

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150243-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 14. Januar 2016

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 2. Dezember 2015 (EK150362)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen eröffnete mit Urteil vom 2. Dezember 2015 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 21. Dezember 2015 beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 22. Dezember 2015 entsprochen (act. 10). Ferner leistete der Beschwerdeführer mit Zahlung vom 21. Dezember 2015 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/16).
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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe 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 Belege für die Zahlung von Fr. 2'200.-- und Fr. 100.-- an die Beschwerdegegnerin am 21. Dezember 2015 eingereicht (act. 5/13). Zudem hat er eine Bestätigung des Konkursamtes Horgen vom 18. Dezember 2015 vorgelegt, wonach er zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 800.-- geleistet hat (act. 5/15). Damit hat der Beschwerdeführer die Bezahlung der Konkursforderung in Höhe von Fr. 2'089.15 mitsamt Kosten innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden

nachgewiesen, weshalb der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG gegeben ist.

4.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gilt sodann als glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass sie gegeben ist, ohne aber ausschliessen zu müssen, dass es auch anders sein könnte (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; 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 Horgen vom 3. Dezember 2015 (act. 5/11) weist für die Zeit vom 1. Januar 2011 bis zum 3. Dezember 2015 97 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 433'503.48 aus, wovon eine Beteiligung im Betrag von Fr. 459.40 erloschen ist und 22 Beteiligungen im Betrag von Fr. 94'388.15 durch volle Befriedigung nach Verwertung sowie acht Beteiligungen im Betrag von Fr. 1'899.70 durch Bezahlung erledigt

worden sind. Weitere 32 Betreibungen im Betrag von Fr. 187'205.78 wurden durch Ausstellen eines Verlustscheins nach Art. 149 SchKG erledigt. Demnach bestehen abzüglich der zwischenzeitlich bezahlten Konkursforderung (Fr. 2'197.05) derzeit noch 33 offene Betreibungen. Dabei handelt es sich um vier Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 10'052.60, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, um 13 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 70'415.25, bei welchen eine Einkommenspfändung läuft, um neun Betreibungen im Betrag von Fr. 39'090.80, bei welchen eine Pfändung ungenügend blieb und nun ebenfalls eine Einkommenspfändung läuft, um sechs Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 10'794.75, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, und um eine Betreibung im Betrag von Fr. 17'000.--, bei welcher ein Aufschub nach Art. 123 SchKG gewährt wurde. Hinzu kommen 41 Verlustscheine aus Pfändungen im Gesamtbetrag von Fr. 228'367.47.

4.3. Der Beschwerdeführer ist als Einzelunternehmer im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und betreibt unter der Firma "C._____" zweckgemäss ein Restaurant in D.____ (act. 6). Zu den offenen Betreibungen und den Verlustscheinen führt der Beschwerdeführer einzig aus, dass es sich bei den Schulden gegenüber der schweizerischen Eidgenossenschaft um solche betreffend die Mehrwertsteuer handle. Auf Grund bereits geleisteter Abzahlungen und infolge fortlaufender Einschätzungsentscheide seien jedoch zwischenzeitlich Berichtigungen vorgenommen worden und der tatsächliche Ausstand betrage weniger als der im Betreibungsregisterauszug ausgewiesene Gesamtbetrag der entsprechenden Betreibungen und Verlustscheine (act. 2 S. 8).

4.4. Diese Ausführungen sind gestützt auf den hierzu ins Recht gelegten Auszug des Mehrwertsteuerkontos des Beschwerdeführers per 21. Dezember 2015, wonach der aktuelle Ausstand Fr. 67'900.-- beträgt (vgl. act. 5/12), und angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer regelmässige Zahlungen an das Betreibungsamt Horgen geleistet hat, welche unter anderem zugunsten der schweizerischen Eidgenossenschaft verwendet wurden (vgl. act. 5/14), glaubhaft. Aus diesem Grund sind die oben dargestellten Schulden insoweit zu korrigieren, als die im Betreibungsregisterauszug zugunsten der schweizerische Eidgenossen-

schaft ausgewiesenen Schulden in Höhe von Fr. 203'390.-- (sieben laufende Beteiligungen über Fr. 82'806.65, wovon eine Verwertung gemäss Art. 123 SchKG aufgeschoben wurde, und acht Verlustscheine über Fr. 120'583.35) vorliegend lediglich mit dem tatsächlichen Ausstand zu berücksichtigen sind. Gegen den Beschwerdeführer bestehen somit derzeit offene, in Betreuung gesetzte und unmittelbar durchsetzbare Forderungen sowie Verlustscheine in Höhe von insgesamt Fr. 240'230.87. Weitere Schulden sind aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich und der Beschwerdeführer gibt an, die meisten laufenden Rechnungen, insbesondere den Warenkauf, vollständig in bar zu bezahlen (act. 2 S. 5). Das erscheint insoweit glaubhaft, als bei den betriebenen Forderungen fast ausschliesslich öffentliche Institutionen und Versicherungen als Gläubigerinnen figurieren und gestützt auf die Besoldungsblätter für das Jahr 2015 sowie die Lohnabrechnungen für die Monate August bis Oktober 2015 davon auszugehen ist, dass der Beschwerdeführer auch die Löhne der im Restaurant tätigen Angestellten jeweils bezahlt. Belege, die eine abschliessende Beurteilung der Schuldensituation zulassen würden, reicht der Beschwerdeführer allerdings nicht ein.

4.5. Den genannten Schulden stehen gemäss Auszug der auf den Beschwerdeführer lautenden Konti bei der Clientis Sparcassa ... und bei der Postfinance per 24. bzw. 30. November 2015 flüssige Mittel in Höhe von insgesamt Fr. 3'043.12 gegenüber (act. 5/7 und act. 5/8). Zudem verfügt der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben zur Schuldentilgung über ein Guthaben aus dem Verkauf der von ihm und seiner Ehefrau zur Zeit (noch) bewohnten Liegenschaft in Höhe von Fr. 258'000.-- (act. 2 S. 5 ff.). Hierzu reicht der Beschwerdeführer einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag und eine Vereinbarung zwischen ihm und seiner Ehefrau, je vom 18. Dezember 2015, ein (act. 5/9 und act. 5/10). Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer und seine Ehefrau die je in ihrem hälftigen Miteigentum stehende Liegenschaft ... [Adresse] am 18. Dezember 2015 zum Preis von Fr. 560'000.-- verkauft haben. Dabei wurde vereinbart, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers für den Fall der Konkursaufhebung auf ihren Erlösanteil unwiderruflich und ohne Gegenleistung verzichtet, der Käufer die auf der Liegenschaft lastende Hypothek in Höhe von Fr. 280'000.-- ablöst, die Grundstücksgewinnsteuer in Höhe von Fr. 22'000.-- beim Steueramt E. _____ sicherstellt und die verblei-

benden Fr. 258'000.-- direkt an das Betreibungsamt Horgen zur Tilgung der Schulden des Beschwerdeführers bezahlt.

4.6. Damit vermag der Beschwerdeführer zwar darzutun, dass er über genügend Mittel verfügt, um die aufgelaufenen Schulden unmittelbar und vollständig zu tilgen. Ob noch weitere, nicht betriebene Schulden vorhanden sind, kann mangels Belegen allerdings nicht beurteilt werden. Der Beschwerdeführer reicht auch keine aktuellen Jahresrechnungen oder andere Belege ein, die einen vollen Überblick über seine finanzielle Situation ermöglichen würden. Gestützt auf die Jahresrechnung 2011, wonach er mit dem von ihm betriebenen Restaurant im Jahr 2010 bei einem Umsatz von Fr. 326'600.90 einen Gewinn von Fr. 27'816.55 und im Jahr 2011 bei einem Umsatz von Fr. 309'559.70 einen Gewinn von Fr. 23'676.34 erwirtschaftet hat (act. 5/6), behauptet der Beschwerdeführer lediglich, die Umsätze der vergangenen Jahre seien konstant und würden ebenfalls zwischen Fr. 300'000.-- und Fr. 350'000.-- liegen (act. 2 S. 5). Alleine der Umsatz sagt jedoch noch nichts über die Zahlungsfähigkeit aus und darüber hinaus zeichnet die dargestellte Schuldensituation des Beschwerdeführers ein anderes Bild.

4.7. Zu Gunsten des Beschwerdeführers ist jedoch zu werten, dass er mit dem Verkauf der Liegenschaft und insbesondere seine Ehefrau mit dem Verzicht auf ihren Anteil bereit sind, namhafte Mittel für die Schuldensanierung aufzubringen und damit den Konkurs abzuwenden. Dies ist ein starkes Indiz dafür, dass der Beschwerdeführer selber davon ausgeht, nach der Schuldenbereinigung in der Lage zu sein, allenfalls weitere, hier nicht ausgewiesene Schulden sowie die laufenden Verbindlichkeiten decken zu können. Für die inskünftige Liquidität des Beschwerdeführers spricht auch, dass ihm vom Verkaufserlös nach Abzug der hier ausgewiesenen Schulden ein Betrag von rund Fr. 17'000.-- verbleiben wird. Zudem wird der Beschwerdeführer mit dem Verkauf der Liegenschaft keine Hypothekarzinsen mehr tragen müssen und es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch keine anderen Wohnkosten zahlen müssen, da er nach eigenen Angaben mit seiner Ehefrau in der zum Restaurant gehörenden Wirtshaus wohnen wird (vgl. act. 2 S. 7). Damit wird sich die monatliche finanzielle Belastung des Beschwerdeführers verringern. Im Weiteren konnte der Beschwer-

deführer im vergangenen Jahr regelmässige Zahlungen in Höhe von durchschnittlich Fr. 1'700.-- pro Monat an das Betreibungsamt leisten (vgl. act. 5/14). Mit der vollständigen Tilgung der hier ausgewiesenen Schulden wird dem Beschwerdeführer dieser Betrag für die Deckung der laufenden Verbindlichkeiten zusätzlich zur Verfügung stehen. Darüber hinaus weist der Betreibungsregisterauszug kaum Betreibungen im Zusammenhang mit dem Betriebsaufwand im engeren Sinne aus und die in Betreuung gesetzten Mehrwertsteuern basieren auf fortlaufenden Einschätzungsentscheiden, wie der Beschwerdeführer selbst ausführt. Diese Umstände erwecken zusammen mit der Tatsache, dass seit 2011 keine Jahresabschlüsse mehr erstellt wurden, insbesondere den Anschein einer Nachlässigkeit in der Buchhaltung und weniger derjenigen einer ständigen Illiquidität.

4.8. Aus all diesen Gründen rechtfertigt es sich, gerade noch von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit des Beschwerdeführers auszugehen, weshalb er nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt.

5.1 Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Beschwerdeführers verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann.

5.2 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind aus dem bei der Obergerichtskasse vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Ferner ist das Konkursamt Horgen für die Behandlung der ihm überwiesenen bzw. einbezahlten Kostenvorschüsse (Fr. 1'500.-- seitens der Beschwerdegegnerin via Konkursgericht und Fr. 800.-- seitens des Beschwerdeführers) zuständig.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 2. Dezember 2015, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Konkursamt Horgen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.-- (Fr. 1'500.-- vom Konkursgericht überwiesen und Fr. 800.-- vom Beschwerdeführer einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Horgen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Grundbuchamt Horgen sowie an das Betreibungsamt Horgen, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
15. Januar 2016