

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160098-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## **Beschluss und Urteil vom 1. Juni 2016**

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 11. Mai 2016 (EK160630)

### **Erwägungen:**

1.

Mit Urteil vom 11. Mai 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'104.50 nebst Zins zu 5% seit 13. August 2015 und Fr. 30.– Mahnspesen, Fr. 95.– Inkassogebühren sowie Betreuungskosten von Fr. 159.60 (act. 3 = act. 7 = act. 8/9; act. 8/2/2). Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 30. Mai 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2; act. 8/12). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hat (act. 5/6). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Mit seiner Beschwerde reicht der Schuldner ein Schreiben der Gläubigerin ein, in welchem diese den Rückzug ihres Konkursbegehrens erklärt (act. 5/4). Da der Rückzug des Konkursbegehrens erst nach Eröffnung des Konkurses erfolgte, kann das Verfahren betreffend Konkurseröffnung nicht mehr zufolge Rückzug als erledigt abgeschrieben werden.

2.2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren 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 beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerde-

frist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.3. Der Schuldner belegt mittels einer Einzahlungsbestätigung der Post vom 30. Mai 2016, dass er der Gläubigerin nach der Konkureröffnung einen Betrag von Fr. 1'630.45 überwiesen hat (act. 5/3). Mit dieser Zahlung ist die der Konkureröffnung zu Grunde liegende Forderung (Fr. 1'104.50) einschliesslich Mahnspesen (Fr. 30.–), Inkassogebühren (Fr. 95.–) und Zinsen (Fr. 41.15) sowie Betreuungskosten (Fr. 159.60) gedeckt. Im Weiteren hat der Schuldner beim Konkursamt Hottingen-Zürich zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 700.– sichergestellt (act. 5/5). Damit ist der Konkursverhinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung erfüllt.

2.4. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus 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 den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 E. 2.3).

Zur Zahlungsfähigkeit führt der Schuldner aus, er habe anfangs 2015 einen Verkaufsladen am C.\_\_\_\_\_ in Zürich eröffnet und dafür einen grösseren Betrag investiert. Aus diesem Grund habe er gewisse Rechnungen nicht pünktlich bezahlen können und hätten sich die Betreibungen angehäuft. Mit dem Aufbau einer Stammkundschaft habe sich seine Liquidität erhöht, sodass seine Zahlungsfähig-

keit gewährleistet sei. Um inskünftig Liquiditätsengpässe zu vermeiden, gehe er einer Nebenbeschäftigung nach. Ausserdem werde er von seinen Eltern mittels eines Erbvorbezugs unterstützt und könne er auf ein gutes Netzwerk von Freunden zurückgreifen, die ihn jederzeit finanziell unterstützen würden (so z.B. D.\_\_\_\_\_, vgl. act. 5/9). Somit könne er sämtlichen Verbindlichkeiten zeitgerecht nachkommen (act. 2 S. 5 f.).

Dem eingereichten Betreibungsregisterauszug (act. 5/8) ist zu entnehmen, dass gegenwärtig noch sechs Forderungen in der Höhe von Fr. 21'739.30 offen sind (Betreibung Nr. 1: Fr. 5'087.40; Betreibung Nr. 2: Fr. 834.30; Betreibung Nr. 3: Fr. 148.35; Betreibung Nr. 4: Fr. 1'280.30; Betreibung Nr. 5: Fr. 14'224.35; Betreibung Nr. 6: Fr. 164.60). Der Schuldner reicht mit seiner Beschwerde keinerlei Unterlagen ein, aus denen seine finanzielle Lage hervorgeht oder die darlegen würden, dass er trotz der Konkursöffnung zahlungsfähig ist, d.h. über genügend liquide Mittel verfügt, um die erwähnten Schulden zu begleichen sowie seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Es fehlen somit objektive Anhaltspunkte, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Seine Behauptungen alleine genügen jedenfalls nicht. Da die Beschwerde am 31. Mai 2016 und damit erst nach Ablauf der Beschwerdefrist beim Obergericht eingetroffen ist, konnte der Schuldner auch nicht darauf aufmerksam gemacht werden. Eine Ergänzung der Beschwerde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ist wie erwähnt nicht möglich. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind deshalb nicht erfüllt. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

3.

Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist. Das ist freilich erst möglich, wenn das Konkursverfahren bis zum Schuldeneruf gediehen ist (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 195 N 3).

4.

Da sogleich ein Endentscheid gefällt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag des Schuldners, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

5.

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem Schuldner aufzuerlegen und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 111 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
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 Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, 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:

lic. iur. O. Canal

versandt am: