

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140173-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Urteil vom 25. Juli 2014

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG** [Versicherung],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 25. Juni 2014 (EK140091)

Erwägungen:

1.

Der Schuldner ist Inhaber des seit dem 13. Juli 2005 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____" (act. 5).

Mit Urteil vom 25. Juni 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 451.10 nebst Zins zu 5 % seit 14. Februar 2013, Fr. 326.10, Fr. 70.00 Spesen sowie Fr. 119.00 Betreuungskosten (act. 3 = 6 = 7/16). Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 11. Juli 2014 Beschwerde (act. 2). Er verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben. Ferner ersuchte er darum, es sei seiner Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 1).

Mit Präsidialverfügung vom 14. Juli 2014 (act. 9) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Da der Schuldner den Kostenvorschuss von Fr. 750.– bereits geleistet hatte, konnte auf eine entsprechende Fristansetzung verzichtet werden.

Mit Eingabe vom 21. Juli 2014 (Datum Poststempel) ergänzte der Beschwerdeführer seine Beschwerde mit Belegen zu Kundenforderungen (act. 11/2-5).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-20). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Der Schuldner macht mit seiner Ausführung, er habe von der Konkursöffnung erst seit der Einvernahme auf dem Konkursamt Wädenswil am 1. Juli 2014 Kenntnis, sinngemäss geltend, er habe keine Vorladung zur Verhandlung vom 25. Juni 2014 erhalten. Eine Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Ist dies nicht der Fall, ist der Konkurs aus formellen Gründen aufzuheben.

2.2. Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO kann aber die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt erfolgen, wenn eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre. Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ist ersichtlich, dass die erste Vorladung dem Beschwerdeführer an die Adresse D.____-Strasse ..., E.____ gesandt wurde (act. 7/5/2). An dieser Adresse ist der Beschwerdeführer gemeldet (act. 7/12). Auch gab der Beschwerdeführer diese Adresse in der Eingabe ans Obergericht als Absender an (act. 2). Die Vorladung kam jedoch mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück (act. 7/7). Es folgten zwei neue Zustellversuche per Stadtammannamt F.____, wobei diese ebenfalls scheiterten (act. 7/9 und 7/10), trotz der Unterstützung durch die Gemeindepolizei E.____. In Anwendung von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO folgte die Publikation der gerichtlichen Vorladung am 30. Mai 2014 im Amtsblatt des Kantons Zürich (act. 7/13 und 7/14). Damit wurde der Beschwerdeführer gültig vorgeladen, selbst wenn er vom Verhandlungstermin keine effektive Kenntnis erhielt.

2.3. Anzumerken ist, dass die postalische Zustellung des Urteils an den Beschwerdeführer ebenfalls scheiterte. Die Sendung kam mit dem Vermerk "Briefkasten/Postfach wird nicht mehr geleert" zurück (act. 7/18). Deshalb wurde der Entscheid am 11. Juli 2014 publiziert (act. 19/1). Damit gilt die Zustellung als an diesem Tag erfolgt (vgl. Art. 141 Abs. 2 ZPO). Die Beschwerde vom 11. Juli 2014 (Datum Poststempel) sowie die Ergänzung vom 21. Juli 2014 erfolgten somit rechtzeitig.

3.

3.1. 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbe-

schränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3.2. Der Schuldner hat mit Postüberweisung vom 11. Juli 2014 die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten im Betrag von Fr. 996.95 beim Obergericht des Kantons Zürich hinterlegt (act. 4/2). Weiter hat er belegt, Fr. 1'500.– beim Konkursamt Wädenswil zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes sichergestellt zu haben (act. 4/3). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) nachgewiesen.

3.3. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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 Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

3.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Person vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der Schuldner reichte einen Auszug des Betreibungsregisters vom 27. Juni 2014 ins Recht, der Betreibungen seit dem 31. Mai 2010 enthält (act. 4/5). Darin sind neben der Betreibung der nun hinterlegten Konkursforderung noch 75 weitere Betreibungen aufgeführt, wobei der Schuldner in 22 Betreibungen beim Betreibungsamt und in fünf Betreibungen direkt an die Gläubiger bezahlt hat. Die gemäss den Ausführungen des Schuldners anerkannten offenen Forderungen betragen insgesamt rund Fr. 70'000.– (act. 2 S. 4). Die Forderungen aus 17 Betreibungen bestreitet der Schuldner vollumfänglich, weshalb er Rechtsvorschlag erhoben habe (act. 2 S. 2, act. 4/5). Acht Betreibungen mit dem Code Rechtsvorschlag stammen aus den Jahren 2013 und 2014 und betreffen einen Betrag von insgesamt rund

Fr. 40'000.–. Der Schuldner begnügt sich bei den mit Rechtsvorschlag gestoppten Betreibungen mit der Ausführung, dass er diese Forderungen vollumfänglich bestreite. Dies mag allenfalls genügen, wenn in einigen wenigen Betreibungen Rechtsvorschlag erhoben worden wäre – muss doch der Nichtbestand einer Forderung grundsätzlich nicht bewiesen werden. Jedoch geht es hier darum, dass der Schuldner seine umfassende Finanzlage darlegen und so seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen muss. Erhebt ein Schuldner oft Rechtsvorschlag, erweckt dies den Verdacht, dass er so versucht, Zeit zu gewinnen. Leider ergibt sich aus dem Betreibungsregisterauszug nicht, ob der Schuldner auch bei anderen Betreibungen, die fortgesetzt wurden und deshalb heute einen anderen Code tragen, ebenfalls Rechtsvorschlag erhoben hat. Der genannte Verdacht drängt sich aber auf, weil es sich beispielsweise bei drei der insgesamt fünf im Juni 2014 erhobenen Betreibungen um nicht geschuldete Forderungen handeln soll (von Gläubigern wie G._____, Schweizerische Eidgenossenschaft und H._____ Versicherungsgesellschaft). Dass es sich um nicht geschuldete Forderungen handeln würde, ist ohne zusätzliche Ausführungen, weshalb diese Gläubiger ihn dennoch betrieben haben sollen, nicht glaubhaft. Es ist somit von offenen Forderungen im Betrag von rund Fr. 110'000.– auszugehen.

3.3.2. Zum Vermögen bringt der Schuldner vor, er und seine Ehefrau seien Miteigentümer je zur Hälfte der Liegenschaft Grundbuchblatt ..., Kat. Nr. ..., D._____ - Strasse ..., E._____ (act. 2 S. 2). Dies belegt er mit einem Teilauszug aus dem Grundbuch (act. 4/6). Er führt aus, dass der Vermögenswert der Liegenschaft gemäss Steuerbewertung 2009 Fr. 679'000.– (70 %) betrage, ausgehend von einem Verkehrswert von Fr. 970'000.– (act. 2, act. 4/7). Die Liegenschaft sei Ende 2013 von der I._____ AG mit Fr. 1'159'000.– bewertet worden (act. 2, act. 4/8). Zulasten der Liegenschaft sei ein Grundpfandrecht über Fr. 880'000.– an 1. Pfandstelle eingetragen. Das Hypothekendarlehen bei der Zürcher Kantonalbank habe gemäss Zins- und Saldoausweis per 31. Dezember 2013 Fr. 848'125.– betragen (act. 2; aus dem hierzu eingereichten Beleg act. 4/9 ist dieser Betrag jedoch nicht ersichtlich).

Weiter führt der Schuldner aus, er habe im Rahmen der Teilscheidungskonvention mit seiner Frau vereinbart, dass er die Liegenschaft bis spätestens 31. Juli 2014 verlasse und sie die Liegenschaft bestmöglich veräussere. Gemäss Ziff. 4.2 der Vereinbarung bezahle ihm seine Ehefrau bei einem Verkauf den Betrag von pauschal Fr. 80'000.–. Davon habe sie ihm am 11. Juli 2014 bereits Fr. 5'000.– übergeben, woraus er die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten sowie die weiteren Kosten bezahlt habe. Den Restbetrag von Fr. 75'000.– habe die Ehefrau innert 10 Tagen ab Unterzeichnung der Teilscheidungsvereinbarung bis zum Verkauf der Liegenschaft auf einem Sperrkonto zu hinterlegen. Dieser Betrag würde an ihn überwiesen, wenn der Verkauf bis zum 30. November 2014 erfolge. Da die Ehefrau vom Fach komme, kenne sie sich mit der aktuellen Lage auf dem Immobilienmarkt sehr gut aus. Sie sei zuversichtlich, die Liegenschaft bis dann verkaufen zu können. Mit den 75'000.– könne er die offenen anerkannten Forderungen von rund 70'000.– bezahlen, wobei die Ehefrau den hälftigen Teil der Steuerschulden noch zu tragen habe (act. 2).

Aus der eingereichten Teilscheidungsvereinbarung ergibt sich, dass der rechnerische Anspruch des Schuldners aus dem Verkauf der Liegenschaft Fr. 32'650.– betrage, die Ehefrau sich im Hinblick auf eine einvernehmliche Regelung und schnelle Lösung bereit erklärte, ihn mit einem pauschalen Betrag von Fr. 80'000.– zu entschädigen, und zwar Fr. 5'000.– per 11. Juli 2014 und Fr. 75'000.– innert 10 Tagen ab Unterschrift der Vereinbarung auf ein Sperrkonto. Sollte der Verkauf nicht bis zum 30. November 2014 erfolgen, würden die Fr. 75'000.– zurück an die Ehefrau gehen und die Vereinbarung zum Verkauf der Liegenschaft fiele dahin (act. 4/10 Ziff. 4.1 ff.).

Somit ist zwar glaubhaft, dass dem Schuldner mit grosser Wahrscheinlichkeit in nächster Zeit Fr. 75'000.– zufließen, ist doch ein Verkauf einer Liegenschaft in E. _____ innert vier Monaten nicht ausgeschlossen. Jedoch genügen diese Mittel alleine nicht, um sämtliche Schulden zu tilgen. Es bleiben Schulden im Betrag von rund Fr. 35'000.–. Selbst unter Beachtung des vorgebrachten Anteils der Ehefrau an den Steuerschulden würde dies an der Situation nicht wesentlich etwas än-

dern, handelt es sich dabei gemäss Ausführungen des Schuldners doch um lediglich rund Fr. 6'000.–, so dass immer noch Fr. 29'000.– an Schulden verbleiben.

3.3.3. Der Schuldner bestätigt, für alle seine laufenden Verpflichtungen und die Kosten seines Lebensunterhalts vollständig aufkommen zu können. Zu seinen geschätzten Einkünften reicht er die provisorischen Steuerrechnungen aus den Jahren 2012 bis 2014 ein (act. 2, act. 4/12).

Die reine Bestätigung des Schuldners ist unbehelflich. Eine solche Behauptung genügt nicht, sie muss durch objektive Anhaltspunkte glaubhaft gemacht werden. Sodann enthalten die eingereichten provisorischen Steuerrechnungen lediglich das vom Steueramt geschätzte Einkommen, und zwar beider Ehegatten. Das geschätzte Einkommen von Fr. 50'000.– ist ausserdem nicht realistisch, ist die Ehefrau des Schuldners doch offenbar als Real Estate Consultant bei J. _____ AG tätig, und der Schuldner führt – gemäss seiner Behauptung stets erfolgreich – ein Einzelunternehmen. Ausgehend von Fr. 50'000.– würden die Ehegatten zusammen monatlich lediglich rund Fr. 4'150.– an steuerbarem Einkommen erzielen. Trifft das zu, könnte daraus nur abgeleitet werden, dass der Schuldner wohl kaum ein Einkommen erzielt, mit welchem er seinen laufenden Verpflichtungen nachkommen und überdies noch Schulden tilgen kann.

3.3.4. Zur Geschäftstätigkeit als Inhaber des Einzelunternehmens führt der Schuldner aus, dass er diese stets erfolgreich ausgeführt habe. Eine Buchhaltung habe er nicht geführt. Diesbezüglich verwies er auf den Postenauszug vom 1. Januar 2013 bis zum 8. Juli 2014 von der Migros Bank AG. Im März 2014 habe er eine dreimonatige Arbeitspause einlegen müssen, da ihn die Trennung und die bevorstehende Ehescheidung sehr belastet hätten. Während dieser Zeit habe er im Ausland gewohnt. Weil er in dieser Zeit keine Umsätze habe verbuchen können, weise der Kontokorrent bei der Migros Bank AG aktuell ein Minussaldo auf. Ihm seien aber bereits Aufträge für die nächsten vier Wochen mit einem Auftragsvolumen von ca. Fr. 20'000.– zugesichert worden. Zudem erwarte er demnächst noch Debitorenzahlungen von ca. Fr. 7'000.– bis Fr. 8'000.–. Er sei überzeugt, die Geschäfte erfolgreich weiterführen zu können (act. 2).

Den Auszug der Migros Bank AG hat der Schuldner nicht vollständig eingereicht, es fehlen die Seiten 1-39 (act. 4/11). Somit sind lediglich Buchungen ab 10. Dezember 2013 ersichtlich. In dieser Zeit bewegte sich der Kontostand zwischen Fr. - 4'847.78 und Fr. 15'881.27. Vor seinem Ausfall im März 2014, also Ende Februar 2014, betrug der Kontostand Fr. - 2'979.63. Per 10. Juli 2014 beträgt der Kontostand Fr. - 3'392.93.

Zu den behaupteten Aufträgen und den offenen Debitorenguthaben reichte der Schuldner am 21. Juli 2014 noch drei Rechnungen an Kunden vom 8. Mai 2014 sowie vom 3. und 5. Juni 2014 nach und eine Auftragsbestätigung vom 9. Juli 2014. Der Gesamtbetrag der Rechnungen beträgt Fr. 13'887.10, die Auftragsbestätigung für einen Umzug nach Paris am 15. August 2014 lautet auf den Pauschalbetrag von Fr. 18'225.–. Somit würden bereits daraus dem Schuldner in nächster Zeit noch rund Fr. 32'000.– zufließen. Zwar stehen diesen Forderungen allenfalls auch noch gewisse Aufwandposition gegenüber (z.B. Benzinkosten für den Transport), jedoch ist davon auszugehen, dass ein grosser Teil Entschädigung für die Arbeitsleistung des Schuldners darstellt.

Unter Beachtung dieser Mittel ist gerade noch glaubhaft, dass die Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners bloss vorübergehender Natur sind. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der Konkurs ist aufzuheben.

4.

Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes am Bezirksgericht Horgen vom 25. Juni 2014, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
Die Spruchgebühr für den erstinstanzlichen Entscheid wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass diese Gebühr aus dem von der Gläubigerin vor Vorinstanz geleisteten Vorschuss bereits bezogen wurde.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 996.95 der Gläubigerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt Wädenswil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'000.– (Fr. 1'500.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wädenswil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Grundbuchamt F. _____ und an das Betreibungsamt Wädenswil, 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:

MLaw D. Weil

versandt am: