

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180174-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Obergerichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 4. Oktober 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X1.____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur.
X2.____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 28. August 2018 (EK180207)

Erwägungen:

1. Am 28. August 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen für eine Forderung von Fr. 723.50 zuzüglich Fr. 130.– Spesen, Fr. 30.80 Zins und Fr. 122.60 Betreibungskosten, total Fr. 1'006.90, den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte er verschiedene Unterlagen zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit ein (act. 2, act. 5/5-10).

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 seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Einreichung der Beschwerde belegte der Schuldner, dass er der Obergerichtskasse am 5. September 2018 und damit innert Beschwerdefrist Fr. 2'000.– überwiesen hatte (act. 2 S. 3, act. 5/3). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten von insgesamt Fr. 1'006.90. Damit liegt der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Zudem stellte der Schuldner mit der Bezahlung eines Vorschusses von Fr. 1'800.– rechtzeitig die Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz sicher, weshalb der Beschwerde mit Verfügung vom 11. September 2018 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 5/4, act. 10). Aus den hinterlegten Fr. 2'000.– ist auch der Vorschuss von Fr. 750.– für das

zweitinstanzliche Verfahren zu beziehen (act. 2 S. 3). Ferner hinterlegte der Schuldner am 10. September 2018 bei der Obergerichtskasse Fr. 5'500.– zur Begleichung von weiteren, gemäss Betreibungsregisterauszug offenen Beträgen (act. 2 S. 4 f., act. 5/9).

4. Nebst einem Konkurshinderungsgrund hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5. Anzumerken ist vorab Folgendes: Der Schuldner war Inhaber der Einzelfirma "C.____", deren Löschung am tt.mm.2018 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert wurde (act. 5/10, act. 6). Da er im Handelsregister eingetragen war, unterliegt er nach der Streichung noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Art. 40 SchKG). Die Konkursandrohung datiert vom 20. April 2018, weshalb die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortzusetzen war (act. 9/3).

Bereits mit Verfügung vom 11. September 2018 wurde darauf hingewiesen, dass eine Konkursöffnung auch bei erloschenen Firmen im Handelsregister eingetragen werden muss, da die für deren Liquidation erforderlichen Rechtshandlungen infolge der eingetretenen Verfügungsbeschränkung nach Art.

204 SchKG grundsätzlich nicht mehr gültig vorgenommen werden können (act. 10).

6.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg (act. 5/8) wurden in den letzten fünf Jahren bis zum 7. September 2018 45 Betreibungen eingeleitet, wovon drei erloschen und 29 durch Zahlung erledigt sind. In drei Betreibungen ergab die Verwertung volle Befriedigung. Der Umstand, dass es immerhin dreimal zur Verwertung und in fünf Fällen zur Konkursandrohung kam, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem aktuellen Konkursbegehren zugrunde liegende Betreibung Nr. 1 inzwischen bei der Gerichtskasse hinterlegt. Damit sind noch neun Betreibungen von total rund Fr. 18'900.– offen. In den Betreibungen Nr. 2 und 3 wurde Rechtsvorschlag erhoben. Da von den betreffenden Gläubigern bis anhin offenbar keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden sind, können diese Betreibungen unberücksichtigt bleiben. Weiter erklärt der Schuldner zur Betreibung Nr. 4 – wie auch zur eben erwähnten, durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibung Nr. 3 – der Steuerverwaltung, diese Forderungen müssten infolge der Löschung der Einzelfirma nicht mehr bezahlt werden (act. 2 S. 4). Dem kann nicht ohne weiteres gefolgt werden, haftet doch der Inhaber einer (gelöschten) Einzelfirma für deren Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Privat- und Geschäftsvermögen. Im konkreten Fall zog die Steuerverwaltung das Fortsetzungsbegehren zurück, weshalb auch diese Betreibung nicht weiter zu beachten ist (act. 5/10). Hingegen sind die Betreibungen Nr. 5 und 6 zu den Schulden zu zählen. Der Einwand des Schuldners, er müsse näher abklären, ob diese Forderungen berechtigt seien (act. 2 S. 4), ist nicht geeignet, sie ernsthaft in Frage zu stellen. So legt er mit keinem Wort dar, weshalb die beiden Betreibungen allenfalls zu Unrecht angehoben worden oder inzwischen erledigt sein sollen. In den übrigen Betreibungen wurden anerkanntermassen noch keine Zahlungen geleistet. Damit verbleiben gegenwärtig offene, in Betreibung gesetzte Forderungen von rund Fr. 6'870.–.

b) Seit 1. November 2017 ist der Schuldner bei der D. _____ AG angestellt. Nach eigener Darstellung hat er nebst den Betreibungen keine weiteren Ausstände (act. 2 S. 4 ff.). Konkrete Anhaltspunkte für zusätzliche nennenswerte Schulden privater Natur oder aus seiner vormaligen Geschäftstätigkeit ergeben sich auch nicht aus den Akten. Somit hat der Schuldner derzeit kurzfristige Verbindlichkeiten von rund Fr. 6'870.-. Demgegenüber führt er keine Debitoren an. Sein Konto bei der E. _____ wies per 31. Juli 2018 einen Saldo von Fr. 10'175.70 aus (act. 5/7). Er erklärt, am 21. September 2018 (also nach Eingang der Beschwerdeschrift am 11. September 2018!) betrage der Kontostand Fr. 9'568.70. Ferner würden ca. Fr. 50.- auf einem Konto bei der Bank F. _____ liegen (act. 2 S. 4). Bei Lohnauszahlung um den 25. des Monats (vgl. unten) dürfte sich der Saldo Ende Monat jeweils auf rund Fr. 9'000.- belaufen, sofern der Schuldner das Konto nicht überzieht. Damit vermögen die bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 5'500.- und die weiteren flüssigen Mittel, selbst wenn es weniger als Fr. 9'000.- sein sollten, die offenen Verpflichtungen zu decken.

Der Schuldner erzielt einen monatlichen Nettolohn von Fr. 9'155.70, wovon ihm nach Abzug eines Anteils für das Geschäftsfahrzeug Fr. 8'678.65 ausbezahlt werden (act. 2 S. 3, act. 5/5). Er macht Lebenshaltungskosten von Fr. 3'600.- pro Monat geltend, wobei der Mietzins von Fr. 6'270.- für seine Wohnung in der Liegenschaft G. _____ in H. _____ von seiner Mutter übernommen werde (act. 2 S. 4, act. 5/6). Letzteres steht allerdings im Widerspruch zum obgenannten Kontoauszug, welchem sich am 2. Juli 2018 eine Belastung von Fr. 6'215.- zugunsten des Vermieters entnehmen lässt (act. 5/7 S. 2). Die Quittung für die Mietzinszahlung durch die Mutter des Schuldners datiert denn auch vom 29. August 2013 und ist somit selbst beim Massstab des blossen Glaubhaftmachens nicht sachdienlich. Wer für den Mietzins aufkommt, bleibt somit unklar. Wesentlich ist indes, dass der Zins offenbar regelmässig bezahlt wird, ist doch der Schuldner immer noch an dieser Adresse wohnhaft und sind im Auszug keine Betreibungen von Seiten des Vermieters verzeichnet. Obwohl sich die aufgeführte Krankenkassenprämie von Fr. 342.50 aus der eingereichten Kopie der Versicherungskarte nicht ergibt, erscheint sie ebenso wie die mutmasslichen

Steuern von monatlich Fr. 2'000.– glaubhaft. Es sind keine Hinweise ersichtlich, welche ernstliche Zweifel an diesen Angaben aufkommen lassen könnten (act. 2 S. 4, act. 5/6). Trotz der erwähnten Unstimmigkeiten scheint bei dieser Sachlage die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachkommen und seine Schulden innert nützlicher Frist abtragen zu können, als gegeben, zumal nicht alle Kreditoren auf einmal befriedigt werden müssen. Somit ist die Konkurseröffnung wohl in der Tat auch auf die persönlichen und gesundheitlichen Belastungen des Schuldners zurückzuführen (act. 2 S. 5). Selbst wenn der Lebensunterhalt knapp berechnet scheint und der Schuldner zukünftig doch Unterhaltsbeiträge an seine getrennt lebende Ehefrau und seinen Sohn leisten sollte (act. 2 S. 4), ist unter den gegebenen Umständen nicht von anhaltenden Zahlungsschwierigkeiten auszugehen. So ist zu seinen Gunsten anzumerken, dass der Schuldner um die Bereinigung seiner finanziellen Angelegenheiten bemüht ist und im Rahmen des vorliegenden Verfahrens innert Kürze immerhin Fr. 7'500.– bei der Obergerichtskasse hinterlegte und Fr. 1'800.– beim Konkursamt sicherstellte.

7. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich somit gerade noch als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG dargetan. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über den Schuldner.

8. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat. Der Antrag "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Gläubigerin, eventualiter der Staatskasse" dürfte irrtümlich gestellt worden sein.

9. Aus den bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 2'000.– (act. 5/3) sind der Gläubigerin die Konkursforderung von total Fr. 1'006.90 auszuzahlen und die Verfahrenskosten von Fr. 750.– zu decken. Der Überschuss ist dem Schuldner zurückzuerstatten.

Der vom Schuldner zur Begleichung der übrigen Schulden bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 5'500.– (act. 5/9) ist an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg weiterzuleiten. Dieses hat den Betrag zur Tilgung der noch offenen Betreibungen zu verwenden (wenn nicht alle offenen Positionen gedeckt werden können: in einer vom Schuldner zu bestimmenden Reihenfolge) und dem Schuldner einen allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 28. August 2018, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Totalbetrag von Fr. 7'500.– nach Abzug der zweitinstanzlichen Kosten (Fr. 750.–, Ziff. 2 vorstehend) Fr. 1'006.90 an die Gläubigerin und Fr. 5'500.– an das Betreibungsamt zu überweisen sowie dem Schuldner den Restbetrag zurückzuzahlen.
4. Das Konkursamt Thalwil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.– (Fr. 1'800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen (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.

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. S. Bohli Roth

versandt am:
4. Oktober 2018