

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130042-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Ge-
richtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 25. April 2013

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Dietikon vom 20. März 2013 (EK130058)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem tt. September 2008 als Inhaber des Einzelunternehmens "C._____" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Einzelunternehmung bezweckt das Ausführen von Tief- und Strassenbauarbeiten (act. 8).

2. Mit Urteil vom 20. März 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners (Gläubiger) von Fr. 277.60 zuzüglich Zins zu 5 % seit 30. März 2011 sowie Mahngebühren und Betreuungskosten im Umfang von Fr. 50.00 und Fr. 66.00 (act. 3).

Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 26. März 2013 beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses (act. 2).

3. Mit Verfügung vom 27. März 2013 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er in Wahrung der Rechtsmittelfrist neben der erfolgten Tilgung der Konkursforderung auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts beim Konkursamt sicherstellen, den entsprechenden Beleg dem Obergericht einreichen und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen müsse. Gleichzeitig wurde der Schuldner zur Bezahlung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren aufgefordert und wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert (act. 6).

4. Am 2. April 2013 reichte der Schuldner weitere Unterlagen zu den Akten und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 9, 10/1-6), welche der Beschwerde daraufhin, mit Verfügung vom 3. April 2013, zuerkannt wurde (act. 11).

5. Mit Eingabe vom 5. April 2013 reichte sodann das Konkursamt D. _____ für den Schuldner weitere Unterlagen zu den Akten. Der zuständige Notar erklärte dazu, er leite die dem Amt übergebenen Akten der Einfachheit halber an das Obergericht weiter, weil der Schuldner der deutschen Sprache nur schlecht mächtig sei (act. 13, 14/1-10).

6. Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 11).

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit 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 (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

Das vorinstanzliche Urteil vom 20. März 2013 wurde dem Schuldner am 23. März 2013 zugestellt (act. 5/6). Im summarischen Verfahren ist zwar der Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO unbeachtlich (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO; vgl. auch den Hinweis in act. 3). Da der Schuldner mit der Konkursöffnung aber eine Betreibungshandlung angefochten hat, ist zu berücksichtigen, dass der Ablauf der 10tägigen Beschwerdefrist in die Betreibungsferien fiel (7 Tage vor und

nach Ostern, d.h. 24. März bis 7. April 2013, vgl. Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Die Betriebsferien geniessen für die im SchKG normierten Fristen Vorrang vor dem Fristenrecht der ZPO. Der Schuldner kommt somit in den Genuss der Fristverlängerung nach Art. 63 SchKG (vgl. OGer ZH PS120239 vom 21. Januar 2013, E. 5; vgl. zum Ganzen auch BK ZPO-Frei, Art. 145 N 10, 18 f.).

Die Frist zur Anfechtung des Urteils vom 20. März 2013 lief damit erst am 10. April 2013 ab. Entsprechend erfolgten nicht nur die Beschwerdeerhebung und die vom Schuldner selber eingereichte Ergänzung vom 2. April 2013 rechtzeitig, sondern auch die vom Konkursamt für den Schuldner eingereichte weitere Ergänzung vom 5. April 2013 (act. 13, 14/1-10).

2. Der Schuldner tilgte die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten gemäss Abrechnung des Betreibungsamts mit Bezahlung von Fr. 435.15 an das Betreibungsamt D._____/E._____ am 25. März 2013 und damit in Wahrung der Beschwerdefrist (act. 4/2).

Gemäss der Bestätigung des Konkursamts D._____ vom 2. April 2013 stellte der Schuldner zudem die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts mit Bezahlung eines Betrags von Fr. 1'500.00 sicher (act. 10/2). Auch dies erfolgte angesichts des Datums der Bestätigung rechtzeitig.

Damit hat der Schuldner den Konkurs hinderungsgrund der *Tilgung* nachgewiesen.

Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* des Schuldners:

3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26).

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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 beste-

henden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Schuldner reichte am 2. April 2013 einen Beteiligungsregisterauszug zu den Akten, der die Zeit ab 24. Januar 2011 bis 25. März 2013 abdeckt (act. 10/4). Sodann reichte das Konkursamt D. _____ am 5. April 2013 für den Schuldner einen weiteren Auszug für das Jahr 2010 zu den Akten (act. 14/3). Der zweitgenannte Auszug zeigt auf, dass sämtliche fünf im Jahr 2010 eingeleiteten Beteiligungen gegen den Schuldner zwischenzeitlich durch Zahlung erledigt wurden oder erloschen.

Betreffend die Zeit danach, d.h. für die Jahre 2011 bis 25. März 2013, ergeben sich aus dem Auszug 8 offene Beteiligungen (inkl. diejenige für die Konkursforderung) im Gesamtbetrag von Fr. 14'442.75 (act. 10/4). Fünf dieser Beteiligungen hat der Schuldner zwischenzeitlich mit Bezahlung an das Beteiligungsamt getilgt (act. 13, 14/4-7, 14/9). Offen sind danach noch zwei Beteiligungen über Fr. 860.20 und Fr. 2'075.00, da der Schuldner die Forderungen der Gläubiger (der F. _____ sowie der eidgenössischen Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer) bestreitet (act. 13), sowie eine weitere Beteiligung der G. _____ [Bank] über Fr. 9'255.00. Betreffend letztere leistet der Schuldner gemäss den vorliegenden Belegen seit 21. November 2012 im Einverständnis mit der Gläubigerin G. _____ Ratenzahlungen. Der aktuelle Saldo zulasten des Schuldners beträgt noch Fr. 4'397.35 (act. 14/10; vgl. auch act. 9 S. 2 und act. 10/6).

Der Schuldner hat somit die grösste Position seiner Schulden gemäss Beteiligungsregister (den Kredit der G. _____) bereits in den vergangenen Monaten mit regelmässigen Ratenzahlungen erheblich verringert. Die noch offene Restanz sowie die beiden erwähnten, bestrittenen Forderungen weiterer Beteiligungsgläubiger fallen angesichts ihrer Höhe (und mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen)

rungen zur finanziellen Situation des Schuldners) wenig ins Gewicht. Aus dem Betreibungsregisterauszug ergeben sich somit keine erheblichen Vorbehalte mit Blick auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

3.2 Der Schuldner macht geltend, er arbeite im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit als Freelancer regelmässig und zu 100% für die H._____ GmbH als Bauleiter. Ansonsten sei er mit seiner Einzelfirma aktuell noch nicht tätig, doch er beabsichtige, sich in diesem Rahmen später einmal "richtig" selbständig zu machen (act. 9 S. 1, act. 13 S. 1).

Die H._____ GmbH mit Sitz in ... bestätigte mit Schreiben vom 4. April 2013, dass sie dem Schuldner seit Anfangs 2009 regelmässig Aufträge im Bereich der Bauleitung erteile (act. 14/1).

3.3 Zur Verdeutlichung seiner finanziellen Verhältnisse liess der Schuldner einen Kontoauszug des auf seine Ehefrau lautenden I._____ -Privatkontos zu den Akten reichen (act. 14/2). Daraus ergeben sich zum einen regelmässige Vergütungseingänge von der H._____ GmbH. Für die Zeit ab 1. Oktober 2012 bis 31. März 2013 ergeben sich Vergütungen von Fr. 75'838.20 oder von über Fr. 12'000.00 pro Monat.

Hinzu kommen verschiedene Vergütungseingänge für die Arbeitstätigkeit der Ehefrau des Schuldners. Für dieselbe Zeitperiode von sechs Monaten ergibt sich daraus ein zusätzliches Einkommen u.a. aus Reinigungsarbeiten von Fr. 14'492.10 oder rund Fr. 2'400.00 monatlich. Ein weiterer Saläreingang von Fr. 10'195.00 von der J._____ AG vom 25. Oktober 2012 lässt sich nicht klar dem Einkommen des Schuldners oder seiner Ehefrau zuordnen (die farbliche Markierung spricht für ein Einkommen des Schuldners, der aber angibt, nur für die H._____ tätig zu sein, vgl. act. 14/2 sowie act. 13 S. 1 und act. 9 S. 1).

Zusammenfassend ergibt sich aus den eingereichten Bankunterlagen ein Einkommen der Familie von rund Fr. 100'000.00 in sechs Monaten.

3.4 Was die geschäftlichen Aufwendungen bzw. Debitoren seiner Einzelunternehmung angeht, erklärt der Schuldner, da er einzig für die H._____ tätig sei,

würden sich Kreditorenlisten usw. erübrigen (act. 13 S. 2). Der Schuldner führt demnach auch keine Buchhaltung mit Bilanz und Erfolgsrechnung. Angesichts des von der H._____s GmbH erzielten Einkommens von monatlich über Fr. 12'000.00 im letzten halben Jahr erscheint es glaubhaft, dass der Schuldner in einem Vollzeitpensum oder jedenfalls nahe an einem solchen als Bauleiter für diese Unternehmung tätig ist. Die formell selbständige Erwerbstätigkeit des Schuldners trägt damit Züge einer unselbständigen Tätigkeit. In dieser Konstellation spricht das Fehlen einer Buchhaltung für sich alleine nicht gegen die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

Auch wenn davon ausgegangen wird, dass von den aufgezeigten Erträgen noch etliche, als formell selbständig Erwerbender vom Schuldner zu tragende Aufwendungen abzuziehen sein werden (etwa Sozialabgaben), ist doch von einem Einkommen auszugehen, welches dem Schuldner und seiner Familie erlaubt, den laufenden Verpflichtungen nachzukommen und die bestehenden Schulden innert angemessener Frist zu tilgen.

3.5 Nach dem Gesagten ist nicht von einer dauerhaften Illiquidität des Schuldners auszugehen. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Konkursöffnung Folge eines bloss vorübergehenden Liquiditätsengpasses war, bzw. Folge der versehentlich unterbliebenen Bezahlung des geschuldeten Betrags (der Schuldner gibt an, aufgrund eines Missverständnisses vor der Konkursöffnung eine andere in Betreuung gesetzte Schuld getilgt zu haben, vgl. act. 2).

Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist somit als glaubhaft zu erachten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Tilgung nachwies als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machte. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über den Schuldner am 20. März 2013 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

III.

1. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Der Schuldner hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem vom Schuldner bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.00 (Zahlung der Schuldners: Fr. 1'500.00, Rest des vom Gläubiger geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) dem Gläubiger Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

2. Dem Gläubiger ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Dietikon vom 20. März 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Auch die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.

3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.00 (Zahlung der Schuldners: Fr. 1'500.00, Rest des vom Gläubiger geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) dem Gläubiger Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____/E._____, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: