

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS150106-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 3. Juli 2015

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 4. Juni 2015 (EK150763)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem tt. Februar 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_ - A.\_\_\_\_\_. Das Unternehmen ist im Handelsregister mit folgendem Zweck eingetragen: Reisebüro sowie Personentransporte, Dienstleistungen im allgemeinen Bürobereich, Import und Export von Waren aller Art und Transport im In- und Ausland (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 4. Juni 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner für die Forderungen der Gläubigerin von Fr. 465.55 nebst Zins zu 5 % seit 14. September 2014 und Fr. 243.80 sowie Mahnspesen von Fr. 30.00 und Inkassogebühren zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 95.00 (act. 3 = act. 7 = act. 8/6).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 15. Juni 2015 rechtzeitig Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung des Urteils des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 4. Juni 2015. Zudem ersuchte er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/8). Mit Präsidialverfügung vom 16. Juni 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Schuldner wurde darauf hingewiesen, welche Behauptungen und Unterlagen in der Regel für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit erforderlich seien. Es wurde festgehalten, dass die förmliche Zustellung des Konkursentscheides für den Beginn der 10-tägigen Beschwerdefrist massgeblich sei; der Schuldner könne Tatsachenbehauptungen sowie Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit innert der Beschwerdefrist nachbringen. Ferner wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Der Beschwerdeführer leistete den Kostenvorschuss innert Frist (act. 11/1; act. 12). Am 30. Juni 2015 überbrachte der Schuldner der Kammer weitere Belege (act. 11/2-8).

2.

2.1. 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 durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbelege über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Juni 2015 wurde mit Gerichtsurkunde zuhanden des Schuldners versandt. Die Sendung wurde vom Schuldner nicht abgeholt. Nach Verstreichen der siebentägigen Abholfrist (bis und mit 12. Juni 2015) wurde die Gerichtsurkunde an die Vorinstanz retourniert (act. 8/8). Der ordnungsgemäss zur Konkursverhandlung vorgeladene Schuldner (act. 8/4/2 und 8/5) musste mit der Zustellung des Konkursentscheides rechnen, weshalb das Urteil vom 4. Juni 2015 als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch bzw. am 12. Juni 2015 als zugestellt gilt (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Die zehntägige Beschwerdefrist lief am Montag, 22. Juni 2015, ab. Die schuldnerische Einreichung der Belege am 30. Juni 2015 (act. 11/2-8) erfolgte somit verspätet. Die Belege haben unberücksichtigt zu bleiben.

Dahingegen hat der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachgewiesen: Mit Eingabe vom 15. Juni 2015 (Datum Poststempel) belegte er, dass er die der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderungen samt Zinsen, Mahnspeesen, Inkassogebühren und Betreuungskosten am 10. Juni 2015 beim Betreibungsamt Zürich 11 bezahlt hat (act. 2 S. 3; act. 5/3). Im Weiteren reichte der Schuldner eine Quittung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich ein, nach welcher ein

Dritter für ihn am 8. Juni 2015 die bis anhin entstandenen konkursamtlichen Kosten von Fr. 1'200.00 sichergestellt hat (act. 2 S. 3; act. 5/4). Den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren leistete er innert der ihm angesetzten Frist.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies 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. Dabei sind nur die sofort und konkret verfügbaren Mittel zu berücksichtigen, nicht aber zukünftige, zu erwartende oder mögliche Mittel. 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 ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides zu gewinnen ist (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

Zur Glaubhaftmachung braucht es objektive Anhaltspunkte. Das Aufstellen blosser Behauptungen – mögen sie auch noch so plausibel sein – genügt jedenfalls nicht.

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem vom Schuldner eingereichten Betreibungsregisterauszug ergeben sich insgesamt 93 im Zeitraum vom 9. August 2011 bis 28. Mai 2015 eingeleitete Beteiligungen (act. 5/12). Der Schuldner führt aus, dass die Beteiligungen aus den Jahren 2011

bis 2013 inzwischen allesamt erledigt bzw. ausgelaufen seien (act. 2 S. 4), was anhand des Betreibungsregistrauszuges glaubhaft ist. Daneben wurden 27 Beteiligungen durch Bezahlung an das Beteiligungsamt erledigt. Ebenfalls ist glaubhaft, dass die den Beteiligungen Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 zugrundeliegenden Forderungen durch Bezahlung getilgt wurden. Dies ergibt sich zwar noch nicht aus dem Beteiligungsregistrauszug, jedoch aus einem vom Schuldner eingereichten Zahlungsbeleg sowie seinem Kontoauszug, worin entsprechende Belastungen aufgeführt sind (act. 2 S. 4; act. 5/9 S. 1 und 3; act. 5/14). Zur Beteiligung Nr. 4 des Steueramts der Stadt Zürich reichte der Schuldner eine Stundungsvereinbarung ein. Nach dieser ist er infolge Stundung berechtigt, den offenen Steuerbetrag von Fr. 18'957.55 in vier monatlichen Raten à Fr. 4'680.00 zu bezahlen. Die erste Rate hat er bis Ende Juni 2015 zu bezahlen, die letzte bis Ende September 2015 (act. 2 S. 4; act. 5/13). Neben dieser Beteiligung sowie der Beteiligung der nun beglichenen Konkursforderung (Beteiligung Nr. 5) sind damit noch 27 Beteiligungen in der Höhe von gesamthaft Fr. 183'050.90 offen; in 8 Beteiligungen mit einer Forderungssumme von insgesamt rund Fr. 52'600.00 ist bereits die Konkursandrohung erfolgt.

2.3.3. Der Schuldner führt zu seinem Beteiligungsregistrauszug an, dass dieser zugegebenermassen schlecht aussehe (act. 2 S. 4). In Bezug auf seine Zahlungsfähigkeit sei jedoch zu berücksichtigen, dass er bei der D. \_\_\_\_\_ AG als Manager zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 8'000.00 angestellt sei. Der Schuldner arbeitet gemäss dem zu den Akten gereichten Arbeitsvertrag bereits seit dem 1. Juli 2013 für diese Gesellschaft. Den eingereichten Lohnabrechnungen ist zu entnehmen, dass er einen monatlichen Nettolohn von Fr. 6'869.20 ausbezahlt erhält (act. 5/6-7). Weiter macht der Schuldner geltend, eine Wohn- und Gewerbeliegenschaft an der ... [Adresse] in E. \_\_\_\_\_/SG sowie eine unbewohnte Liegenschaft in F. \_\_\_\_\_/SH zu besitzen, welche er zu verkaufen beabsichtige. Aus der Vermietung der Liegenschaft E. \_\_\_\_\_/SG erziele er monatliche Mietzinseinnahmen von Fr. 7'310.00 netto. Wie anhand der Belastung vom 30. März 2015 aus seinem Kontoauszug ersichtlich sei, betrage die monatliche Hypothekarbelastung Fr. 2'709.25. Ihm verbleibe damit ein Nettoertrag aus der Liegenschaftsvermietung von zirka Fr. 4'400.00 im Monat. Zusammen mit seinem Nettolohn er-

gebe dies monatlich verfügbare Einkünfte von Fr. 11'200.00. Mit diesen könne er seine laufenden Verpflichtungen bezahlen, welche nicht zuletzt aus dem Neubau der Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_/SG herrührten (act. 2 S. 3).

2.3.4. Nachdem der Konkurs über den Schuldner privat eröffnet wurde, wäre es an ihm gelegen, seine (persönliche) Finanzlage umfassend darzulegen. Dies hat er nur teilweise getan. Der Schuldner belegt namhafte monatliche Einkünfte von Fr. 11'200.00 (act. 5/7; act. 5/8 und act. 5/9 S. 4), wovon ihm von Juni bis September 2015 nach Abzug der monatlichen Ratenzahlungen an das Steueramt der Stadt Zürich noch Fr. 6'520.00 verbleiben (act. 5/13). Zudem belegt der Schuldner, Alleineigentümer der Liegenschaften in E.\_\_\_\_\_/SG und F.\_\_\_\_\_/SH zu sein (act. 5/10-11). Er gewährt jedoch keinen umfassenden Überblick über seine Aktiven sowie Passiven und er lässt insbesondere offen, welche laufenden Verpflichtungen resp. Lebensunterhaltskosten seinen monatlichen Einkünften gegenüberstehen. Es bleibt fraglich, welcher monatliche Betrag dem Schuldner nach Bestreitung seiner Lebensunterhaltskosten verbleibt, um seine bestehenden Schulden in der Höhe von Fr. 183'050.90 zu tilgen. Der Schuldner macht keine Ausführungen dazu, in welcher monatlichen Höhe er die Schulden abzutragen gedenkt. Der Kontoauszug des Schuldners weist per 10. Juni 2015 einen Minusstand von Fr. 10'244.15 aus (act. 5/9 S. 7). Dies lässt es nicht als glaubhaft erscheinen, dass dem Schuldner genügend liquide Mittel aus seiner Erwerbstätigkeit und der Liegenschaftenvermietung zufließen, um neben der Bestreitung seiner Lebensunterhaltskosten in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen.

Der Schuldner behauptet sinngemäss einen baldigen Mittelzufluss aus dem Verkauf seiner Liegenschaften. Es fehlt jedoch auch diesbezüglich an genügenden Behauptungen und Belegen. Der Schuldner äussert sich weder zum Verkehrswert der Liegenschaften noch zur Höhe deren hypothekarischen Belastung. Dem Grundbuchauszug der Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_/SG ist einzig zu entnehmen, dass die Liegenschaft anfangs des Jahres 2013 mit einer Hypothek in der Höhe von Fr. 1'010'000.00 belastet war (act. 5/10). Zum mutmasslichen Verkaufserlös der Liegenschaften oder überhaupt zu bereits getätigten Verkaufsbemühungen macht der Schuldner keine Ausführungen. Damit ist völlig offen, wann und in welcher

Höhe mit einem Zufluss an liquiden Mitteln aus dem Liegenschaftenverkauf gerechnet werden könnte. Folglich ist auch ein in absehbarer Zeit erfolgender Zufluss an liquiden Mitteln aus dem Verkauf der Liegenschaften des Schuldners, welcher ihm ein Abtragen seiner Schulden in näherer Zukunft erlauben würde, nicht glaubhaft gemacht.

2.3.5. Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass der Schuldner eine beträchtliche Anzahl an Betreibungen hat auflaufen lassen; in einigen geht es um kleinere Beträge, die er nicht bezahlte. Die Sicherstellung der konkursamtlichen Kosten erfolgte durch einen Dritten. Zudem hat er es in einer nicht unerheblichen Anzahl an Betreibungen mit einer Forderungssumme von insgesamt rund Fr. 52'600.00 bis zur Ausstellung der Konkursandrohung kommen lassen. Letzterer Umstand bedingt, dass der Schuldner, will er zahlungsfähig sein, über kurzfristig abrufbare Guthaben bzw. Vermögenswerte in dieser Höhe verfügt. Andernfalls besteht die begründete Gefahr, dass nach Aufhebung der vorliegenden Konkursöffnung bereits die nächste Konkursöffnung folgt. Wie vorstehend ausgeführt, hat der Schuldner keine objektiven Anhaltspunkte für einen genügenden, zeitnahen Zufluss an liquiden Mitteln geliefert. Es sind keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation ersichtlich. Infolge der unvollständigen Darstellung seiner Vermögenslage sowie der fehlenden Glaubhaftmachung von Behauptungen ist es dem Schuldner nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Seine Zahlungsfähigkeit kann nicht als glaubhaft gemacht gelten. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind damit nicht erfüllt und die Beschwerde ist abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

4.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Schuldner nicht, weil er unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil sie sich nicht äussern musste.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **3. Juli 2015, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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. Würsch

versandt am: