

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180151-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 18. September 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ Gärtnerei,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Horgen vom 7. August 2018 (EK180208)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen eröffnete mit Urteil vom 7. August 2018 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 3). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. August 2018 rechtzeitig Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 21. August 2018 wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass er die Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurshinderungsgrundes sowie der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne, und es wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Mit Nachtrag vom 27. August 2018 ergänzte der Beschwerdeführer die Beschwerde innert Frist (act. 11). Ferner leistete er mit Zahlung vom 27. August 2018 den Kostenvorschuss von Fr. 750.-- und bezahlte bei der Obergerichtskasse Fr. 3'450.-- (act. 13/6 und act. 16). Mit Verfügung vom 28. August 2018 wurde der Beschwerde schliesslich die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14).
2. 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 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 vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
3. Der Beschwerdeführer hinterlegte mit Zahlung vom 27. August 2018 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 3'450.-- (Fr. 4'200.-- abzüglich Kostenvorschuss von Fr. 750.--;

act. 13/6). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung samt Neben- und Betreuungskosten (vgl. act. 9 S. 2 f.; die Teilzahlung wurde dem Schuldner nur mit Fr. 5'771.40 angerechnet, weil das Betreibungsamt korrekt seine Inkassospesen abzog: act. 7/5). Zudem bezahlte der Beschwerdeführer dem Konkursamt Wädenswil Fr. 1'800.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 13/2 und act. 13/5). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (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 Wädenswil (act. 13/11) weist per 9. August 2018 keine Verlustscheine, aber 18 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 1'239'456.50 aus, wovon vier Betreibungen über Fr. 4'798.65 durch Bezahlung an das Betreibungsamt oder den Gläubiger erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registereuszug mit Fr. 6'809.40 vermerkt) derzeit noch 13 offene Betreibungen im Betrag von Fr. 1'227'848.50. Dabei handelt es sich um eine Betreibung im Betrag von Fr. 1'331.40, bei welcher ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, um zwei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 43'799.70, bei welchen bereits eine Pfändung läuft, um sieben Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 773'065.93, bei welchen Rechtsvorschlag erhoben wurde, und um drei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 409'651.48, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde.

4.3. Der Beschwerdeführer war bis zur Löschung des Eintrages am 28. März 2018 als Einzelunternehmer im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und erbrachte gemäss Auszug im Wesentlichen Dienstleistungen im Bereich der Unternehmensberatung (act. 6). Er gibt an, durch diese Tätigkeit nicht notorisch in Zahlungsschwierigkeiten gekommen zu sein. In Zahlungsverzug sei er durch den Konkurs der Gesellschaft C._____ AG, in welche er in den Jahren 2016 und 2017 mit erheblichen Mitteln investiert habe, gekommen. Zuvor seien keine Betreibungen offen gewesen (act. 11 S. 7). Letzteres belegt der Beschwerdeführer mit einem Betreibungsregisterauszug vom 18. Dezember 2015 (act. 13/12).

Im Weiteren führt der Beschwerdeführer aus, die Betreibung der D._____ AG sei rechtsmissbräuchlich und rein schikanös. Hintergrund sei ein angeblicher Anspruch aus Organhaftung, obwohl er nicht Organ der konkursiten C._____ AG gewesen sei (act. 11 S. 5). Diese Ausführungen erscheinen nicht abwegig. Hinzu kommt, dass die D._____ AG ebendiesen Betrag bereits im August 2017 in Betreibung gesetzt hatte (Betreibung Nr. 1 vom 4. August 2017 über Fr. 393'990.33). Der Beschwerdeführer hatte Rechtsvorschlag erhoben, welcher bis heute nicht beseitigt wurde. Im Gegenteil: die Gläubigerin scheint die gleiche Forderung rund

ein Jahr später einfach noch einmal in Betreuung gesetzt zu haben (Betreibung Nr. 2 vom 30. Juli 2018 über Fr. 393'990.33). Vor diesem Hintergrund ist hier unter dem Aspekt des Glaubhaftmachens davon auszugehen, dass es sich um rechtsmissbräuchliche Betreibungen handelt. Rechtsmissbräuchlichkeit macht der Beschwerdeführer auch betreffend die Betreuung der E._____ AG über Fr. 357'276.55 geltend (act. 11 S. 4). Diese Betreuung wurde bereits im Januar 2016 eingeleitet und der erhobene Rechtsvorschlag wurde ebenfalls bis heute nicht beseitigt, weshalb auch diese Ausführungen des Beschwerdeführers glaubhaft erscheinen. Ferner belegt der Beschwerdeführer in der Betreuung der Ausgleichskasse des Kantons Zug über Fr. 40'200.-- die Leistung von Teilzahlungen mit einem offenen Restbetrag von rund Fr. 33'337.25 sowie die Pfändung zweier Objekte im geschätzten Wert von Fr. 30'500.-- und den geplanten Freihandverkauf eines Objektes (act. 13/7-8). Somit ist diese Betreuung hier noch mit Fr. 2'837.25 zu berücksichtigen. Die übrigen Betreibungen bestreitet der Beschwerdeführer lediglich pauschal oder behauptet deren Tilgung, ohne aber Belege beizubringen. Insgesamt ist deshalb von betriebenen Schulden in Höhe von rund Fr. 45'000.-- auszugehen.

4.4. Im Weiteren führt der Beschwerdeführer zu seiner finanziellen Lage aus und belegt, dass er zusammen mit seiner Ehefrau Eigentümer einer Liegenschaft in Wädenswil ist (act. 11 S. 7 und act. 13/15). Der Verkaufswert der Liegenschaft wurde von F._____ am 20. Februar 2014 auf Fr. 1'950'000.-- bis Fr. 2'100'000.-- geschätzt (act. 13/13). Die Liegenschaft ist aktuell mit Fr. 1'015'075.30 belehnt (act. 13/14). Daraus ergibt sich, dass die offenen Schulden mit einem Verkauf der Liegenschaft ohne Weiteres getilgt werden könnten; auch wenn die Schätzung bereits einige Jahre her ist und sich der Liegenschaftswert in der Zwischenzeit allenfalls verändert haben sollte.

4.5. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer keine Ausführungen zu allfälligen weiteren offenen Schulden und seinen Lebenshaltungskosten. Dem eingereichten Auszug der G._____ Privatbank für das auf den Beschwerdeführer lautende Konto vom 27. August 2018 kann indes entnommen werden, dass monatliche Einnahmen und Ausgaben stattfinden (act. 13/19). Zudem weist der Be-

schwerdeführer aus, dass er mit Beratungsdienstleistungen im ersten Quartal 2018 Fr. 67'302.50 verdient hat (act. 13/17 und act. 13/19 S. 31), und reicht eine Bestätigung der H._____ AG ein, wonach Gespräche über eine Anstellung des Beschwerdeführers in einer Geschäftsleitungsposition geführt würden (act. 13/16). Damit ist glaubhaft, dass er künftig auch seine laufenden Verbindlichkeiten wird decken können.

4.6. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die vorliegende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität des Beschwerdeführers zurückzuführen ist. Insbesondere hat der Beschwerdeführer zwischenzeitlich auch seine selbständige Tätigkeit insofern aufgegeben, als die Einzelfirma am 28. März 2018 im Handelsregister gelöscht wurde (act. 6), und es wurde glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdeführer in der Lage ist, mit den vorhandenen Mitteln die Schulden und auch die laufenden Verbindlichkeiten zu decken. Somit rechtfertigt es sich, 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. 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. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 3'326.90.-- ist der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 7. August 2018, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss

verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.

3. Das Konkursamt Wädenswil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.-- (Fr. 1'800.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag der Beschwerdegegnerin Fr. 3'326.90 und dem Beschwerdeführer Fr. 123.10 auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wädenswil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wädenswil, je gegen Empfangsschein.
6. 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. K. Houweling-Wili

versandt am: