

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160152-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan.

Beschluss und Urteil vom 18. August 2016

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ **AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Horgen vom 3. August 2016 (EK160209)

Erwägungen:

1.

Mit Urteil vom 3. August 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 271.80 nebst Zins zu 5% seit 1. Dezember 2015, Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 50.– Bearbeitungskosten sowie Betreuungskosten von Fr. 94.60 (act. 3). Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 15. August 2016 (Datum Poststempel) Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Nach Beizug des Empfangsscheins des Schuldners für den angefochtenen Entscheid (act. 7) erweist sich das Verfahren, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, sogleich als spruchreif. Auf den Beizug der restlichen Akten der Vorinstanz ist deshalb zu verzichten.

2.

2.1. Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). 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. Zur Tilgung bzw. Hinterlegung der Schuld gehört es auch, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie die mutmasslichen Kosten des Konkursamtes für die Dauer von der Konkurseröffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses sicherzustellen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 172 N 3 und Art. 174 N 10). 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).

2.2. Das Urteil vom 3. August 2015 wurde dem Schuldner am 4. August 2016 zugestellt (act. 7). Damit lief die 10-tägige Beschwerdefrist am Montag, 15. August 2016, ab. Die Beschwerde erfolgte rechtzeitig.

2.3. Der Schuldner belegt mittels Quittung vom 15. August 2016, dass er beim Konkursamt Thalwil Fr. 2'000.– hinterlegt hat (act. 5/2). Mit dieser Zahlung ist die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung (Fr. 271.80, zuzüglich Zinsen von Fr. 9.15) einschliesslich Mahnkosten (Fr. 50.–), Bearbeitungskosten (Fr. 50.–) und Betreuungskosten (Fr. 94.60) gedeckt. Eine Bestätigung des Konkursamtes Thalwil, wonach mit dem hinterlegten Betrag von Fr. 2'000.– auch die Kosten des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens (Fr. 300.–, vgl. act. 3) sowie diejenigen des Konkursverfahrens sichergestellt sind, liegt nicht vor. Eine solche Erklärung des Konkursamtes ist grundsätzlich unverzichtbar (vgl. OGer ZH PS140083 vom 23. Mai 2014, E. 3). Vorliegend hat das Konkursamt dem Schuldner den Empfang von Fr. 2'000.– mit dem Vermerk "Kautions zur Durchführung des Beschwerdeverfahrens im Konkurs" quittiert (act. 5/2). Die Konkursforderung samt allen Kosten sowie die Gerichtsgebühr betragen insgesamt Fr. 775.55. Erfahrungsgemäss ist davon auszugehen, dass die Kosten des Konkursamtes Fr. 1'200.– nicht übersteigen werden und folglich durch die vom Schuldner hinterlegte Summe ebenfalls gedeckt sind. Damit ist der Konkursverhinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ausgewiesen.

2.4. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gegeben ist bzw. angenommen werden kann. 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).

Zur Zahlungsfähigkeit verweist der Schuldner auf den – wie er selber sagt – umfangreichen Betreibungsregisterauszug. Er führt aus, mittlerweile seien die meisten der insgesamt 119 Beteiligungen erledigt. Von den auf den Seiten 2 bis 6 des Auszuges aufgelisteten Beteiligungen seien aktuell noch fünf Forderungen offen, welche mit Fr. 712'999.25 zu Buche schlagen würden. Diese Schulden seien in der Zwischenzeit entweder beglichen oder seitens der Gläubiger erlassen worden. Die auf Seite 7 des Betreibungsregisterauszuges aufgelisteten offenen Beteiligungen beliefen sich auf insgesamt Fr. 19'312.–. Diesen Verbindlichkeiten stünde ein Barguthaben des Schuldners von Fr. 18'000.– gegenüber. Für den Fall, dass der Konkurs aufgehoben würde, sei zudem mit einer Rückzahlung des vom Schuldner an die Gemeinde C. _____ geleisteten Depots von Fr. 50'000.– zu rechnen. Dieses habe der Schuldner seinerzeit für den Betrieb des Bauernhofes hinterlegen müssen (act. 2 S. 6).

Der Schuldner reicht mit seiner Beschwerde keinerlei Unterlagen ein, aus denen seine finanzielle Lage ersichtlich wird oder die darlegen würden, dass er trotz der Konkurseröffnung zahlungsfähig ist, d.h. über genügend liquide Mittel verfügt, um die erwähnten Schulden zu begleichen sowie seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Der Hinweis, er werde die erforderlichen Bestätigungen der Gläubiger sowie der Gemeinde innert einer Notfrist nachreichen (act. 2 S. 6), ist unbehelflich. Wie bereits ausgeführt (vgl. Ziff. 2.1.), müssen sämtliche Unterlagen vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden. Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung im Sinne einer Nach- oder Notfrist ausgeschlossen (vgl. BGE 136 III 294 und 139 III 491). Ein Gesuch um Wiederherstellung der Frist stellt der Schuldner zu Recht nicht. Da die Frist zur Anfechtung eines Konkursdekrets im SchKG geregelt ist (Art. 174 Abs. 1 SchKG), wäre ein Fristwiederherstellungsgesuch nach Art. 33 Abs. 4 SchKG zu beurteilen. Eine Wiederherstellung wäre demzufolge nur möglich, sofern das Fristversäumnis auf ein unverschuldetes Hin-

dernis zurückzuführen ist. Diese Voraussetzung ist gemäss Rechtsprechung sehr restriktiv zu handhaben. Verlangt wird eine objektive Unmöglichkeit innert Frist zu handeln (vgl. BGer 7B64/2006 vom 9. Mai 2006, E. 3; BGer 7B.171/2005 vom 26. Oktober 2005, E. 3.2.3). Wie der Schuldner jedoch selber ausführt, hat er sich erst nach langem Ringen dazu entschieden, gegen die Konkureröffnung Beschwerde zu erheben (act. 2 S. 6). Dass die angeführten gesundheitlichen Probleme ihn daran gehindert hätten, früher tätig zu werden, wird nicht rechtsgenügend dargetan. Eine objektive Unmöglichkeit, welche es ihm verunmöglicht haben könnte, innert Frist zu handeln, liegt daher nicht vor.

Eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist somit nicht möglich. Objektive Anhaltspunkte, die geeignet sind, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners als glaubhaft erscheinen zu lassen, fehlen. Seine Behauptungen alleine genügen nicht. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind deshalb nicht erfüllt. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

3.

Da sogleich ein Entscheid gefällt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag der Schuldnerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

4.

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten der Schuldnerin 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 beschlossen:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 3. August 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und dem Schuldner und Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz, an das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an die Handelsregisterämter des Kantons Zürich und Luzern und an das Betreibungsamt Sihltal, 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. R. Barblan

versandt am:
18. August 2016