

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200222-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 27. November 2020

in Sachen

A. _____,
Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 3. November 2020 (EK200431)

Erwägungen:

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan: Schuldner) ist Inhaber der seit dem 1. April 2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzel-firma "A._____". Unter der Rubrik "Zweck" ist im Handelsregister das Folgende vermerkt: "Handelsagentur" (act. 7).

2. Mit Urteil vom 3. November 2020 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks-gerichts Uster, nachdem zur Konkursöffnungsverhandlung niemand erschienen war (vgl. Prot. Vi S. 2), den Konkurs über den Schuldner für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gläubigerin; act. 3 = act. 5 = act. 6/6):

Forderung von	CHF	1'588.80
Zins 5% seit 16.08.2019	CHF	96.85
Gläubigerkosten	CHF	365.40
Betreibungskosten	CHF	160.60
. / . Teilzahlungen	CHF	-
Total	CHF	2'211.65

3. Gegen die Konkursöffnung kann beim Obergericht innert 10 Tagen Be-schwerde erhoben werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid wurde dem Schuldner am 7. November 2020 zugestellt (act. 6/7). Die Beschwerdefrist lief daher am 17. November 2020 ab. Sowohl die Beschwerdeschrift vom 17. November 2020 (act. 2), welche der Schuldner glei-chentags persönlich der Beschwerdeinstanz übergab, als auch eine zusätzliche Eingabe vom 17. November 2020 (Datum Poststempel; act. 8) erfolgten damit rechtzeitig. Ebenfalls am 17. November 2020 hinterlegte der Schuldner bei der Beschwerdeinstanz einen Betrag von Fr. 3.– (act. 4/9). Der Schuldner beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wir-kung (act. 2). Da die Beschwerde, wie zu zeigen sein wird, sogleich abzuweisen ist, erübrigt sich die Einholung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdever-fahren und eine vorgängige Behandlung des Antrages um die Erteilung der auf-schiebenden Wirkung. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–7). Die Sache ist spruchreif.

4. 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 Urkundenbeweise 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 Abs. 1 und 2 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). Es gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren zwar grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz. Dieser wird jedoch durch eine Mitwirkungspflicht des Schuldners abgeschwächt, welcher grundsätzlich weiterhin die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung trägt (vgl. BGer, 5A_175/2015 vom 5. Juni 2015, E. 4.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZK-ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 64).

5. Der Schuldner hat die Konkursforderung samt Zinsen, Inkassogebühren sowie Betreuungskosten in der Höhe von Fr. 2'211.65 am 12. November 2020 an die Gläubigerin überwiesen (vgl. act. 4/3) bzw. teilweise am 17. November 2020 bei der Beschwerdeinstanz hinterlegt (vgl. act. 4/9). Die Tilgung bzw. Hinterlegung erfolgte somit nach der Konkursöffnung. Der Schuldner hat sodann die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des Konkursamtes für die Zeit von der Konkursöffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren beim Konkursamt Dübendorf sichergestellt (vgl. act. 4/1). Damit hat der Schuldner zum einen Teil den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG und zum anderen Teil jenen der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

6. Da die Tilgung bzw. Hinterlegung erst nach der Konkursöffnung erfolgt ist, hat der Schuldner darüber hinaus seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen,

um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

7. 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, 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 der 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, die Behauptungen seien zutreffend, 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 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). Nach der 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

8. Der Schuldner macht geltend, dass seine Einzelunternehmung aktuell wegen der COVID19-Pandemie still stehe (act. 2). Er sei derzeit in einem Angestelltenverhältnis und erziele ein Einkommen von Fr. 4'500.– brutto (act. 8). Im Recht liegt eine Bestätigung der Firma C._____ GmbH vom 20. Oktober 2020 (act. 4/6), zuhanden des Migrationsamtes des Kantons Zürich, worin bestätigt wird, dass der Schuldner in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Hilfsbodenleger stehe. Der Schuldner führt ferner aus, dass er dem Gericht Einsicht in sein Privatkonto habe geben wollen, dies jedoch wegen des Einzuges seiner Bankkarte am 17. November 2020 nicht möglich gewesen sei. Das Gericht könne Einsicht in sein Privatkonto nehmen. Das Guthaben reiche aus, um eine weitere "Androhung" zu um-

gehen (act. 8). Schliesslich habe er am 26. September 2020 eine Teilzahlung gemacht (act. 2 mit Verweis auf act. 4/4).

9. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem vom Schuldner eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 17. November 2020 (act. 4/2) ergeben sich 11 zwischen dem 28. April 2017 und dem 2. Oktober 2020 eingeleitete Betreibungen. Davon wurden 6 Betreibungen durch Bezahlung erledigt. Eine Betreibung trägt den Code "E" für erloschen, während in einer Betreibung der vorliegenden Gläubigerin ein Verlustschein nach Art. 115 SchKG ausgestellt wurde. Der Betreibungsregisterauszug weist noch drei offene Betreibungen in gesamthafter Höhe von Fr. 4'863.95 aus. Bei einer dieser Betreibungen (Nr. 1) handelt es sich um jene, welche zur zu beurteilenden Konkursöffnung geführt hat. Die zugrundeliegende Forderung wurde, wie bereits erwähnt, vom Schuldner mittlerweile getilgt bzw. im Restbetrag hinterlegt. Es verbleiben daher offene Betreibungen von insgesamt Fr. 2'909.75. Ob die vom Schuldner ins Feld geführte Zahlung an die Gläubigerin in der Höhe von Fr. 1'000.– vom 26. September 2020 (act. 4/4) eine der bereits in Betreibung gesetzten Forderungen der Gläubigerin oder andere Ausstände betrifft, erschliesst sich weder aus dem Vorbringen des Schuldners noch aus dem eingereichten Beleg. Es ist daher nicht von einer Reduktion der offenen Betreibungen auszugehen.

10. Der Konkurs wurde über den Schuldner als Einzelunternehmer eröffnet, der für alle Verbindlichkeiten mit seinem gesamten Vermögen haftet. Eine Trennung zwischen einem geschäftlichen Gewinn und Vermögen und einem persönlichen Einkommen und Vermögen gibt es daher nicht.

11. Am behaupteten Stillstand der Geschäftstätigkeit der Einzelunternehmung des Schuldners dürfte sich angesichts der andauernden SARS-CoV-2-Pandemie kurz- bis mittelfristig nichts ändern. Das Firmenkonto des Schuldners war zum 17. November 2020 mit Fr. 730.– überzogen (vgl. act. 4/5). Darüber hinaus fehlen jegliche Angaben und Belege zum Geschäftsgang der angeblich stillstehenden Einzelunternehmung, welche aber trotz ihres (angeblichen) Stillstandes ausstehende Zahlungsverbindlichkeiten aufweisen könnte. Mangels zu erwartendem

Gewinn bzw. mangels vorhandenem Vermögen aus der einzelunternehmerischen Tätigkeit kann die Zahlungsfähigkeit des Schuldners vorliegend nur aus seinem Lohn aus unselbständiger Tätigkeit bei der C._____ GmbH oder aus anderweitigen, ihm zustehenden Vermögenswerten, insbesondere einem allfälligen Guthaben auf seinem Privatkonto, abgeleitet werden.

12. Für die Behauptung, er erziele einen Lohn von Fr. 4'500.– brutto, reicht der Schuldner keine Belege ein, so beispielsweise einen Arbeitsvertrag oder einen Lohnausweis. Immerhin geht aus der Bestätigung der C._____ GmbH vom 20. Oktober 2020 hervor, dass der Schuldner seit dem 1. Oktober 2020 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Hilfsbodenleger steht (act. 4/6). Angesichts dieser Bestätigung ist zwar plausibel, dass der Schuldner über eine regelmässige Einkommensquelle verfügt. Da die eingereichten Urkunden jedoch weder über das Arbeitspensum noch über die Lohnhöhe Aufschluss geben und gemäss dem nicht allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag für die Schweizerische Bodenbelagsbranche vom 21./28. April 2017 der Mindestlohn für ungelernete Arbeitskräfte Fr. 3'400.– brutto beträgt (Art. 15 lit. d GAV), ist der vom Schuldner angegebene Bruttolohn von Fr. 4'500.– mit der eingereichten Arbeitsbestätigung nicht glaubhaft gemacht. In den eingereichten Auszügen für das auf den Schuldner lautende Firmenkonto bei der Zürcher Kantonalbank sind (erwartungsgemäss) keine Lohnzahlungen aus der unselbständigen Erwerbstätigkeit des Schuldners ersichtlich (vgl. act. 4/5). Aus den sporadischen Überträgen von einem anderen Konto des Schuldners in der Gesamtsumme von Fr. 1'454.66 im Zeitraum von Mai bis Oktober 2020 lassen sich zu dieser Frage keine Schlüsse ziehen.

13. Eine Einsichtnahme in das Privatkonto des Schuldners, wie er dies beantragt, ist der Beschwerdeinstanz aus rechtlichen und praktischen Gründen nicht möglich. Es wäre am Schuldner gelegen, sich rechtzeitig um die Beschaffung eines Kontoauszuges, soweit dieser für die Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit notwendig und geeignet gewesen wäre, zu bemühen. Insofern ist der Schuldner seiner Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsermittlung (vgl. obenstehende E. 4) nicht nachgekommen. Dies gilt auch für die von ihm zu belegenden persönlichen

Lebenshaltungskosten. Der Schuldner hat die Nachteile seines Versäumnisses zu tragen.

14. Mangels objektiver Anhaltspunkte gelingt es dem Schuldner nicht, das vom ihm lediglich behauptete Einkommen aus seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit glaubhaft zu machen. Ebenso wenig vermag er glaubhaft zu machen, dass auf seinem Privatkonto ein für die Bejahung seiner Zahlungsfähigkeit ausreichendes Guthaben vorhanden ist. Hierzu ist ausserdem zu bemerken, dass das Firmenkonto bereits seit Ende Juni 2020 überzogen ist, was die Frage aufwirft, warum der Schuldner, wenn auf seinem Privatkonto ausreichende Mittel zur Verfügung gestanden hätten bzw. stehen, das Konto nicht bereits ausgeglichen hat.

15. In der Konsequenz ist nicht glaubhaft, dass der Schuldner in der Lage ist, seine aktuell dringendsten Verpflichtungen, insbesondere betreffend seine Lebenshaltungskosten, zu bedienen und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten, von denen Fr. 3'639.75 (Fr. 2'909.75 aus offenen Betreibungen + Fr. 730.– Überzug des Firmenkontos) bekannt sind, abzutragen. Hinzu kommt, dass ausstehende Verlustscheine in der Höhe von Fr. 1'626.30 bestehen.

16. Zusammengefasst ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners auf der Grundlage seiner Vorbringen und der von ihm eingereichten Urkunden nicht glaubhaft gemacht. Seine Beschwerde ist abzuweisen.

17. Ausgangsgemäss sind dem Schuldner die Gerichtsgebühren des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 3.– dem Konkursamt Dübendorf zu überweisen.

3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt und dem Schuldner auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage je einer Kopie der act. 2 und 8, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dübendorf, 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. M. Häfeli

versandt am:
27. November 2020