

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170169-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 30. August 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 2. August 2017 (EK170139)

Erwägungen:

I.

Am 2. August 2017 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin vom 12. Juni 2017 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über den Schuldner (act. 3 und 5). Dieser erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 4. August 2017 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben (act. 2; Beilagen: act. 3 und 4/2–5). Er macht im Wesentlichen geltend, für die in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten bei der Obergerichtskasse nach der Konkursöffnung Fr. 5'800.– hinterlegt und die konkursamtlichen einschliesslich der konkursgerichtlichen Kosten beim Konkursamt C. _____ sichergestellt zu haben; er sei zahlungsfähig.

Mit Verfügung vom 7. August 2017 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 7). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–16). Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens wurden vom Schuldner bevorschusst (act. 2 S. 2, act. 4/2; vgl. act. 7).

In einer Stellungnahme vom 11. August 2017 erklärte sich die Beschwerdegegnerin einverstanden, auf die Durchführung des Konkurses zu verzichten unter der Voraussetzung, dass ihr der vom Schuldner bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 5'800.– und der von ihr dem Konkursrichter geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– überwiesen würden (act. 10).

II.

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 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 als auch einen der drei Konkurshindereungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs-hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491).

III.

Am 3. August 2017 hat der Schuldner bei der Post für die Obergerichtskasse Fr. 6'550.– einbezahlt: Fr. 5'800.– zur Begleichung der Forderung der Beschwerdegegnerin und Fr. 750.– zur Sicherstellung der obergerichtlichen Kosten (act. 2 S. 1/2, act. 4/2, act. 9). Damit ist die von der Beschwerdegegnerin in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich Zinsen bis zur Konkursöffnung und Betreuungskosten (vgl. act. 6/4) gedeckt. Weiter hat der Schuldner beim Konkursamt C._____ einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– geleistet. Dieser ist zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des ihm von der Beschwerdegegnerin geleisteten Barvorschusses von Fr. 1'800.– ausreichend, um im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die konkursamtlichen Kosten zu decken und der Beschwerdegegnerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss zurückzuerstatten (act. 2 S. 2, act. 4/3). Damit liegt ein Konkurshindereungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

IV.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen der Schuldner seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufen-

den Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

2.

Zur finanziellen Lage des Schuldners ist der Beschwerdeschrift und den damit eingereichten Unterlagen sowie einem von der Vorinstanz beigezogenen Handelsregisterauszug im Wesentlichen Folgendes zu entnehmen:

Der Schuldner ist seit Ende 2001 als Inhaber des Einzelunternehmens "D._____", dessen Zweck der Handel mit Waren und Dienstleistungen aller Art ist, im Handelsregister eingetragen (act. 6/6). Er macht mit der Beschwerde geltend, die Firma habe den Geschäftsbetrieb nicht aufgenommen. Er sei bis 2009 Angestellter gewesen und habe sich erst danach mit der E.____ AG selbständig gemacht, welche in der Beratung und Erbringung von Dienstleistungen im Telekommunikationsmarkt tätig sei und deren Alleinaktionär und einziges Verwaltungsratsmitglied er sei. Die finanzielle Lage der E.____ AG sei etwas in Schieflage geraten, was Auswirkungen auf seine persönliche finanzielle Situation gehabt habe (act. 2 S. 3/4). Nun hätten sich seine Ehefrau und er dazu entschlossen, das gemeinsame Haus in F.____ zu verkaufen. Der Kaufvertrag sei am 30. Mai 2017 öffentlich beurkundet worden, die Eigentumsübertragung sei für den 9. August 2017 vorgesehen worden. Mit dem Vollzug des Kaufvertrages werde eine Zahlung in der Höhe von Fr. 404'000.– fällig, wovon Fr. 73'658.– als Sicherheit für die Grundstücksgewinnsteuer direkt an das Steueramt überwiesen würden. Die Differenz von Fr. 330'342.– stehe ihm zur Hälfte zu. Mit dem Verkauf des Hauses könne er die

finanzielle Situation bereinigen und sämtliche Schulden tilgen (act. 2 S. 2/3 und 4).

Im eingereichten Grundstückkaufvertrag vom 30. Mai 2017 ist der Kaufpreis auf 1,425 Mio. Franken festgesetzt und die Tilgung wie folgt vorgesehen (act. 4/5):

Fr. 31'000.–	bereits früher an Immobilienfirma geleistete Reservationszahlung
Fr. 200'000.–	Anzahlung anlässlich des Vertragsabschlusses
Fr. 790'000.–	Ablösung der Hypothek
<u>Fr. 404'000.–</u>	Zahlung anlässlich der Eigentumsübertragung, wovon Fr. 73'658.– an das Steueramt gehen
Fr. 1'425'000.–	

Der vom Schuldner eingereichte Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Pfannenstiel vom 3. August 2017 weist für die Zeit ab Oktober 2015 16 betreibungsrechtliche Ereignisse mit einer Forderungssumme (ohne Zinsen und Kosten) von rund Fr. 29'000.– aus (act. 4/4):

<u>Anzahl Betreibungen</u>	<u>Summe Forderungen / Fr.</u>	<u>Status</u>
8	1'980.45	Bezahlt an Betreibungsamt
5	22'721.45	Konkursandrohung
<u>3</u>	<u>4'118.15</u>	Betreibung eingeleitet
16	28'820.05	

Offen ist ein Betrag von Fr. 26'839.60 (ohne Zinsen und Kosten), welcher die bei der Obergerichtskasse sichergestellte Konkursforderung mitumfasst. Verlustscheine sind keine registriert. Frühere Konkursöffnungen sind im Handelsregister nicht vermerkt (act. 6/6).

3.

Unterlagen wie eine Steuererklärung, welche einen Gesamtüberblick über seine finanzielle Situation, namentlich auch die Passivseite, gewähren würden, hat der Schuldner nicht eingereicht. Der Einblick in das Betreibungsregister und der öffentlich beurkundete Kaufvertrag lassen gleichwohl als wahrscheinlich erscheinen, dass der Schuldner zahlungsfähig, das heisst in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen.

V.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

Die Kosten beider Instanzen sind dem Schuldner aufzuerlegen, weil er die Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 2. August 2017, mit dem über den Schuldner und Beschwerdeführer 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 den Parteien je zur Hälfte bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den vom Schuldner bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 5'800.– an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'550.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage eines Doppels der Eingabe der Gläubigerin vom 11. August 2017 (act. 10) samt Beilage act. 11/1, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Pfannenstiel und an das Grundbuchamt C._____, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am:
31. August 2017