

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150167-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 21. September 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG, Inkassodienst

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 3. September 2015 (EK150106)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber des seit dem 19. April 1996 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens GARAGE A._____. Das Unternehmen ist mit folgendem Zweck im Handelsregister aufgeführt: Betrieb einer Garage sowie Verkauf von Neu- und Occasionsautomobilen (act. 4/2 und act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 3. September 2015 (act. 3 = act. 6) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Affoltern den Konkurs über den Schuldner für die Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'266.45 nebst Zins zu 5% seit 31. Juli 2014, Spesen von Fr. 150.– und Fr. 167.20 Betreuungskosten. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 16. September 2015 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2; act. 4/3; act. 7/14; act. 8). Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 17. September 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hat (act. 2 S. 3; act. 4/5; act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Materielles

2.1. 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 einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht

werden (BGE 136 III 294 und 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Der Schuldner belegt mit Bestätigung des Konkursamtes Schlieren vom 9. September 2015 die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung (Fr. 1'266.45) samt Zinsen bis 3. September 2015 (Fr. 69.20), Spesen (Fr. 150.–) und Betreuungskosten (Fr. 167.20) zu Handen der Gläubigerin beim Konkursamt Schlieren hinterlegt zu haben. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Fr. 200.–) sowie die mutmasslichen Kosten des Konkursamtes für die Dauer von der Konkurseröffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren wurden durch Zahlung insgesamt Fr. 4'100.– ebenfalls hinterlegt (act. 2 S. 2 und act. 4/4). Mit der Hinterlegung beim Konkursamt Schlieren ist der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 9).

2.3. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung 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, in näherer Zukunft 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. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell

dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

Der Schuldner führt aus, als die Vorinstanz am 3. September 2015 über ihn den Konkurs eröffnet habe, sei über ihn der Konkurs bereits eröffnet gewesen. Gegen diese Konkursöffnung, d.h. eine Konkursöffnung vom 6. August 2015, habe er am 24. August 2015 Beschwerde beim Obergericht erhoben, die im Zeitpunkt der Konkursöffnung vom 3. September 2015 noch hängig gewesen sei. Er sei davon ausgegangen, dass er bis zum Entscheid des Obergerichts keine Forderungen von Gläubigern bezahlen dürfe, da er sonst eine Gläubigerbegünstigung begehen würde. Es sei ihm nun bewusst, dass hängige Beteiligungen bei Gewährung der aufschiebenden Wirkung wieder aufleben und fortgesetzt werden könnten, und somit auch eine erneute Konkursöffnung erfolgen könne (act. 2 S. 3). Weiter bringt der Schuldner vor, seine Zahlungsfähigkeit habe er bereits in seiner Beschwerde vom 24. August 2015 dargelegt. Die in dieser Beschwerdeschrift genannten Fakten und Zahlen würden auch heute noch stimmen (act. 2 S. 3 f.).

Die Erklärung des Schuldners, weshalb er die Forderung der Gläubigerin nicht beglichen hat, erscheint glaubhaft. Dass ein Laie nicht weiss, dass die aufschiebende Wirkung den Eintritt der Wirkungen des Konkurses auf das Vermögen des Schuldners und damit den Eintritt der Verfügungsbeschränkung hemmt (KUKO SchKG-Stöckli/Possa, 2. Aufl., Art. 204 N 3 m.w.H.), ist nachvollziehbar. Als Begründung zur Zahlungsfähigkeit verweist der Schuldner auf seine Beschwerde vom 24. August 2015 und sinngemäss auf den eingereichten Entscheid des Obergerichts vom 7. September 2015, mit welchem die Konkursöffnung vom 6. August 2015 aufgehoben wurde (Geschäfts-Nr.: PS150149; act. 4/6). Vor dem Hintergrund, dass die Aufhebung des Konkurses vom 6. August 2015 mit Urteil vom 7. September 2015 und damit erst nach der hier zu behandelnden Konkursöffnung vom 3. September 2015 erfolgte, sind die im Entscheid vom 7. September 2015 enthaltenen Angaben zur finanziellen Situation des Schuldners als aktuell zu betrachten. Es rechtfertigt sich daher, die Begründung des

Entscheid vom 7. September 2015 heranzuziehen (vgl. act. 4/6 E. 2.3.S. 5 f.) und mit allenfalls erforderlichen Anpassungen zu übernehmen.

Gegen den Schuldner wurden im Zeitraum vom 25. September 2014 bis 25. Juni 2015 zwölf Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 53'896.35 angehoben. Nebst der im Beschwerdeverfahren betreffend Konkursöffnung vom 6. August 2015 (Geschäfts-Nr.: PS150149) beglichenen Konkursforderung in Höhe von Fr. 23'800.– und der nun beglichenen bzw. hinterlegten Konkursforderung wurden zwei Beteiligungen bereits durch Zahlung an das Beteiligungsamt (Code ...) und vier Beteiligungen durch Zahlung an die Gläubiger (Code ...) erledigt. In den übrigen vier Beteiligungen wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Code ...). Der Gesamtbetrag der noch offenen Forderungen beläuft sich auf Fr. 10'192.25. Hinzu kommen noch weitere Schulden in Höhe von Fr. 19'175.05. Diesen Schulden (Fr. 10'192.25 + Fr. 19'175.05) stehen Aktiven in der Höhe von Fr. 75'021.97 gegenüber (Debitoren Fr. 12'250.90 [vgl. act. 4/9]; Barschaft Fr. 3'157.– [vgl. act. 4/8]; Privatkonto Fr. 1'467.24 [vgl. act. 4/10]; Kontokorrentkonto Fr. 28'446.83 [vgl. act. 4/11]; Bestand Fahrzeuge Fr. 29'700.– [vgl. act. 4/8]). Dies ergibt einen Aktivenüberschuss von Fr. 45'654.67. Im Jahr 2012 hatte der Schuldner einen Gewinn von Fr. 62'718.46 erzielt. Der im Jahr 2013 generierte Verlust von Fr. 10'483.12 begründete der Schuldner glaubhaft mit seiner damaligen persönlichen Situation (vgl. act. 4/6 E. 2.3.S. 5). Da der Schuldner die gegenwärtig offenen Forderungen von insgesamt Fr. 29'367.30 (Fr. 10'192.25 + Fr. 19'175.05) bereits durch die vorhandenen liquiden Mittel beinahe zu tilgen vermag, Debitoren Guthaben vorhanden sind, er über einen Fahrzeugbestand verfügt, Miteigentümer einer Liegenschaft ist und gewillt ist, seine Buchhaltung in Ordnung zu bringen sowie der Konkurs nur aufgrund eines Missverständnisses betreffend aufschiebende Wirkung eröffnet wurde, erscheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als gegeben. Dafür spricht auch, dass der Schuldner bereits über 80% der seit dem 25. September 2014 in Beteiligung gesetzten Forderungen innert kurzer Zeit beglichen hat (vgl. act. 4/6 E. 2.3.S. 5 f.).

Es ist nach wie vor davon auszugehen, dass die Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners lediglich vorübergehender Art sind. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden (vgl. BGer 5A_335/2014 E. 3.1. m.w.H.). Trotz mangelnder Angaben zu seinen privaten Ausgaben erscheint aufgrund des Gesagten glaubhaft, dass der Schuldner neben der Finanzierung der laufenden Unterhaltskosten auch noch die bestehenden Schulden bis Ende 2015, jedenfalls innerhalb von zwei Jahren, abtragen kann. Da die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit erscheint, ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

3. Kosten

Trotz Gutheissung der Beschwerde sind die Kosten der Vorinstanz sowie des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen, weil er durch die verspätete Zahlung die Verfahren verursacht hat (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 3. September 2015, 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 von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Schlieren ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 5'700.– (Fr. 4'100.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest der von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 3'452.85 (Fr. 1'652.85 + Fr. 1'800.–) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bonstetten, 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. O. Canal

versandt am:
21. September 2015