

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160021-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan.

Urteil vom 20. April 2016

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 10. Februar 2016 (EK152327)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 17. Juli 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber eines Einzelunternehmens mit der Firma "C. _____" eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt im Wesentlichen die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Sektor des Baugewerbes (act. 5).

2. Mit Urteil vom 10. Februar 2016 (act. 3 = act. 10/1) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 2'946.– nebst 5 % Zins seit 1. Januar 2015 zuzüglich Fr. 120.– Umtriebs- und Mahnspesen sowie Betreuungskosten von Fr. 26.30 (act. 3). Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 12. Februar 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2).

3. Mit Präsidialverfügung vom 15. Februar 2016 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass seine Beschwerdeschrift unvollständig sei resp. dass er innert der noch laufenden Beschwerdefrist seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen habe. Zudem wurde ihm Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren zu leisten (act. 7). Mit Eingabe vom 19. Februar 2016 (Datum Poststempel) ergänzte der Schuldner die Beschwerdebegründung und reichte weitere Unterlagen ins Recht (act. 9 und 10/1-9). Nachdem er mit Brief vom 23. Februar 2016 erneut darauf aufmerksam gemacht wurde, dass verschiedene Unterlagen fehlen würden (act. 14), reichte er innert der Beschwerdefrist weitere Unterlagen nach (act. 15/-12, 16, 17/1-12 und 18). Den Kostenvorschuss leistete der Schuldner fristgerecht (act. 19). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn ein 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). 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 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. Konkurshinderungsgrund:

Der Schuldner hat mit Postquittung vom 24. Februar 2016 belegt, dass er der Gläubigerin am 24. Februar 2016 Fr. 5'000.– überwiesen hat (act. 15/4). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung von Fr. 2'946.– samt Zinsen und Kosten (act. 3). Zudem hat der Schuldner beim Konkursamt Aussersihl-Zürich Fr. 1'000.– zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes hinterlegt (act. 10/2). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) nachgewiesen.

3. Zahlungsfähigkeit:

3.1 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 (zu den Letzteren gehören namentlich auch Verlustscheine). 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 als illiquid erscheint (KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 174 N 13).

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). Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die laufenden Verbindlichkeiten und die anstehenden Schulden bezahlen kann.

3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Einzelunternehmens vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Die vom Schuldner eingereichten Auszüge aus den Betreibungsregistern der Betreibungsämter Zürich 7, Zürich 4 und Niederhasli-Niederglatt umfassen den Zeitraum von April 2014 bis Januar 2016 und weisen insgesamt 43 Beteiligungen auf (act. 10/3-5 resp. 15/5-7). In 13 Fällen wurden offene Verlustscheine über insgesamt Fr. 13'874.25 ausgestellt (act. 10/4 S. 3). Die übrigen Beteiligungen belaufen sich auf den Betrag von Fr. 72'072.70. Eine bezahlte Forderung (Code 105, act. 10/3 S. 2) und zwei erloschene Beteiligungen (Code 501, act. 10/4 S. 2 und 10/5 S. 2) sind darin nicht eingerechnet. Für 15 Beteiligungen,

welche einen Gesamtbetrag von Fr. 48'329.25 ausmachen, wurde das Einkommen des Schuldners gepfändet (Code 204, act. 10/4 S. 2 und 10/5 S. 2). In zwei Betreibungen wurde das Fortsetzungsbegehren gestellt (Code 201, act. 10/3 S. 2). In zwei Fällen ist der Zahlungsbefehl zugestellt worden (Code 102, act. 10/5 S. 2), während für vier Betreibungen der Zahlungsbefehl nicht zugestellt werden konnte (Code 103, act. 10/4 S. 2). In drei Betreibungen hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben (Code 104, act. 10/3 S. 2).

Mit einer Ausnahme anerkennt der Schuldner sämtliche in Betreuung gesetzten Forderungen, insbesondere auch diejenigen, gegen welche er Rechtsvorschlag erhoben hat. Seine Verschuldung – so der Schuldner – sei vorwiegend auf seine privaten Schwierigkeiten (u.a. Auseinandersetzungen mit den Städten Zürich und St. Gallen, zwei Autounfälle sowie Unterhaltsschulden für seine beiden Kinder) zurückzuführen, die teilweise lange her seien und an welche er sich gar nicht mehr im Detail zu erinnern vermöge. Nur vereinzelt lägen den Betreuungsforderungen unglückliche Zwischenfälle im Geschäftsgang seiner noch jungen Firma zugrunde (act. 10/6 und 18). Der Schuldner führt nicht aus, wie er seine Schulden abzahlen gedenkt. Einzig in Bezug auf die Betreibungen der D. _____ AG in Glattbrugg bringt er vor, sich mit der Firma in Verbindung gesetzt zu haben und bald eine interne Lösung für die in Betreuung gesetzten Beträge zu finden (act. 10/6 und 18 S. 2). Wie diese Lösung aussieht, führt er aber nicht näher aus und reicht auch keinerlei Urkunden dazu ein. Auch in Bezug auf die übrigen Forderungen bringt er keine Abzahlungsvereinbarung oder dergleichen vor. Die von ihm bestrittene Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Niederhasli-Niederglatt) sei – so der Schuldner – aufgrund einer Streitigkeit mit einer Kundin entstanden. Diese verlange ihre Anzahlung für einen Auftrag zurück, nachdem er (der Schuldner) die Arbeit frühzeitig habe abbrechen müssen (act. 15/12). Gegen diese Betreibung hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben. Selbst wenn zu Gunsten des Schuldners davon ausgegangen wird, dieser könne sich erfolgreich gegen diese Betreibung zur Wehr setzen, verbleiben unter Berücksichtigung des von ihm an die Gläubigerin geleisteten Betrages zur Deckung der Konkursforderung offene Betreibungen (inkl. offene Pfändungsverlustscheine) von rund Fr. 75'000.–.

3.3. Zur Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit führt der Schuldner aus, seine erst im Juli 2015 gegründete Firma habe etwas Zeit benötigt, um Gewinn abzuwerfen. Das Auftragsvolumen betrage aktuell Fr. 113'600.– und es sei zukünftig mit einer Umsatzsteigerung von 15 % zu rechnen. Ohne die Geschäftstätigkeit seiner Firma weiterführen zu können, sei er nicht in der Lage, seine Schulden abzubezahlen (act. 15/9).

Der Schuldner hat keine Erfolgsrechnungen, Zwischenbilanzen oder Steuererklärungen ins Recht gereicht. Ebenso fehlen Auszüge aus den Geschäftskonten, aus welchen die Liquidität seines Unternehmens ersichtlich wäre. Unter den eingereichten Unterlagen befinden sich mehrere an die E._____ AG in Dietikon ausgestellte Rechnungen. Diese datieren von Dezember 2015 und Januar 2016 und betragen gesamthaft Fr. 64'304.30 (act. 15/11 und 17/8-12). Von Seiten der E._____ AG wurde schriftlich bestätigt, dass der Schuldner mehrere Arbeiten für sie ausgeführt habe. Weiter wird im Schreiben der E._____ AG ausgeführt, man sei mit den Arbeiten stets zufrieden gewesen und deshalb daran interessiert, die Dienstleistungen der Firma des Schuldners auch für zukünftige Projekte in Anspruch zu nehmen. Eine Garantie hierfür könne allerdings nicht gegeben werden (act. 10/8). Ob weitere Rechnungen zu Gunsten des Schuldners offen sind, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Eine Debitorenliste liegt nicht vor. Der Schuldner hat mehrere Tabellen betreffend ausstehende Rechnungen sowie verschiedene Akontobeträgen und Umsatzzahlen ins Recht gereicht (act. 17/1-7), ohne sich allerdings dazu zu äussern. Bei den ausstehenden Rechnungen ist nicht ersichtlich, um welche Kunden es sich dabei handelt und die aufgeführten Akonto- und Umsatzzahlen lassen keine aussagekräftigen Rückschlüsse auf die finanzielle Lage des Unternehmens zu. Darüber hinaus ist unklar, ob die aufgelisteten Beträge ausstehend sind, oder ob diese in Form von Anzahlungen – wie der Schuldner an anderer Stelle ausführt (act. 10/7 und 18 S. 2) – bereits geleistet wurden. Weitere Unterlagen, aus welchen sich die Verfügbarkeit liquider Mittel ergeben würde, liegen nicht vor. Insbesondere fehlen Belege zum vom Schuldner behaupteten aktuellen Auftragsvolumen von Fr. 113'600.–, weshalb es sich dabei um eine un belegte, blosse Behauptung handelt, welche den Anforderungen an die hier notwendige Glaubhaftmachung nicht genügt.

Auch wenn der Schuldner glaubhaft darlegen konnte, dass ihm aus Forderungen gegenüber der E. _____ AG demnächst rund Fr. 64'000.– zufließen werden und die Aussichten auf weitere Aufträge dieser Kundin gut sind, können aufgrund der fehlenden buchhalterischen Unterlagen keine überzeugenden Rückschlüsse auf seine Zahlungsfähigkeit gezogen werden. Ins Gewicht fällt dabei vor allem der Umstand, dass die Höhe der laufenden Zahlungsverpflichtungen des Schuldners gänzlich unbekannt ist. Auf die eingereichte Tabelle über die "Ausgaben Januar + Privat" kann nicht abgestellt werden, fehlt bei dieser doch ausgerechnet die Information über die auszurichtenden Löhne (act. 17/4). Gemäss seinen eigenen Ausführungen beschäftigt der Schuldner in seinem Unternehmen 10 Mitarbeiter (act. 2 S. 2). Die Lohnforderungen unter Einschluss sämtlicher von ihm als Arbeitgeber zu zahlenden Lohnbestandteile und -nebenleistungen (Versicherungsbeiträgen, Sozialabgaben, etc.) dürften daher eine beträchtliche Ausgabenposition ausmachen. Im Weiteren lässt der Schuldner auch seine private finanzielle Lage völlig im Dunkeln. Er äussert sich in keiner Weise zu seinen monatlichen Einkünften und den diesen gegenüberstehenden laufenden Verpflichtungen resp. Lebenshaltungskosten. Der Schuldner versäumt es somit, glaubhaft darzulegen, dass er in der Lage sein wird, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen.

3.4. Nach dem Gesagten ist die Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind nicht erfüllt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4. Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten 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 wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an die Betreibungsämter Zürich 4, Zürich 7 und Niederhasli-Niederglatt, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am:
21. April 2016