

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190213-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 17. Dezember 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

Stiftung B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom tt. November 2019 (EK190162)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer) ist im Handelsregister des Kantons Zürich seit dem tt.mm.2011 als Inhaber des Einzelunternehmens "C._____" eingetragen. Das Unternehmen ist mit folgendem Zweck im Handelsregister aufgeführt: Betrieb von Taxis, Vermittlung aller Art, Handel von Waren aller Art, Betrieb von Taxivermittlungszentralen (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom tt. November 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Affoltern den Konkurs über den Schuldner für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 7/8 = act. 3 = act. 6):

CHF	1'070.20	Forderung nebst
CHF	20.80	5 % Zins seit 18.06.2019
CHF	50.00	Mahnkosten
CHF	246.60	Betreibungskosten
CHF	13.05	5 % Verzugszins vor Betreuung
CHF	1'400.65	Total

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 11. November 2019 rechtzeitig Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 12. November 2019 wies die Kammer den Schuldner darauf hin, dass er seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Belege für die Ausführung seines Zahlungsauftrags zur Tilgung der Konkursforderung, die Hinterlegung der konkursamtlichen Kosten und die Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Der Beschwerde des Schuldners wurde einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt und es wurde dem Schuldner eine Frist angesetzt, um einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren zu leisten (act. 9). Der Schuldner machte in der Folge am 12. und 14. November 2019 (jeweils Datum Poststempel) weitere Eingaben und reichte Belege ein (act. 11-14). Mit Verfügung vom 18. November 2019 wurde der Beschwerde des Schuldners einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und eine einmalige Nachfrist zur Leistung des Restbetrages des Kostenvorschuss-

ses über Fr. 20.80 angesetzt (act. 15). Der Betrag von Fr. 20.80 ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (act. 18). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-15). Das Verfahren ist spruchreif.

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 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 reichte eine am 14. November 2019 abgestempelte Postquittung über Fr. 1'379.85 ein. Die Einzahlung enthält den Vermerk "an die B. _____ ...[Postleitzahl] Zürich" und die Angabe des Kontos-Nr. ... (act. 14/13/2). Damit ist die Zahlung an die Gläubigerin hinreichend belegt (vgl. act. 7/2/3 zur Konto-Nr.). Die Restschuld der Konkursforderung von Fr. 20.80 wurde vom gleichentags einbezahlten Kostenvorschuss bezogen (act. 14/13/1). Damit wurde die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten innerhalb der Rechtsmittelfrist getilgt bzw. hinterlegt. Ebenfalls innert Rechtsmittelfrist hat der Schuldner beim Konkursamt Affoltern die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichts von Fr. 680.00 sichergestellt (act. 14/14). Mit Einzahlung der Nachforderung von Fr. 20.80 mit Valuta vom 21. November 2019 wurde schliesslich auch der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren vom Schuldner geleistet (act. 14/13/1 und act. 17-18). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung

der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. 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 anstehenden Schulden bezahlen kann. Es muss das Vorhandensein ausreichender liquider Mittel glaubhaft gemacht werden, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat 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). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Schulden wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.2. Der Schuldner bringt vor, er habe sich im Juli 2019 wegen eines Emphysems einer grossen Lungenoperation unterziehen müssen. Er habe schon seit Anfang des Jahres nicht mehr seinen normalen Alltagstätigkeiten nachgehen können. Er habe die Büroarbeiten vernachlässigt. Die Zahlung an die Gläubigerin sei leider nicht erfolgt, er habe sich vor seiner Operation auch nicht mehr gross darum gekümmert und den Termin der Konkursverhandlung wegen seines Aufenthalts in der Reha verpasst. Aus gesundheitlichen Gründen habe er seinen Betrieb am 1. Juli 2019 an seine Nachfolgerin verkauft. Er habe zudem das Pensionsalter erreicht und erhalte eine AHV-Rente von monatlich Fr. 1'779.00. Er mache noch sporadische Taxifahrten, bediene nur noch seine treue Kundschaft. An-

gestellte und Fahrzeuge, welche eine grosse finanzielle Belastung gewesen seien, habe er nicht mehr. Der Verkaufspreis für seinen Betrieb sei auf Fr. 72'500.00 festgelegt worden, seit Oktober 2019 erhalte er aus dem Verkauf somit monatlich Fr. 2'500.00. Der Gesamtbetrag des Verkaufserlöses übersteige die Forderungen von Fr. 35'000.00 beim Betreibungsamt D. _____. Die Pfändungen habe er immer monatlich abbezahlt. Da er sein Geschäft verkauft und seit Oktober 2019 monatliche Zahlungen der Käuferin erhalte, sei er in 24 Monaten schuldenfrei. Er könne seinen Lebensunterhalt mit der AHV-Rente von Fr. 1'779.00 und seinem verbleibenden Fahrzeug weiterhin bestreiten (act. 2, act. 4/2 und act. 11).

2.3.3. Der Schuldner belegt, dass er seinen Taxibetrieb mit Vertrag vom 20. Juni 2019 zu einem Preis von Fr. 75'000.00 (inklusive Infrastruktur, Fahrzeuge, Zubehör) verkauft hat. Zur Tilgung des Verkaufspreises wurden monatliche Abzahlungsraten à mindestens Fr. 2'500.00 ab dem 1. Oktober 2019 vereinbart. Bestehende Schulden sowie Gutschriften gehen gemäss vertraglicher Abrede zu Lasten resp. zu Gunsten des Schuldners. Die Geschäftsübergabe erfolgte am 1. Juli 2019 (act. 14/11 S. 8). Da der Schuldner das Einzelunternehmen verkauft hat, lässt sich aus der von ihm eingereichten Buchhaltung resp. Bilanz 2019 (act. 14/6) nichts für seine Zahlungsfähigkeit ableiten. Der Konkurs wurde über den Schuldner privat eröffnet, weshalb für die Beurteilung seiner Zahlungsfähigkeit entscheidend ist, ob er mit seinen bestehenden liquiden und den ihm zufließenden Mitteln künftig in der Lage sein wird, seine laufenden Verbindlichkeiten zu decken und daneben bestehende Schulden abzutragen.

Zu bestehenden flüssigen Mitteln liegt ein Bankbeleg des Schuldners vor, welcher ein Guthaben per 11. November 2019 von Fr. 2'460.58 ausweist (act. 12 und act. 14/8), wobei zu bemerken ist, dass vom Schuldner die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten, die Kosten des Konkursverfahrens sowie der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren nach diesem Datum bezahlt wurden (vgl. act. 14/13 und act. 18). Zur Zahlungsfähigkeit reichte der Schuldner im Weiteren ein "Fakturajournal/Debitoren-Kreditoren", eine Liste "Kreditoren 2019", die Umsatzlisten für die Monate Juli bis Dezember 2019 sowie seinen Mietvertrag ein (act. 14/2-5 und act. 14/12). Das aus der vorgelegten Umsatzliste ersichtliche

Einnahmentotal für die Monate Juli bis September 2019 über Fr. 18'339.60 entspricht dem aufgeführten Ausgabentotal für die nämlichen Monate. In den Monaten Oktober und November 2019 überstiegen die Ausgaben mit Fr. 10'917.60 die Einnahmen von Fr. 7'552.00 (act. 14/4-5). Gesamthaft betrachtet sprechen diese Einnahmen- und Ausgabenzahlen nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Der Schuldner selber macht keine rechtsgenügenden Ausführungen dazu, welchen Betrag er konkret zur Bestreitung seiner Lebenshaltungskosten benötigt und von welchen durchschnittlichen Einnahmen er ausgeht. Aus den eingereichten Belegen kann zwar (in gewissen Monaten) die Berücksichtigung von Kosten für die Miete, Krankenkasse, Strom, Fahrzeug und Kommunikation entnommen werden (vgl. act. 14/2-5). Einen Betrag für Grundlegendes wie Nahrung, Kleidung, Körper-/Gesundheitspflege etc., die Kosten für Radio/Fernsehen und die Hausrat-/Haftpflichtversicherung ist allerdings nicht aufgeführt. In der Umsatzliste findet sich lediglich unter dem Titel "Eigenbedarf" für den Monat Juli 2019 ein Betrag von Fr. 1'050.00 und im Monat Oktober 2019 ein solcher von Fr. 430.00 (act. 14/4-5). Ob eine realistische Auflistung der Ausgaben erfolgte, erscheint daher fraglich. Hinsichtlich der Einnahmen kann anhand der Belege von einer monatlichen AHV-Rente des Schuldners in der Höhe von Fr. 1'778.00 ausgegangen werden (act. 14/2-5). Hinzu kommen die monatlichen Zahlungen von Fr. 2'500.00 aus dem Verkauf des Taxibetriebs (act. 14/11 S. 8), welche der Schuldner zur Bestreitung seiner laufenden Verbindlichkeiten zu benötigen scheint. Welcher Betrag dem Schuldner zusätzlich durchschnittlich aus den von ihm noch sporadisch ausgeführten Taxifahrten zufließt, erklärt er nicht. Dies erschliesst sich auch nicht ohne Weiteres aus den eingereichten Belegen. Damit verbleiben auch Zweifel über eine genügende Einnahmemöglichkeit. Die Auflistungen im vorgelegten "Fakturajournal/Debitoren-Kreditoren" sowie die Liste "Kreditoren 2019" sind sodann wenig aussagekräftig. Der aktuell tatsächlich noch offene Kreditoren- und Debitorenbestand resp. die darin vorgenommene Berechnungsweise werden nicht ganz klar. Zumindest kann festgehalten werden, dass das Total der Liste "Kreditoren 2019" mit Fr. 6'155.90 das Total an offenen Kundenzahlungen von Fr. 3'866.10 aus dem "Fakturajournal/Debitoren-Kreditoren" übersteigt (act. 14/2-3).

Hinzu kommt schliesslich, dass der Schuldner es trotz ausdrücklichem Hinweis der Kammer in der Verfügung vom 12. November 2019 (act. 9 S. 3) versäumte, einen Betreibungsregisterauszug einzureichen. Dieser hätte wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten des Schuldners und seine finanzielle Lage gegeben. Der Schuldner gab zwar an, der Betrag seiner in Betreuung gesetzten Schulden belaufe sich auf Fr. 35'000.00 (act. 11). Dabei handelt es sich jedoch um eine blosser Behauptung, welche den hier erforderlichen Voraussetzungen an die Glaubhaftmachung nicht genügt. Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass auch ein Abstellen auf die blosser Behauptung von Betreuungsschulden über Fr. 35'000.00 nichts ändern würde. Die noch offene Forderung von Fr. 67'500.00 aus dem Verkauf des Betriebs wird in (noch) 27 Raten beglichen (vgl. act. 14/11 S. 8), die Summe steht damit nicht unmittelbar zur Schuldentilgung zur Verfügung. Aus der Umsatzliste geht hervor, dass der Schuldner im Juli/August 2019 Zahlungen an die Gemeinde D. _____ von Fr. 2'000.00 gemacht hat. Gemäss seinem Vermerk, könne er nur noch Fr. 1'000.00 bezahlen (act. 14/4-5). Mit einer Abzahlungsmöglichkeit in dieser Höhe wäre ein Schuldenbetrag von Fr. 35'000.00 nicht innert zwei Jahren beglichen.

2.4. Nach dem Gesagten kann folglich nicht ausreichend beurteilt werden, ob es dem Schuldner finanziell möglich sein wird, neben der Bestreitung seiner laufenden Verpflichtungen in absehbarer Zeit seine bestehenden Schulden (in Raten) abzutragen. Nachdem der Konkurs über den Schuldner privat eröffnet wurde, wäre es an ihm gelegen, seine (persönliche) Finanzlage umfassend zu behaupten und darzulegen. Dies hat er jedoch nicht getan. Dem Schuldner ist es infolge der unvollständigen Darstellung seiner finanziellen Situation sowie der fehlenden Glaubhaftmachung von Behauptungen nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Seine Zahlungsfähigkeit erscheint nicht glaubhaft. 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.

3.

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 **tt. Dezember 2019, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Affoltern ZH 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag in der Höhe von Fr. 20.80 dem Konkursamt Affoltern ZH zu überweisen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Kopien von act. 2, 11 und 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, je gegen Empfangsschein.

7. 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 Vorsitzende:

Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann

versandt am:
17. Dezember 2019