

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160122-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

Urteil vom 30. Juni 2016

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 9. Juni 2016 (EK160181)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber des seit dem 30. Januar 2009 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "A. _____ eidg. Dipl. Malermeister", wobei als Zweck die Übernahme von Malerarbeiten aller Art sowie Tapezierarbeiten genannt wird (act. 6).
2. Am 9. Juni 2016, 17:00 Uhr, eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Winterthur für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 4'628.40 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 7 = act. 8/5). Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 18. Juni 2016 zugestellt (act. act. 8/6).

Dagegen hat der Schuldner am 28. Juni 2016 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer erhoben und liess dabei die Aufhebung des Konkurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 S. 2). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-6). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch des Schuldners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

2. Eine Beschwerde gegen einen Konkursöffnungsentscheid ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2.1 Der Schuldner hat vorliegend mit der Gläubigerin am 8. Juni 2016 eine Zahlungsvereinbarung über "die Ausstände von Total Fr. 4'602.55" geschlossen (act. 5/2), wobei er die erste Rate von Fr. 400.– am 28. Juni 2016 bezahlt hat (act. 5/4). Die Gläubigerin erklärte daraufhin mit Schreiben vom 28. Juni 2016, dass sie auf die Durchführung des Konkurses verzichte (act. 5/3 = act. 9). Damit ist der Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG dargetan.

2.2 Da die Gläubigerin den Verzicht auf die Durchführung des Konkurses erst nach dessen Eröffnung erklärt hat, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Der Verzicht der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses kann die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit nicht ersetzen (BGer 5P.256/2002 vom 4. September 2002 = Pra 2003, S. 42 ff.; BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 26). Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt substantiiertes Behaupten voraus; der Schuldner muss deshalb seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich ge-

halten wird (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3 u.a. mit Hinweis auf BGE 132 III 715, E. 3.1).

Vorliegend bringt der Schuldner zu seiner Zahlungsfähigkeit lediglich vor, er habe bereits die erste Rate à Fr. 400.– an die Gläubigerin bezahlt und es seien genügend liquide Mittel zur Bezahlung der offenen Schuld der Gläubigerin vorhanden, weshalb es auch zu dieser Zahlungsvereinbarung gekommen sei. Zudem habe er gegenüber dem Konkursamt einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– geleistet, womit die Kosten des Konkursverfahrens sowie diejenigen der Vorinstanz gedeckt seien. Sodann bestünden keine weiteren Konkursbegehren oder gar Zwangsvollstreckungen. Zum Beweis offeriert er dabei seine persönliche Befragung sowie die Edition entsprechender Bestätigungen beim zuständigen Betreibungs- bzw. Konkursamt. Zudem merkt er an, weitere Unterlagen zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen würden bei Bedarf nachgereicht (act. 2 S. 4 f.).

Wie bereits gesagt (vorstehend Ziff. II.2) hat der Schuldner eine Beschwerde gegen einen Konkurseröffnungsentscheid jedoch innert der 10-tägigen Beschwerdefrist *abschliessend* zu begründen, weshalb er insbesondere auch seine Zahlungsfähigkeit innert Frist glaubhaft zu machen hat. Das Urteil der Vorinstanz wurde dem Schuldner am 18. Juni 2016 zugestellt (vgl. vorstehend Ziff. I.2), womit die 10-tägige Beschwerdefrist am 28. Juni 2016 endete. Der Schuldner hat seine Beschwerdeschrift dementsprechend am letzten Tag der Frist der Post übergeben und sie ist einen Tag später – und damit nach Ablauf der Frist – bei der Kammer eingegangen (vgl. act. 2). Eine Ergänzung der Beweismittel zur Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist deshalb nicht mehr möglich. Im Übrigen darf ein Beweisantrag von vornherein nicht dazu dienen, den rechtlich relevanten Sachverhalt erst mit der Vorlage bzw. Abnahme der Beweismittel darzulegen oder zu substantiieren, sondern einzig dazu, bereits substantiiert dargelegte Ausführungen zu belegen (vgl. statt vieler ZK-SUTTER-SOMM/VON ARX, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 29). Der Schuldner hat in seiner Beschwerdeschrift weder Ausführungen zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen noch Angaben dazu gemacht, wie hoch der gesamthafte Betrag seiner Schulden ist. Ob die aktuellen Einnah-

men des Schuldners ausreichen, um neben den laufenden Geschäftsausgaben noch die bestehenden Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, kann dementsprechend gestützt auf den von ihm vorgetragene Sachverhalt nicht beurteilt werden, womit die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gar nicht erst rechtsgenügend behauptet wurde. Im Übrigen hat der Schuldner es versäumt, einen Betreibungsregisterauszug einzureichen, welcher wesentlichen Aufschluss über sein Zahlungsverhalten und seine finanzielle Lage gegeben hätte. Aus der mit der Gläubigerin geschlossenen Ratenzahlungsvereinbarung und dem Umstand, dass er die erste Rate bereits bezahlt hat, kann der Schuldner in Bezug auf seine Zahlungsfähigkeit sodann nichts zu seinen Gunsten ableiten, kann aus der Ratenzahlungsvereinbarung doch auch geschlossen werden, dass der Schuldner nicht in der Lage war, die Konkursforderung mit einer einzigen Zahlung zu tilgen.

Insgesamt ist es dem Schuldner aufgrund der unvollständigen bzw. fehlenden Darstellung seiner Vermögenslage sowie der fehlenden Glaubhaftmachung von Behauptungen nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Da damit seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft ist, sind die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde ist daher abzuweisen.

2.3 Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreibung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Winterthur-Altstadt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
30. Juni 2016