

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150128-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

Urteil vom 26. August 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch B._____,

gegen

C.____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 7. Juli 2015 (EK150244)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner ist als Inhaber eines Einzelunternehmens seit dem 24. Februar 2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist die "Ausführung sämtlicher Reinigungsarbeiten und Hauswartungen" aufgeführt (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 7. Juli 2015 eröffnete das Einzelgericht am Bezirksgericht Bülach den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 39.90 und Fr. 20.30 Betreuungskosten (act. 3 = act. 8 = act. 9/9).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die D._____ AG für den Schuldner mit Datum vom 16. Juli 2015 (Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Er liess beantragen (act. 2 S. 1):

- "1. Es sei in Gutheissung der Beschwerde die Konkurseröffnung gemäss Urteil vom 07.07.2015 Dispositiv-Ziffer 1 aufzuheben.
2. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren".

1.4. Mit Verfügung vom 17. Juli 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner eine Frist von 7 Tagen ab Zustellung jener Verfügung angesetzt, um dem Gericht entweder die Beschwerdeschrift mit Originalunterschrift des Schuldners oder eine von ihm unterzeichnete Vollmacht, lautend auf B._____, einzureichen. Grund dafür war, dass vor Gericht nur natürliche Personen als Vertreter handeln können (act. 10 S. 2 E. 2).

Die Verfügung vom 17. Juli 2015 ging sowohl dem Schuldner persönlich als auch der D._____ AG am 20. Juli 2015 zu (act. 11/1 und 11/2), so dass die Frist zur Einreichung der Vollmacht bzw. der unterzeichneten Beschwerdeschrift am 27. Juli 2015 endete. Die am 29. Juli 2015 (Poststempel) erfolgte Einreichung der Vollmachten (act. 13, act. 14/1 und 14/2) zu Gunsten von B._____ und E._____

war deshalb verspätet. Androhungsgemäss (act. 10 Dispositiv-Ziff. 2 S. 5) gilt die Beschwerde deshalb nicht als erfolgt.

2.

2.1. Die Beschwerde hätte aber auch dann nicht erfolgreich sein können, wenn sie zu behandeln gewesen wäre. 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 einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht werden (BGE 136 III 294; BGE 139 III 491). 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. Der Schuldner hat die Konkursforderung samt Betreuungskosten bezahlt (act. 5/3, act. 12). Weiter hat der Schuldner beim Obergericht – aufgrund der Verfügung vom 17. Juli 2015 (act. 10) – für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet sowie die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichts mit Fr. 600.– sichergestellt (act. 9/11, act. 5/3 bzw. 5/4; act. 16). Damit hat er den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3. Was die Zahlungsfähigkeit anbelangt, bedeutet dies, dass ausreichende 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 Verbindlichkeiten nachzukommen sowie 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 der finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen,

sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715; BGer 5A_726/2010 vom 22. März 2011, E. 3.2.1; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). Auf diese Vorgaben hat die Kammer den Schuldner in der Verfügung vom 17. Juli 2015 (act. 10 S. 3 E. 3.3) besonders hingewiesen.

2.4. Der Schuldner hat als Folge der Verfügung der Kammer vom 17. Juli 2015 (act. 10) eine Pfändungsurkunde (act. 15/1), einen Kontoauszug der A._____ Reinigung per 28. Juli 2015 (act. 15/2), den Beleg über die Bezahlung der Gerichtskosten (act. 15/3) sowie eine Aufstellung über Einnahmen und Ausgaben (act. 15/4) sowie einen Betreibungsregisterauszug (act. 18) eingereicht. Nur schon die neun Betreibungen aus dem Jahr 2015 zeigen ein düsteres Bild: Alle sind noch offen und die aufaddierten Forderungsbeträge belaufen sich auf Fr. 102'583.35 (Staat Zürich und Stadt Kloten Fr. 64'435.20; Schweizerische Eidgenossenschaft 3'000.–, Spitalverband ... Fr. 348.30; ... AG 314.95; Dr. ... Fr. 764.65; Kanton Zürich Fr. 3'643.80; Kanton Zürich Fr. 27'149.60; C._____ AG Fr. 304.35; Suva Wetzikon Fr. 2'622.50). Gegen den Schuldner bestehen ausserdem – datiert aus dem Jahr 2014 – vier Pfändungsverlustscheine über einen Betrag von rund Fr. 1'000.–.

Aus der Pfändungsurkunde Nr. ... (act. 15/1) ergibt sich, dass für die Betreibungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft über Fr. 3'000.–, des Staates Zürich und der Stadt Kloten über Fr. 64'435.20, der ... Wetzikon über Fr. 2'622.50, des Kantons Zürich über 27'149.60 sowie nochmals des Kantons Zürich über Fr. 3'643.80 sowie eines weiteren Gläubigers, total Fr. 101'269.70, eine Einkommenspfändung pendent ist, mit der das Erwerbseinkommen des Schuldners, das das monatliche Existenzminimum von Fr. 5'642.– übersteigt, gepfändet ist. In der Pfändungsurkunde ist ausserdem vermerkt: "Vorgehende Einkommenspfändungen für Forderungen im Betrag von ca. 56'600.–; Ablauf am 06.01.2016". Das bedeutet, dass das Erwerbseinkommen des Schuldners bis zur Deckung des Betrages der genannten Fr. 56'600.– bzw. bis zum Ablauf der genannten Frist bereits

für frühere Betreibungen gepfändet ist und dass die Forderungen in der Höhe von Fr. 101'269.70 erst danach an der Reihe sind.

In act. 15/4 macht der Schuldner monatliche Einnahmen aus "Fixe Abonnemente/Jahresverträge" in der Höhe von Fr. 15'778.– sowie "Tagesaufträge variabel/budgetiert" von Fr. 5'055.–, insgesamt Einnahmen von monatlich Fr. 20'833.– geltend. Inwieweit diese Zahlen realistisch sind, lässt sich ohne erklärende Hinweise des Schuldners nicht ermitteln. Auch sind Einnahmen und Ausgaben des Schuldner aus den letzten Monaten nicht aus dem beigelegten Kontoauszug ersichtlich (act. 15/2), umfasst dieser doch lediglich den Zeitraum vom 24. Juli bis 28. Juli 2015. Auffällig ist, dass der Betreibungsbeamte, der sich bei selbständig Erwerbenden auf die Angaben des Schuldners stützen muss, bei der Pfändung von einem Netto-Erwerbseinkommen (variabel) von Fr. 7'562.– und einer mutmasslichen pfändbaren Quote von Fr. 1'865.– ausging, während beim Netto-Einkommen, wie es der Schuldner in act. 15/4 darstellt (Bruttoeinkommen von Fr. 20'833.– und Ausgaben von Fr. 14'668.–) ein "Rest" von Fr. 6'165.– bleiben würde. Für diese Ungereimtheiten findet sich in den Akten keine Erklärung.

Das Konto bei der ... AG [Bank] weist per 28. Juli 2015 einen Saldo von 20'887.23 (per 28.7.2015) auf (act. 15/2). Nach Angaben des Schuldners in act. 15/4 bestehen nicht näher präzierte Debitorenausstände von Fr. 9'766.– und Kreditoren/Löhne per 1.8.2015 von Fr. 14'666.–. Um welche Kreditoren es sich handelt, ergibt sich aus den schuldnerischen Angaben nicht und es lässt sich nicht ermitteln, wie er angesichts seiner weit höheren Schulden auf diesen Betrag kommt. Was die behauptete Liquidität von Fr. 15'985.– anbelangt, ist diese schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil der Schuldner aufgrund der Einkommenspfändung alles, was den Betrag des Existenzminimums von Fr. 5'697.– übersteigt, dem Betreibungsamt abliefern muss.

Dem Schuldner ist es infolge der unzureichenden und unerklärten Darstellung seiner finanziellen Situation und der unvollständigen und teilweise widersprüchlichen Unterlagen nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Dass er zahlungsfähig ist, ist deshalb nicht glaubhaft. Selbst wenn von seinen eigenen, unbelegten Zahlen

in act. 15/4 ausgegangen würde, wäre die Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderungen in absehbarer Zeit nicht möglich. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses wären daher nicht erfüllt.

2.4. Mit Verfügung vom 17. Juli 2015 ist der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt worden (act. 10 S. 4 Dispositiv-Ziff. 1), weshalb der Konkurs neu zu eröffnen ist.

3. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen: dem Schuldner nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde gilt nicht als erfolgt, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **26. August 2015, 08.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Bassersdorf wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bassersdorf, ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Kloten, je gegen Empfangsschein.
5. 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:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am: