

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210174-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Beschluss und Urteil vom 27. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 28. September 2021 (EK210288)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf (nachfolgend: Vorinstanz) vom 28. September 2021 wurde über den Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 5'764.10 zuzüglich Zins von 5 % seit 11. Oktober 2020, Fr. 500.– Administrationskosten sowie Betreuungskosten von Fr. 146.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 5/8). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 5. Oktober 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 5/9/5 und act. 7 sowie Art. 63 SchKG) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). Mit Verfügung vom 6. Oktober 2021 wurde die Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen verweigert und der Schuldner darauf hingewiesen, dass er die Beschwerde bis zum Ende der Beschwerdefrist ergänzen könne. Weiter wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 8). Der Schuldner machte daraufhin innert Frist mit Eingabe vom 14. Oktober 2021 ergänzende Ausführungen und reichte weitere Unterlagen ein (act. 13 und act. 14/1-6). Ebenso bezahlte er den verlangten Kostenvorschuss fristgerecht (act. 12 sowie act. 9/1). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-9). Die Sache erweist sich als spruchreif.
2. 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 Konkurs hindernde Gründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Der Schuldner hinterlegte innert Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin Fr. 6'700.– (act. 14/4, act. 15), womit die zum Konkurs führende Forderung inklusive Zinsen und Kosten gedeckt ist (vgl. act. 11). Weiter bezahlte der Schuldner den mutmasslichen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– (act. 12, act. 14/5). Ebenfalls fristgerecht weist der Schuldner mittels einer Quittung des Konkursamtes Höngg-Zürich vom 4. Oktober 2021 nach, dass er dem Konkursamt Höngg-Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– geleistet hat, welcher ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 4/1, vgl. auch act. 4/2). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die ge-

eignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Der Schuldner ist Inhaber der C.____ und des D.____, beide in Zürich domiliziert. Die D.____ ist seit dem 2. Mai 2018 im Handelsregister eingetragen, die C.____ seit dem 14. Juni 2019 (act. 6/1-2). Als Grund für seine Zahlungsschwierigkeiten macht der Schuldner geltend, er habe der Wahl seines Treuhänders zu wenig Bedeutung beigemessen, sodass Dinge in diesem Bereich nicht resp. verspätet erledigt worden seien; dies sei nun jedoch angepasst worden (act. 2 S. 1, act. 13 S. 1). Zudem sei es aufgrund der Corona-Pandemie schwierig gewesen, das Autocenter in den letzten beiden Jahren gewinnbringend zu führen. Seine Covid-19-Erkrankung im Sommer 2021 mit Krankenhausaufenthalt und Erholungszeit habe ebenfalls dazu geführt, dass administrative Tätigkeiten liegen geblieben seien und ein Teil des Sommergeschäfts ausgefallen sei (act. 2 S. 1).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreuung Nr. 1 noch sechs weitere Beteiligungen im Umfang von Fr. 16'465.65 offen sind. Davon befinden sich drei Beteiligungen über Fr. 5'630.15 im Stadium der Pfändung, gegen eine über Fr. 10'373.55 wurde Rechtsvorschlag erhoben und zwei weitere über Fr. 461.95 wurden erst eingeleitet. Die übrigen seit Januar 2019 eingeleiteten Beteiligungen sind alle entweder durch Zahlungen an das Betreibungsamt erloschen oder die jeweiligen Gläubiger wurden nach Verwertung befriedigt. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 14/1).

Zur am 20. November 2019 eingeleiteten Beteiligung Nr. 2 der E.____ AG mit Sitz in F.____ über Fr. 10'373.55, gegen welche der Schuldner Rechtsvorschlag erhob, macht der Schuldner geltend, dies sei erfolgt, weil die Firma per 5. Mai 2018 von G.____ und per 30. Dezember 2020 von H.____ übernommen worden sei (act. 13 S. 2). Die dazu eingereichten Handelsregisterauszüge beziehen sich jedoch auf ein in I.____ domiziliertes Einzelunternehmen "Automobile

I. _____" (vgl. act. 14/3/1-3). Eine Schuldübernahme lässt sich daraus nicht ableiten. Ohnehin erschliesst sich aus der vom Schuldner vorgebrachten Begründung nicht, weshalb die Betreuung nicht gerechtfertigt sein sollte. Wenn der Schuldner weiter vorbringt, gegen das Erheben des Rechtsvorschlages sei nicht opponiert worden und es sei auch keine Fortsetzung der Betreuung verlangt worden (act. 13 S. 2), so ist dem entgegen zu halten, dass es angesichts des Datums des Zahlungsbefehls zwar möglich ist, dass die fragliche Betreuung nicht mehr weiterverfolgt werden kann (vgl. Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG). Allerdings wäre es ebenso gut möglich, dass noch ein Anerkennungsverfahren hängig ist und die Gläubigerin die Forderung noch weiterverfolgt. Entsprechend ist einstweilen vom Bestand dieser Forderung auszugehen und es bleibt beim oben Gesagten.

4.4. Der Schuldner bringt vor, sein Vater, sein Bruder und seine Schwester würden ihm gesamthaft Darlehen von gesamthaft Fr. 9'000.– geben (act. 13 S. 2). Dies ist durch schriftliche, unterzeichnete Darlehensverträge hinreichend glaubhaft gemacht (vgl. act. 14/6/1-3). Die fraglichen Beträge sollten dem Schuldner gemäss diesen Verträgen am 13. Oktober 2021 überwiesen worden sein; damit kann er die dringendst zu begleichenden Schulden im Stadium der Pfändung über total Fr. 5'630.15 tilgen.

Weiter erklärt der Schuldner, das Autocenter verfüge über Debitoren von total Fr. 16'141.–, was er jedoch mangels schriftlicher Aufträge nicht mit Dokumenten belegen könne (act. 13 S. 2 f.; act. 14/2). Das Reinigungsunternehmen verfüge über keine nennenswerte Debitoren (act. 13 S. 3). Auf den Bankkonten lägen sodann im Moment keine grossen Aktiven vor, weil es sowohl im Pneubereich als auch in der Reinigung üblich sei, dass ein Teil der Kundschaft bar bezahle (act. 13 S. 3). Während es durchaus sein mag, dass der Schuldner viele Geschäfte bar abwickelt und zufolge der nicht oder nicht richtig geführten Buchhaltung über keine schriftlichen Belege verfügt, ändert dies jedoch nichts am Umstand, dass es sich bei den Vorbringen zu den Debitoren und den Aktiven um blosser Parteibehauptungen handelt, welche nicht durch weitere objektive Anhaltspunkte unterstützt werden. Über allfällige Barguthaben in der Kasse äussert sich der Schuldner zudem nicht. Die gemäss dem Schuldner vorhandene Garageneinrich-

tung im Wert von Fr. 20'000.– (vgl. act. 13 S. 3) ist ferner (abgesehen davon, dass es sich auch hierbei um eine bloss durch keinerlei weitere Anhaltspunkte unterstützte Parteibehauptung handelt) bei der Beurteilung der Liquidität des Schuldners nicht weiter zu berücksichtigen, da sie für den Weiterbetrieb des schuldnerischen Unternehmens zwingend erforderlich sein dürfte und folglich nicht versilbert werden kann. Es ist damit ungewiss, ob und falls ja in welcher Höhe und in welchem Zeitraum der Schuldner liquide Mittel erhältlich machen können wird, um die weiteren in Betreuung gesetzten Forderungen von total Fr. 10'835.50 (Fr. 10'373.55 + Fr. 461.95) – bzw. nach Verwendung des nach Tilgung der sich im Stadium der Pfändung befindlichen Betreibungen von den oben erwähnten Darlehen noch übrigen Betrages von Fr. 7'465.65 (Fr. 10'835.50 - [Fr. 9'000.– - Fr. 5'630.15]) – in absehbarer Zeit begleichen zu können.

4.5. Über den Geschäftsgang der beiden schuldnerischen Unternehmen besteht ebenfalls Ungewissheit. So macht der Schuldner zwar Ausführungen zu den erwarteten zukünftigen Gewinnen: Mit dem Autocenter werde es ihm zufolge der nun kommenden Saison für Pneuwechsel und Services und des vorhandenen Kundenstammes problemlos möglich sein, in den nächsten Monaten und auch danach nach Bezahlung der laufenden Verpflichtungen inklusive auch seines eigenen Lohnes einen Gewinn von Fr. 2'000.– bis Fr. 3'000.– zu erwirtschaften (act. 13 S. 1). Auch bei der C. _____ sei die Auftragslage stabil, es werde möglich sein, in den nächsten Monaten Gewinne in der Grössenordnung von circa Fr. 1'000.– pro Monat zu erzielen. Aufgrund des Zügeltermins im Frühling rechne er zusätzlich mit etwas höheren Gewinnen (act. 13 S. 2). Diese Darstellung wird aber weder durch Belege noch durch nähere Erklärungen – etwa zur ungefähren Grösse der monatlichen Einnahmen und der Ausgaben – unterstützt, sodass schlicht nicht beurteilt werden kann, ob die Angaben des Schuldners realistisch sind. Auch drängt sich die Frage auf, ob die Aussagen des Schuldners verlässlich sein können, scheint es ihm doch aufgrund der zufolge administrativer Schwierigkeiten fehlenden aktuellen Jahresrechnung und Zwischenbilanz (vgl. act. 13 S. 1) und zumal er seine Geschäfte mehrheitlich in bar abwickelt (vgl. E. 4.4) an einer Grundlage für eine zuverlässige Abschätzung seiner finanziellen Situation und zukünftiger Gewinne zu fehlen. Auch ist über die Vergangenheit nichts Näheres

bekannt, sodass sich daraus keine Annahmen zu Gewinnen in der Zukunft ableiten lassen.

4.6. Aus diesem Grund lässt sich im Übrigen auch nicht abschliessend beurteilen, ob eine Besserung der prekären finanziellen Situation des Schuldners zu erwarten ist. Zwar mag es sein, dass Vorkehren zur Behebung der Probleme im administrativen Bereich – etwa das Einsetzen eines seriösen Treuhänders – dazu führen würde, dass es zumindest wegen Nachlässigkeiten in diesem Bereich nicht mehr zu Zahlungsverzügen kommen würde. Der Schuldner spricht jedoch zumindest betreffend das Autocenter auch von einem schlechten Geschäftsgang in den letzten beiden Jahren (vgl. E. 4.2), was nichts mit der Administration zu tun hat und folglich auch nicht durch deren Verbesserung korrigiert werden kann. Ob der Grund für die nicht gewinnbringenden Geschäfte vor allem in der Corona-Pandemie lag, wie der Schuldner ausführt (vgl. E. 4.2), ist zu bezweifeln, kam es doch bereits im Jahr 2019 und damit ein gutes Jahr vor der Pandemie und den damit sicherlich verbundenen Schwierigkeiten zu Betreibungen (vgl. act. 14/1). Da die beiden schuldnerischen Unternehmen erst seit Mai 2018 bzw. Juni 2019 bestehen, ist es somit praktisch von Beginn an zu Zahlungsproblemen gekommen. Es kann somit nicht von einst erfolgreichen Unternehmen gesprochen werden, die kurzfristig in finanzielle Schwierigkeiten geraten sind. Vielmehr scheinen die Zahlungsengpässe nicht nur vorübergehender Natur zu sein. In diesem Zusammenhang fällt auch auf, dass es sich bei den in Betreibung gesetzten Forderungen praktisch "nur" – wie der Schuldner dies ausdrückt (vgl. act. 13 S. 3) – um sozialversicherungsrechtliche Schulden und Steuerschulden handelt (vgl. act. 14/1), welche nicht zu einem Konkurs führen können (Art. 43 Ziff. 1 SchKG). Zudem handelt es sich vermehrt auch um sehr geringe Forderungen über wenige hundert Franken (vgl. act. 14/1). Auch diese Umstände deuten auf Zahlungsschwierigkeiten tiefgreifender Art hin. Im Übrigen bleibt auch anzumerken, dass die Pandemie, wengleich sich die Situation verbessert hat, noch nicht vorbei ist, weshalb dadurch bedingte Schwierigkeiten zumindest teilweise durchaus noch andauern könnten. Zusammenfassend sind somit keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation auszumachen.

4.8. Was schliesslich die Lebenshaltungskosten des Schuldners angeht, so besteht diesbezüglich abgesehen von der behaupteten Höhe des Mietzinses (vgl. act. 13 S. 3) gänzlich Unklarheit. Dasselbe gilt zur Höhe der Löhne, die der Schuldner sich ausbezahlt. Es lässt sich somit schlicht nicht beurteilen, ob der Schuldner seine privaten Ausgaben decken kann.

4.9. Gesamthaft betrachtet vermag der Schuldner nicht glaubhaft zu machen, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Da Ungewissheit sowohl über die Höhe der bestehenden Schulden als auch über die vorhandenen bzw. in naher Zukunft erhältlichen flüssigen Mittel sowie den Geschäftsgang der beiden schuldnerischen Unternehmen besteht und für deren Zukunft keine günstige Prognose mit Aussicht auf Verbesserung der Situation gestellt werden kann, ist nicht ersichtlich, ob der Schuldner in der Lage ist, sowohl seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen als auch allfällige noch bestehende Schulden abzutragen. Auch lässt das Zahlungsverhalten des Schuldners, soweit bekannt, vermuten, dass die Zahlungsschwierigkeiten nicht bloss vorübergehend sind. Die Zahlungsfähigkeit erscheint damit nicht als wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit und ist folglich nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen. Damit wird der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos und ist demzufolge abzuschreiben.

5. Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) 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.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 6'700.– dem Konkursamt Höngg-Zürich zuhanden der Konkursmasse des Schuldners zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel bzw. Kopien von act. 2 und act.13, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Regensdorf, je gegen Empfangsschein.

6. 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:

MLaw C. Funck

versandt am:
28. Oktober 2021