5% Zins seit 23. Januar 2012 zuzüglich Fr. 180.– Gläubigerkosten und Fr. 175.– Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 3). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragt dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sodann reichte er zahlreiche Beilagen ein (act. 5/2-10). Am 18. Januar 2013 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11).

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 hinderungsgründe (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 Konkurs hinderungsgründe 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 Erhebung der Beschwerde hinterlegte der Schuldner bei der Kasse des Obergerichts die Konkursforderung samt Kosten und Zinsen und leistete einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 5/2, act. 6). Weiter stellte der Schuldner die allfälligen Kosten des Konkursamtes C._____ sowie die erstinstanzliche Gerichtsgebühr sicher (act. 5/3). Damit liegt der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung vor (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

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 kön-

nen. 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.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes C._____ (act. 5/9) wurden seit 1. Januar 2011 bis 16. Januar 2013 insgesamt 23 Beteiligungen eingeleitet, wovon 20 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen lässt auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Damit sind gegenwärtig noch zwei Beteiligungen von total Fr. 1'287.– offen. Beide sind zufolge des Konkursdekretes mit einem "K" für "Konkurseröffnung" versehen. Der Schuldner macht geltend, die von der D._____ in der Höhe von Fr. 680.– eingeleitete Beteiligung Nr. ... sei in der Annahme in Rechnung gestellt worden, dass er mit seiner Einzelfirma E._____ eine Geschäftstätigkeit ausübe. Da er jedoch nie über die Einzelfirma tätig gewesen sei, werde diese Beteiligung gemäss ihm erteilter Auskunft zurückgezogen, sobald er die Löschung der Einzelfirma im Handelsregister nachweise. Er werde die Löschung seiner Einzelfirma nach erfolgter Aufhebung des Konkurses umgehend in die Wege leiten. Die Einzelfirma E._____ habe er lediglich für den Fall im Handelsregister eintragen lassen, dass die Gründung der E'._____ GmbH aus irgend einem Grund nicht hätte zustande kommen sollen. Die geplante Löschung der Einzelfirma sei dann allerdings vergessen gegangen. Ohnehin sei er aber in der

Lage, diesen Betrag von Fr. 680.– umgehend zu begleichen. Die Ausführungen des Schuldners sind plausibel, weshalb diese Betreuung nachfolgend unberücksichtigt bleiben kann. Die zweite noch offene Betreuung Nr. ... betreffe eine Restforderung der G. _____ vom 11. Oktober 2012 über ursprünglich Fr. 607.–. Ausstehend sei jedoch nicht mehr die gesamte Forderung, da er am 13. Dezember 2012 bereits eine Teilzahlung von Fr. 550.– geleistet habe. Die Forderung habe er nur deshalb nicht vollständig beglichen, da er die Betreuungskosten vergessen und daher nicht genug Bargeld zum Betreibungsamt mitgenommen habe. Er sei in der Lage, den noch ausstehenden Betrag von Fr. 57.– beim Betreibungsamt vollständig zu begleichen, sobald dies durch Aufhebung des Konkurses wieder möglich werde (act. 2 S. 4 f.). Die vom Schuldner geleistete Teilzahlung ist belegt (vgl. act. 5/10). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von Fr. 57.–.

b) Der Schuldner ist Gesellschafter der F'. _____ GmbH mit einem hälftigen Stammanteil von Fr. 10'000.– (vgl. act. 5/4). Von dieser Gesellschaft bezieht er einen monatlichen Nettolohn von Fr. 6'500.– zuzüglich eines 13. Monatslohnes (vgl. Lohnabrechnungen Oktober bis Dezember 2012: act. 5/7, act. 2 S. 4). Gemäss der eingereichten Steuererklärung 2011 erzielte der Schuldner im Jahre 2011 ein Nettoeinkommen von 80'367.– (act. 5/6 S. 2 und 5). Weiter verfügt der Schuldner über Schulden von insgesamt Fr. 12'381.– (act. 5/6 S. 8). Darunter fällt ein zinsloses Darlehen gegenüber dem anderen Gesellschafter H. _____ und Steuerschulden für das Jahr 2011 von Fr. 7'381.–. Der Schuldner führt bezüglich dieser Steuerschulden aus, er habe mit dem Steueramt eine Ratenzahlung vereinbart (act. 2 S. 4). Der Steuererklärung ist weiter zu entnehmen, dass der Schuldner seinem Sohn I. _____, geb. tt.mm.2001, im Jahre 2011 Unterhaltszahlungen von total Fr. 11'432.– leistete (act. 5/6 S. 6). Das Privatkonto des Schuldners zeigte per 17. Januar 2013 des Weiteren einen knapp positiven Saldo auf (act. 5/8).

Der Schuldner führt in seiner Beschwerdeschrift aus, die Konkursöffnung sei im vorliegenden Fall nicht aufgrund einer mangelnden Zahlungsfähigkeit erfolgt. Vielmehr habe er seinen privaten administrativen Belangen und insbesonde-

re seinen Verbindlichkeiten nicht die notwendige Aufmerksamkeit geschenkt. Die Konkurseröffnung sei auf seine Unsorgfalt zurückzuführen. Es sei zudem zu einem Missverständnis gekommen, da ihm zeitgleich die Konkursandrohung für die Forderungen der Gläubigerin vom 21. August 2012 wie auch vom 18. Oktober 2012 ausgehändigt worden sei. Er habe die zweite Forderung umgehend bezahlt, die Konkursandrohung für die erste Forderung sei allerdings untergegangen (act. 2 S. 5).

Der Schuldner erzielt ein Jahreseinkommen von Fr. 80'367.–, ausbezahlt in 13 Monatslöhnen. Damit scheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten regelmässig nachzukommen sowie seine Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, aufgrund der dargelegten Verhältnisse als gegeben. Die Konkurseröffnung dürfte demnach in der Tat zur Hauptsache auf seine mangelnde Sorgfalt im Umgang mit privaten administrativen Belangen und nicht auf seine mangelnde Liquidität zurückzuführen sein. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über den Schuldner eröffneten Konkurses.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 8. Januar 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr 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.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 1'789.30 der Gläubigerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 600.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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:

lic. iur. K. Graf

versandt am: