

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130176-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 23. Oktober 2013

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 5. September 2013 (EK130162)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster eröffnete mit Urteil vom 5. September 2013 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 5). Mit Beschwerde vom 30. September 2013 beantragte der Beschwerdeführer innert Frist die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2013 entsprochen (act. 7). Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 8, act. 13).

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 einen der drei Konkurs hinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Der Beschwerdeführer hat der Kammer mit der Beschwerde Zahlungsbelege eingereicht, aus welchen ersichtlich ist, dass er am 30. September 2013 dem Betreibungsamt C._____ zugunsten des Beschwerdegegners Fr. 55'883.75 überwiesen hat (act. 4/3-4). Zudem hat er eine Bescheinigung des Konkursamtes C._____ vom 30. September 2013 vorgelegt, wonach er zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 900.-- geleistet hat (act. 4/2). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der

Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen.

4.1 Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gilt sodann als glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. 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 (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes C._____ vom 27. September 2013 (act. 4/6) weist für die Zeit von September 2009 bis September 2013 22 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 547'101.10 aus, wovon eine Beteiligung im Betrag von Fr. 3'570.-- erloschen ist und 8 Beteiligungen im Betrag von Fr. 44'874.45 durch Zahlung an das Betreibungsamt

erledigt wurden. Demnach bestehen gemäss diesem Betreibungsregisterauszug abzüglich der Konkursforderung (Fr. 50'000.--) derzeit noch 12 offene Betreibungen in der Höhe von Fr. 448'656.65. Verlustscheine bestehen keine. Bei den offenen Betreibungen handelt es sich in einem weiteren Fall um eine Forderung des Beschwerdegegners über Fr. 250'000.--, um eine Forderung von D._____ über Fr. 81'257.10, um eine Forderung der E._____ AG über Fr. 105'000.--, um eine Forderung der Gemeindeverwaltung F._____ über Fr. 1'944.--, um drei Forderungen des Kantons Zürich über Fr. 4'322.70, um eine Forderung der Stadt G._____ über Fr. 1'690.--, um zwei Forderungen des Kantons Graubünden über Fr. 2'028.65 und zwei Forderungen der Gemeinde H._____ über Fr. 1'735.20. Bei all diesen Betreibungen wurde ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt.

4.3 Zu den offenen Betreibungen führt der Beschwerdeführer aus, dass davon Forderungen über Fr. 440'243.65 bestritten seien. Allein die Forderungen des Beschwerdegegners würden sich auf über Fr. 300'000.-- belaufen und würden auf eine im Jahr 2011 von diesem verkaufte Unternehmung gründen. Er selber habe gegen den Beschwerdegegner ein Verfahren betreffend eine Forderung von über Fr. 4 Mio. beim zuständigen Gericht im Thurgau hängig (act. 2 S. 3). Die Forderung der Gemeinde F._____ richte sich zudem gegen die vier Erben seiner Mutter und sei durch ein noch bestehendes Mietzinsdepot gedeckt. Es seien somit tatsächlich nur noch drei Betreibungen über Fr. 6'469.-- offen (act. 2 S. 3). Der dazugelegten Liste des Beschwerdeführers kann entnommen werden, dass er sowohl die Betreibung der E._____ AG als auch diejenige von D._____ und die zweite Betreibung des Beschwerdegegners als Schickanebetreibungen bezeichnet (act. 4/7). Ersterer liegt ein Vertrag über den Kauf von Aktienbeteiligungen zu Grunde (act. 4/7.1), Zweitere stützt sich gemäss Forderungsgrund im Zahlungsbefehl auf "Veruntreuung und ungetreue Geschäftsbesorgung" (act. 4/7.2) und Letztere entspricht gemäss Zahlungsbefehl der "Schuld per 31.12.2012 aus Kauf und Darlehensverträge" (act. 4/7.3). Im Übrigen gibt der Beschwerdeführer an, die zwei Forderungen des Kantons Zürich sowie die Forderung der Stadt G._____ seien bezahlt und gegen die Forderungen

des Kantons Graubünden und der Gemeinde H._____ seien Einsprachen pendent (act. 4/7).

4.4. Bei all diesen Ausführungen des Beschwerdeführers handelt es sich jedoch lediglich um Behauptungen, welche weder durch Belege noch durch weitergehende Ausführungen untermauert wurden. Der Beschwerdeführer vermag daher nicht glaubhaft zu machen, dass von den in Betreuung gesetzten Forderungen insgesamt solche über Fr. 6'469.-- bereits bezahlt sind, eine solche über Fr. 1'944.-- durch ein Mietzinsdepot gesichert ist und solche über Fr. 440'243.65 nicht bestünden. Dasselbe gilt umgekehrt für den angeblichen Anspruch gegen den Beschwerdegegner über einen Betrag von Fr. 4 Mio.

4.5 Insgesamt bestehen damit gegen den Beschwerdeführer 12 offene in Betreuung gesetzte und unmittelbar durchsetzbare Forderungen in Höhe von Fr. 448'656.65. Diesen Forderungen steht gemäss Einschätzungsentscheid des kantonalen Steueramtes Zürich vom 4. Februar 2013 ein Vermögen von Fr. 710'000.-- entgegen (act. 4/8). Einerseits handelt es sich dabei jedoch lediglich um eine pauschale Schätzung der Vermögensverhältnisse für das Jahr 2011, welche erfolgte, weil der Beschwerdeführer keine Steuererklärung eingereicht hat. Auf der anderen Seite ist nicht ersichtlich, wie sich dieses Vermögen zusammensetzt und in welchem Umfang flüssige Mittel oder schnell realisierbare Vermögenswerte vorhanden sind, die zur Schuldentilgung herangezogen werden könnten. Der Beschwerdeführer gibt selber an, dass sein Vermögen unter anderem aus fünf Eigentumswohnungen bestehe (act. 2 S. 3). Deshalb ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer jedenfalls nicht über Mittel verfügt, um innert angemessener Frist Schulden in Höhe von rund Fr. 450'000.-- zu tilgen. Zu beachten ist zudem, dass die Schätzung des Vermögens durch das Steueramt die Lage von 2011 erfasst, seit da beinahe zwei Jahre vergangen sind und die Zahlen ohnehin keine verlässliche Auskunft über die aktuelle finanzielle Situation des Beschwerdeführers vermitteln. Weitere Unterlagen reichte der Beschwerdeführer keine ein.

4.6 Vor diesem Hintergrund kann die gegenwärtige finanzielle Lage des Beschwerdeführers nicht beurteilt werden und es ist insbesondere nicht

ersichtlich, dass er innert einer absehbaren Zeit die Schulden abtragen und dabei die laufenden Kosten decken kann. Es bleibt daher festzustellen, dass der Beschwerdeführer in Anbetracht der stattlichen Schulden sowie gestützt auf die wenigen eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft zu machen vermag, dass er zahlungsfähig im Sinne des Gesetzes ist.

5. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 2. Oktober 2013 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über den Beschwerdeführer neu zu eröffnen.

6. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über den Beschwerdeführer wird per **23. Oktober 2013, 10.15 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes 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.
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. K. Houweling-Wili

versandt am: