

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160234-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 15. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 30. November 2016 (EK160336)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 19. Mai 1988 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma "C._____, A._____" eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt die Herausgabe von Orts- und Gemeindekalendern sowie den Verkauf von Inseraten (act. 5).

2. Mit Urteil vom 30. November 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'562.75 nebst 5% Zins seit 1. Januar 2014, Fr. 500.– Umtriebskosten Betreibungsbegehren sowie Betreuungskosten von Fr. 155.60 und abzüglich einer Akontozahlung von Fr. 625.50 (act. 4 = act. 6/10). Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 2. Dezember 2016 zugestellt (act. 6 und 7/11/2).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 10. Dezember 2016 (Datum Poststempel), beim Obergericht eingegangen am 12. Dezember 2016, beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkursdekrets (act. 2). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen. Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen (act. 7/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

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 einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein (vgl. auch KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhän-

gig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden. Nachfristen werden nicht gewährt (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2. Zum Nachweis der Tilgung der Konkursforderung verweist der Schuldner unter anderem auf ein Schreiben der Gläubigerin vom 7. Dezember 2016 (act. 3/5 erstes Blatt). Darin führt die Gläubigerin aus, vom Schuldner und vom Betreibungsamt Thalwil mehrere Zahlungen erhalten zu haben und bestätigt weiter, dass der Schuldner sämtliche Ausstände vollständig beglichen habe. Der Schuldner belegt somit, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1) einschliesslich Kosten und Zinsen getilgt zu haben. Der Auftrag zur Überweisung der Konkursforderung und der restlichen Kosten an die Gläubigerin datiert vom 1. Dezember 2016 (act. 3/3). Die Forderung wurde somit nach Konkursöffnung beglichen. Ferner belegt der Schuldner mittels einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamts Thalwil vom 9. Dezember 2016, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 850.– sichergestellt zu haben (act. 3/10). Der Konkurshindernisgrund der Tilgung resp. Hinterlegung ist damit erfüllt.

3. 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, 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).

3.1. Zur Zahlungsfähigkeit verweist der Schuldner zunächst auf den eingereichten Auszug über offene Betreibungen des Betreibungsamts Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg vom 2. Dezember 2016 (act. 3/5 zweites Blatt). Von den dort aufgelisteten 22 Betreibungen – so der Schuldner – seien deren 11 vollumfänglich beglichen worden. Zum Nachweis dieser Zahlungen verweist der Schuldner auf "einige Quittungen von grossen Beträgen" und reicht diese ins Recht (act. 2 S. 2 mit Verweis auf act. 3/6-9). Die act. 3/6-8 betreffen Mietzinsausstände in der Höhe von Fr. 9'293.80 bei der D. _____ AG bis 11. März 2015. Diese bezahlte der Schuldner am 31. März 2015 (act. 3/7). Am 7. Januar 2016 bezahlte der Schuldner sodann seine Steuerschuld bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung im Umfang von Fr. 20'032.60 (act. 3/9). Für die weiteren erwähnten 9 Zahlungen reichte der Schuldner keinerlei Belege ein. Folglich ist davon auszugehen, dass es sich dabei um blosser Behauptungen handelt und dass die offenen Betreibungen des Schuldners aktuell insgesamt rund Fr. 120'000.– betragen.

3.2. Diese Ausstände gedenkt der Schuldner mit den bis Ende Januar 2017 zu erwartenden Zahlungseingängen seiner Kunden zu tilgen. Per 9. Dezember 2016 – so der Schuldner – seien Rechnungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 120'000.– bereits verschickt, jedoch noch nicht an ihn bezahlt worden (act. 2 S. 2 f.). Unterlagen, welche diese zu erwartenden Einnahmen belegen würden, hat der Schuldner nicht eingereicht. Auch weitere Dokumente, aus denen seine finanzielle Lage hervorgeht oder die darlegen würden, dass er trotz der Konkursöffnung zahlungsfähig ist, d.h. über genügend liquide Mittel verfügt, um die erwähnten Schulden zu begleichen und gleichzeitig seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen, sind nicht aktenkundig. Es fehlen somit objektive Anhaltspunkte, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Seine Behauptungen alleine genügen jedenfalls nicht. Da die Beschwerde – wie eingangs dargelegt – am letzten Tag der Beschwerdefrist beim Obergericht eingetroffen ist, und der Schuldner an diesem Tag telefonisch nicht erreichbar war (act. 6), konnte er auch nicht darauf aufmerksam gemacht werden. Eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist wie erwähnt nicht möglich. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind deshalb nicht erfüllt. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

4. Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist. Das ist freilich erst möglich, wenn das Konkursverfahren bis zum Schuldenruf gediehen ist (KuKo SchKG-Diggelmann, a.a.O., Art. 195 N 3).

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 einer Kopie von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, 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:
16. Dezember 2016