

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120235-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 16. Januar 2013

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.\_\_\_\_ AG, ...

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2012 (EK121745)

**Erwägungen:**

**I.**

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 21. September 2006 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma C.\_\_\_\_\_ eingetragen. Die Einzelunternehmung bezweckt das Verlegen von keramischen Belägen und Natursteinen (act. 6).

2. Mit Urteil vom 28. November 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 759.30 nebst 5 % Zins seit 1. März 2012 zuzüglich einer Nebenforderungen von Fr. 120.00 und Betreuungskosten von Fr. 131.00 (act. 3). Das Urteil wurde dem Schuldner am 29. November 2012 zugestellt (act. 8/7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 10. Dezember 2012, beim Obergericht eingegangen am 11. Dezember 2012, beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 11. Dezember 2012 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12).

4. Mit Eingabe vom 17. Dezember 2012 (Datum Poststempel) reichte der Schuldner weitere Unterlagen zu den Akten (act. 14, 15/8-15).

5. Der Schuldner hat für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 bezahlt (act. 5/4, act. 11).

## II.

### 1. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

### 2. Konkursgründungsgrund:

Der Schuldner hat die Konkursforderung samt Zinsen, Nebenforderung und Betreuungskosten im Totalbetrag von Fr. 1'039.30 in Wahrung der Beschwerdefrist mit Zahlung an die Gläubigerin getilgt (act. 5/4-5). Am 7. Dezember 2012 und damit ebenfalls vor Fristablauf stellte der Schuldner zudem die Kosten des Konkursamts inkl. der erstinstanzlichen Entscheidgebühr mit Zahlung von Fr. 900.00 beim Konkursamt sicher (act. 5/6).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG (*Tilgung*) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* des Schuldners.

### 3. Zahlungsfähigkeit des Schuldners:

3.1 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der die Überzeugung gestattet, die Sachdarstellung des Schuldners sei zutreffend, ist nicht nötig.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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 finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

Wie eingangs geschildert, hat die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit in Wahrung der Rechtsmittelfrist zu erfolgen. Die 10tägige Beschwerdefrist nach Art. 174 Abs. 1 SchKG lief vorliegend am Montag, 10. Dezember 2012 ab (vgl. act. 8/7). Die Eingabe des Schuldners vom 17. Dezember 2012 (act. 14) erfolgte damit erst nach Fristablauf. Gründe für eine Fristwiederherstellung nach Art. 33 Abs. 4 SchKG wurden nicht vorgebracht und sind nicht ersichtlich. Daher ist auf die Eingabe vom 17. Dezember 2012 und auf die damit zu den Akten gereichten Beilagen (act. 14, 15/8-15) nicht einzugehen.

3.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Beteiligungsregisterauszug des Schuldners vom 5. Dezember 2012 für die Zeit seit 5. Dezember 2007 weist 19 offene Beteiligungen über Fr. 29'797.05 und 8 Ver-

lustscheine über Fr. 7'170.20 aus (act. 5/7). Die in den offenen Betreibungen enthaltene Konkursforderung ist inzwischen getilgt, so dass total (inkl. Verlustscheine) noch 26 Positionen über total Fr. 36'087.95 offen sind (vgl. act. 5/7).

3.2.1 Der Schuldner lässt dazu ausführen, er habe rund 60% der in den letzten fünf Jahren in Betreuung gesetzten Forderungen beglichen, soweit die Betreibungen nicht bereits erloschen gewesen seien. Er sei, so der Schuldner weiter, in den letzten Jahren in eine vorübergehende Zahlungsschwierigkeit geraten, wobei er aber daran sei, die offenen Schulden kontinuierlich zu begleichen. Das Hauptproblem sei vor allem gewesen, dass seine Debitoren nicht rechtzeitig bezahlt worden seien. Dies habe ihn in ein "Cash-Flow" Problem gebracht. In letzter Zeit habe er, der Schuldner, jedoch mehrere Aufträge bekommen und habe nun auch Arbeitnehmer angestellt. Er werde in absehbarer Zeit seine Rechnungen wieder fristgerecht begleichen können. Für seine Zahlungsfähigkeit bzw. für seinen Zahlungswillen spreche auch, dass die noch offenen Forderungen mehr oder weniger von denselben Gläubigern stammten, welche ihn in den Jahren 2008 bis 2010 bereits betrieben hätten und schliesslich grösstenteils befriedigt worden seien. Im Lichte dieser Tatsachen sei damit zu rechnen, dass er, der Schuldner, den heute offenen Betreibungen erneut nachzukommen vermöge. Seine Zahlungsfähigkeit erscheine daher heute wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit (act. 2 S. 4 f.).

3.2.2 Dass der Schuldner einen Teil der in Betreuung gesetzten Forderungen beglichen hat, kann zwar wie gesehen ein Indiz für eine bloss vorübergehende Illiquidität sein. Es genügt für sich alleine aber nicht, um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Auch die Person der Gläubiger tut dabei nichts zur Sache. Dass seit 2008 immer wieder dieselben Gläubiger ihre Forderungen in Betreuung setzen mussten, spricht entgegen dem Schuldner nicht für seine Zahlungsfähigkeit.

Vorausgesetzt wäre vielmehr, dass aufgezeigt wird, welche der noch offenen Betreuungsschulden der Schuldner innert welcher Frist zu tilgen gedenkt, und auf welchem Weg er die dafür benötigte Liquidität erhältlich machen will. Der Schuldner behauptet indessen bloss in allgemeiner und unbestimmter Weise, er

sei daran, die offenen Schulden kontinuierlich zu begleichen, und er werde in absehbarer Zeit wieder in der Lage sein, seine Rechnungen fristgerecht zu bezahlen. Daraus lässt sich angesichts des aufgezeigten Umfangs der offenen, in Betreuung gesetzten Schulden des Schuldners nicht auf seine Zahlungsfähigkeit schliessen.

3.3 Ein weiteres wesentliches Element der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit wäre der Beleg vorhandener liquider Mittel, was etwa durch Vorlage eines Kontoauszuges des Schuldners geschehen könnte. Der Schuldner hat jedoch keinerlei Belege über liquide Mittel zu den Akten gereicht, und er macht in der Beschwerdeeingabe vom 10. Dezember 2012 (act. 2) auch keine Angaben zu allfälligen Bargeldbeständen oder Guthaben bei Bankinstituten. Daher muss davon ausgegangen werden, dass der Schuldner nicht über liquide Mittel verfügt.

3.4 Unbehelflich ist auch der unbestimmte Hinweis des Schuldners auf neue Aufträge, die er erhalten habe. Der Schuldner gibt weder an, um was für Aufträge es sich dabei handelt, noch, wann und in welchem Umfang er aus diesen Aufträgen Zahlungen erwartet. Er verweist insbesondere auch nicht auf allfällige Vorschüsse, die er erhältlich machen konnte.

Ferner hat der Schuldner keinerlei Buchhaltungsunterlagen seiner Unternehmung eingereicht, welche Rückschlüsse auf die Möglichkeiten des Schuldners erlauben würden, wie es um seine Liquidität bestellt ist und wie sich diese entwickeln könnte. Aufgrund der Ausführungen des Schuldners und der von ihm vorgelegten Urkunden ist es daher nicht möglich, die wirtschaftliche Lebensfähigkeit seines Betriebs zu beurteilen, geschweige denn zu bejahen.

3.5 Nach dem Gesagten gelingt es dem Schuldner nicht, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Insgesamt sind keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung der Situation des Schuldners zu erkennen. Daher kann auch nicht von bloss vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten gesprochen werden.

3.6 An diesem Schluss würde sich auch dann nichts ändern, wenn entgegen den vorstehenden Erwägungen auf die Eingabe vom 17. Dezember 2012 (act. 14) eingegangen würde:

3.6.1 Der Schuldner macht darin geltend, er habe zahlreiche neue Aufträge erhalten (act. 14 S. 2). Er verweist dazu auf einen Vertrag vom 4. November 2012 mit der ... Firma D.\_\_\_\_\_, gemäss welchem er Arbeitnehmer der genannten Firma für die Ausführung der neuen Aufträge beiziehe (act. 14 S. 2, act. 15/8). Aus dem Vertrag vom 4. November 2012 lassen sich indes keine Rückschlüsse auf konkrete Aufträge ziehen, die der Schuldner erhalten hätte, oder auf Zahlungen, welche ihm zugegangen wären bzw. voraussichtlich zugehen würden. Vielmehr ist das Pensum, zu welchem Arbeitnehmer beschäftigt werden, nach dem Vertrag noch offen, in Abhängigkeit von Aufträgen, die der Schuldner erst noch erhalten wird (act. 15/8). Auf den Inhalt des Vertrags vom 4. November 2012 muss danach nicht weiter eingegangen werden.

Den einzigen Auftrag, den der Schuldner konkret bezeichnet, hat ihm nach seiner Schilderung die Firma E.\_\_\_\_\_ AG erteilt. Die Auftragsbestätigung datiert vom 5. Oktober 2012 (act. 15/9). Im Zusammenhang damit habe er, so der Schuldner, in der ersten Hälfte des Monats Dezember 2012 bereits Rechnungen in der Höhe von Fr. 10'538.10 gestellt (act. 14 S. 2, act. 15/10-15).

3.6.2 Wie gesehen, gehen aus dem Betreibungsregisterauszug des Schuldners offene Schulden von rund Fr. 36'000.00 hervor (vorne II./3.2). Die Guthaben gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG vermögen somit weniger als einen Drittel dieser Schulden abzudecken. Auch danach verbleiben offene Betreuungsschulden und Verlustscheine im Umfang von rund Fr. 26'000.00 (wobei hinzukommende laufende Verpflichtungen des Schuldners noch ausgeblendet bleiben). Mit welchen Mitteln der Schuldner diese Schulden zu begleichen beabsichtigt, ist nicht im Ansatz ersichtlich.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen vermag. Daher ist die Beschwerde abzuweisen.

5. Da am 11. Dezember 2012 die aufschiebende Wirkung gewährt wurde (act. 12), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Schuldner kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem vom Schuldner geleisteten Vor-schuss zu beziehen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerde-verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichts Zürich vom 28. November 2012 (EK121745-L) wird bestä-tigt.
2. Über den Schuldner wird mit Wirkung ab **16. Januar 2013, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt G.\_\_\_\_\_ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrech-net.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt G.\_\_\_\_\_ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zü-richt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt H.\_\_\_\_\_, 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 Be-

schwerde 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. T. Engler

versandt am: