

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130151-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 13. September 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 14. August 2013 (EK130312)

Erwägungen:

1. Am 14. August 2013 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 6). Gestützt auf die Rechtsschrift des Rechtsvertreters des Schuldners vom 26. August 2013 in Sachen gegen C._____ betreffend Konkursöffnung (act. 2) forderte das Obergericht den Schuldner mit Verfügung vom 28. August 2013 auf, seine Beschwerde in Bezug auf die Gläubigerin innert Rechtsmittelfrist zu verbessern und den entsprechenden Nachweis für die Zahlung der Zinsen und Betreibungskosten zu erbringen (act. 9). Innert Rechtsmittelfrist (act. 6 i.V.m. act. 11 und act. 23) korrigierte der Schuldner seine Beschwerdeschrift, beantragte die Aufhebung des durch die B._____ AG ausgelösten Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 14). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 3. September 2013 entsprochen (act. 20).
2. a) 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 Konkurs hinderungsgründe (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.

b) Seit dem 1. Januar 2011 ist das gegen Konkursöffnungen zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 Ziff. 6 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 174 Abs. 1 SchKG) 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. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann er-

heben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Der Konkursöffnung liegt eine Konkursforderung der Gläubigerin von Fr. 784.- nebst Zins zu 5 % seit 7. Oktober 2013 (recte: 2012) zuzüglich Fr. 124.- Betreuungskosten zugrunde (vgl. act. 6). Der Schuldner hat die Konkursforderung im Betrag von Fr. 784.- am 20. Juli 2013, d.h. vor Konkursöffnung, auf dem Postamt einbezahlt (act. 5/4). Betreuungskosten und Zinsen hat er jedoch nach Konkursöffnung, nämlich am 2. September 2013 beim Konkursamt D. _____ bezahlt (act. 17/2 i.V.m. act. 19). Ferner hat er beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes inklusive Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens sichergestellt (act. 5/6).

Damit ist eine konkurshindernde Tatsache (Tilgung) 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. 15/4).

4. Hätte der Schuldner die vollständige Schuld (inkl. Zinsen und Kosten) vor Konkursöffnung getilgt, läge ein Konkurshinderungsgrund nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG vor, und die Zahlungsfähigkeit müsste gemäss Praxis des Obergerichtes nicht mehr geprüft werden. Da der Schuldner die Forderung erst nach Konkursöffnung vollständig getilgt hat, hat er im Beschwerdeverfahren nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes auch 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. 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.

5. a) Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führte aus, der Schuldner könne mit seinem - in Ausbau begriffenen - Transportgeschäft überleben und alle laufenden Verpflichtungen erfüllen (act. 14 S. 3).

b) Das Transportunternehmen des Beschwerdeführers wurde am tt. Oktober 2012 im Handelsregister als Einzelunternehmen eingetragen. Als Unternehmenszweck wird "Organisation und Durchführung von Transporten, Umzügen, Räumungen und Entsorgungen, sowie Reinigungsarbeiten aller Art" angegeben (act. 11). Es handelt sich demnach um ein sehr junges Unternehmen. Für die erste Jahreshälfte 2013 wurde eine provisorische Bilanz (per 31. Juli 2013) eingereicht (act. 15/5). Darin wurde ein Gewinn von Fr. 183.01 ausgewiesen.

An der Bilanz des Schuldners erstaunen bei einer Bilanzsumme von Fr. 717.32 die transitorischen Passiven ("passive Rechnungsabgrenzungen") – eine Position des kurzfristigen Fremdkapitals – im Betrag von Fr. 2'473.62 (act. 15/5). Diese Position führt buchhalterisch an sich zu einer (deutlichen) Überschuldung des Schuldners. Der Schuldner hat kein Anlagevermögen. Das Fahrzeug wurde offenbar geleast, was sich aus der Erfolgsrechnung ergibt (act. 15/5). Grundsätzlich sollte in einem Betrieb die Kongruenz zwischen Investition und Finanzierung gewährleistet sein. Dies bedingt, dass das Umlaufvermögen (Fr. 712.35) grösser bzw. gleich gross sein sollte wie das kurzfristige Fremdkapital (Fr. 3'325.02), bzw. das Anlagevermögen (Fr. 0.-) kleiner bzw. gleich gross wie die Summe aus Eigenkapital (Fr. - 2'607.70) und langfristigem Fremdkapital (Fr. 0.-). Das Eigenkapital ist negativ, d.h. der Schuldner hat dem Betrieb Geld entzogen (act. 15/5). Dies erstaunt nicht, da völlig unklar ist, womit der Schuldner seinen Lebensunterhalt finanziert. Der Schuldner ist gemäss Steuererklärung geschieden und

kann demnach seinen Lebensunterhalt nicht aus dem Einkommen der Ehefrau bestreiten. In der Bilanz wird weder ein Privataufwand noch ein Lohnbezug aufgeführt. Einzig die Beitragsleistungen des Schuldners an die AHV werden in der Aufwand und Ertragsrechnung ausgewiesen. Weitere Lebenshaltungskosten fehlen gänzlich. Aus der Steuererklärung 2012 ergibt sich, dass der Schuldner auch im Zeitraum 1. Januar bis 31. Januar 2012 als Selbständigerwerbender tätig war und für diesen Zeitraum einen Verlust von Fr. 4'170.- bzw. ohne AHV-Abzug von Fr. 2'622.- geltend machte (act. 5/7). Damals deklarierte er zudem ein Eigenkapital von Fr. 1'206.- (act. 5/7). Bankguthaben bzw. andere Vermögenswerte wurden nicht erwähnt. Die Schulden gegenüber der E. _____ in der Höhe von Fr. 31'057.- und die entsprechenden Schuldzinsen von Fr. 3'935.- wurden als Privatschulden aufgeführt (act. 5/7). Es kann offen gelassen werden, ob der Schuldner allenfalls einer Nebenerwerbstätigkeit nachgeht. Er verfügt aktuell über Bargeld in der Höhe von Fr. 17.32 bzw. zusammen mit den Debitorenausständen über ein Umlaufvermögen von Fr. 717.32. Dieser Betrag entspricht aufgerundet 29% des kurzfristigen Fremdkapitals (Fr. 3325.02) (act. 15/5). D.h. der Liquiditätsgrad II (Quick Ratio) liegt weit unter den erforderlichen 100%. Damit ist klar, dass das Unternehmen zu wenig liquid ist. Die hohen Leasingraten (Fr. 7'862.60) schlagen zu Buche und verunmöglichen, genügend Gewinne zu erzielen, um das kurzfristige Fremdkapital zu vermindern. Der Schuldner vermag seine laufenden Verpflichtungen nicht zu erfüllen. Es gibt keine Hinweise dafür, dass sich sein Auftragsvolumen in naher Zukunft vergrössern wird. Da der Schuldner auch privat über kein Vermögen verfügt, das er in die Firma einschiessen könnte, sondern lediglich Schulden hat, ist von einer dauernden Zahlungsunfähigkeit auszugehen.

c) Aus den vom Schuldner eingereichten Belegen gibt es somit überhaupt keine Hinweise dafür, dass seine Zahlungsschwierigkeiten bloss vorübergehender Natur sind.

6. Dem Schuldner gelang es somit nicht, seine Zahlungsfähigkeit hinreichend im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen. Dies führt zur

Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über den Schuldner neu zu eröffnen.

7. Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.
8. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Schuldner aufzuerlegen, der dafür einen Barvorschuss geleistet hat (act. 15/4).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **13. September 2013, 08.35 Uhr**, der Konkurs eröffnet.

Das Konkursamt D. _____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach und das Konkursamt D. _____, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F. _____, je gegen Empfangsschein.

4. 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: