

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140100-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 16. Juni 2014

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ AG, I

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. April 2014 (EK140418)

Erwägungen:

I.

1. A. _____ (Schuldner und Beschwerdeführer, nachfolgend Schuldner) betreibt ein Einzelunternehmen mit dem Zweck "Führen eines Fotogeschäftes, Verkauf von Fotoapparaten, Filmen und Fotoartikeln aller Art" und ist seit dem tt. Mai 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 6).

2. Mit Urteil vom 30. April 2014, 10.00 Uhr, wurde über den Schuldner für eine Forderung von Fr. 3'782.05 nebst Zins zu 5% seit dem 14. April 2013, Fr. 100.– Bearbeitungsgebühren und Fr. 186.30 Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7). Der Entscheid wurde an den Schuldner versandt, dieser holte ihn jedoch nicht ab (act. 8/13).

3. Mit Beschwerde (fälschlicherweise als Rekurs bezeichnet) vom 20. Mai 2014 (Poststempel) beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und die Wiedereinsetzung in die Verfügung über sein Vermögen. Ausserdem stellte er ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und ein Fristerstreckungsgesuch für die Ergänzung der Beschwerdebegründung (act. 2).

4. Mit Verfügung vom 23. Mai 2014 stellte das Obergericht dem Schuldner das vorinstanzliche Konkurserkennntnis zu, da es mangels nachweislicher Zustellung der Vorladung durch die Vorinstanz nicht von einer Zustellfiktion im Sinne von Art. 138 ZPO für das Konkurserkennntnis ausgehen konnte. Der Schuldner wurde darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde innert 10 Tagen ab der obergerichtlichen Zustellung des Konkurserkennntnisses einreichen bzw. ergänzen könne (unter Hinweis auf die Säumnisfolgen). Das Fristerstreckungsgesuch werde damit gegenstandslos (unter Hinweis, dass eine gesetzliche Frist aber ohnehin nicht erstreckt werden könne). Der Beschwerde wurde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Ferner wurde dem Schuldner Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss für das obergerichtliche Verfahren zu leisten (act. 9).

5. Am 26. Mai 2014 wurde dem Schuldner die obergerichtliche Verfügung vom 23. Mai 2014 sowie das vorinstanzliche Konkurserkennnis zugestellt (act. 10/1). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 11). Mit Eingabe vom 5. Juni 2014 (Poststempel) ergänzte der Schuldner seine Beschwerde (act. 12) und beantragte erneut die Aufhebung des Konkurses und die Wiedereinsetzung in die Verfügung über sein Vermögen. Ausserdem stellte er nochmals ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und ein Fristerstreckungsgesuch für die Beschwerdebegründung bis am 19. Juni 2014 (act. 12).

6. Mit Verfügung vom 10. Juni 2014 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass die aufschiebende Wirkung bereits gewährt worden sei und dass eine gesetzliche Frist nicht erstreckt werden könne. Das Fristerstreckungsgesuch wurde dementsprechend abgewiesen (act. 16).

II.

1. Die Gläubigerin ist eine Versicherungsgesellschaft. Bei der Konkursforderung handelt es sich um Prämien nach KVG für die Periode Januar bis Juli 2013 (act. 8/1). Ein Krankenversicherer in Form einer AG kann auch für Beiträge der obligatorischen Grundversicherung auf Konkurs betreiben (vgl. BGE 139 III 288). Art. 43 Ziff. 1 SchKG steht einer Konkursöffnung somit nicht im Wege.

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. Wenn der Schuldner sich auf Tilgung berufen will, muss er innert der Beschwerdefrist nicht nur die in der Konkursandrohung aufgeführten Positionen zahlen, sondern auch die Kosten des Konkursrichters und die des Konkursamtes zahlen oder sicherstellen – nur so kann dem Gläubiger bei einer Aufhebung des Konkurses der an den Konkursrichter geleistete Kostenvorschuss unverkürzt zurückerstattet werden (OGerZH PS110095 vom 6. Juli 2011 auf www.gerichte-zh.ch/entscheide). Neue Behauptungen und Urkunden-

beweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 18).

3. Den Kostenvorschuss leistete der Schuldner fristgerecht (act. 11), auf die Beschwerde kann demnach *eingetreten* werden (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 19. Mai 2014 wurde für die Gläubigerin ein Betrag von Fr. 4'275.85 bezahlt (act. 5/4), womit die Konkursforderung (Fr. 3'782.05), der Zins bis zur Konkursöffnung (Fr. 197.40), die Bearbeitungsgebühren (Fr. 100.–) und die Betriebskosten (Fr. 186.30) von total Fr. 4'265.75 vollumfänglich beglichen wurden (act. 18).

Für die vom Konkursrichter aus dem Vorschuss der Gläubigerin direkt bezogenen Kosten der Konkursöffnung (Fr. 400.–) und die mutmasslichen Aufwendungen des Konkursamtes hinterlegte der Schuldner beim Konkursamt insgesamt Fr. 1'000.–, was dieses als ausreichend bezeichnete (vgl. act. 5/3 und act. 7).

Die erste Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses ist damit erfüllt. In diesem Sinne wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 23. Mai 2014 auch die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt (act. 9). Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

4. Neben dem Konkurshinderungsgrund hat der Schuldner auch seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichende liquide Mittel vorhanden sein, womit 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. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Zahlungsschwierigkeiten berücksichtigt werden.

4.1. Der Schuldner reichte am letzten Tag der Beschwerdefrist (Poststempel: 5. Juni 2014) die Bilanz per 31. Dezember 2013 und die Erfolgsrechnung für das Jahr 2013 ein (act. 12, act. 13/1 und act. 13/2). Der Betreibungsregisterauszug wurde im Beilagenverzeichnis zwar genannt, war in den Beilagen jedoch nicht vorhanden (act. 13). In der Annahme, der Betreibungsregisterauszug sei aus Versehen nicht in die Beilagen gelangt, wurde der Schuldner am 10. Juni 2014 telefonisch darauf hingewiesen, dass er diesen gleichentags noch nachreichen müsse (act. 14). Der Betreibungsregisterauszug wurde daraufhin persönlich überbracht (act. 15).

4.2. Der Betreibungsregisterauszug datiert vom 10. Juni 2014 und wurde somit erst nach Ablauf der Beschwerdefrist eingeholt. Wie bereits in den obergerichtlichen Verfügungen vom 23. Mai 2014 und 10. Juni 2014 erwähnt, kann eine gesetzliche Frist, worum es sich bei der Beschwerdefrist gegen das Konkurskenntnis handelt, nicht erstreckt werden (vgl. vorstehende Ziffern I./4. und I./6.). Damit ist es auch nicht möglich, *Beilagen* nach Ablauf der Beschwerdefrist einzureichen. Es verhält sich offensichtlich nicht so, dass der Betreibungsregisterauszug aus Versehen nicht in die Beilagen der Beschwerde vom 5. Juni 2014 gelangt ist, sondern dass dieser erst nachträglich angefordert wurde. Damit ist der Betreibungsregisterauszug nicht zu berücksichtigen.

4.3. Der Betreibungsregisterauszug gibt wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners. Aus der Bilanz und der Erfolgsrechnung (ausgewiesen ist nebenbei bemerkt lediglich ein Gewinn von Fr. 103.77; vgl. act. 13/1 und act. 13/2) allein kann demgegenüber nicht abgeschätzt werden, wie es um die Zahlungsfähigkeit des Schuldners steht. Damit gelingt es dem Schuldner nicht, mit den vom Obergericht zu berücksichtigenden Unterlagen seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft darzutun. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Verfügung vom 23. Mai 2014 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs über den Schuldner neu zu eröffnen.

4.4. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **16. Juni 2014, 08.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Auch die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird dem Schuldner auferlegt.

4. Der sich beim Betreibungsamt Zürich 9 befindliche Betrag von Fr. 4'265.75 fällt in die Konkursmasse des Schuldners.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 12, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: