

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150060-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 9. Juni 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Gemeindeverwaltung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 15. April 2015 (EK150008)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem 10. April 2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens C._____. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt dieses Unternehmen den Handel mit Waren aller Art, die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich ... und ... sowie den Betrieb eines Internetshops (act. 5/7 = act. 8/2). Zudem ist der Schuldner alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der am 4. Februar 2015 im Handelsregister eingetragenen C1._____ GmbH. Deren Zweckbeschreibung gemäss Handelsregistereintrag deckt sich weitestgehend mit demjenigen der Einzelunternehmung (act. 5/6 = act. 8/1).

1.2. Mit Urteil vom 15. April 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'400.00 nebst Zins zu 5 % seit 24. Mai 2012 und Fr. 285.00 nebst Zins zu 5 % seit 16. Oktober 2012 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.60 (act. 3 = act. 6 = act. 7/9).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 27. April 2015 rechtzeitig Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung des Urteils des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 15. April 2015. Zudem ersuchte er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 7/10/1). Mit Präsidialverfügung vom 30. April 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Ferner wurde das Gesuch des Schuldners um Gewährung einer kurzen Nachfrist zur Einreichung weiterer Unterlagen abgewiesen und ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Der Beschwerdeführer leistete den Kostenvorschuss innert Frist nicht. Das vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers innert Zahlungsfrist gestellte Gesuch um Fristerstreckung wurde mit Präsidialverfügung vom 20. Mai 2015 abgewiesen. Dem Beschwerdeführer wurde eine einmalige kurze Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses im Sinne von Art. 101 Abs. 3 ZPO angesetzt (act. 11-12). Die Zahlung erfolgte innert Frist (act. 13/1 und act. 14).

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 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 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).

2.2. Der Schuldner hat mit Einzahlung vom 27. April 2015 die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Betreibungskosten beim Obergericht hinterlegt und für das Beschwerdeverfahren innert der ihm angesetzten kurzen Nachfrist einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 2 Rz. 9-10 und act. 5/5; act. 13/1 und 14). Im Weiteren hat der Schuldner am 24. April 2015 beim Konkursamt D. _____ zur Deckung der bis anhin entstandenen Konkurskosten (Gebühren und Auslagen) Fr. 1'800.00 sichergestellt (act. 2 Rz. 9-10 und act. 5/4). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 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. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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. Dabei sind nur die sofort und konkret verfügbaren Mittel zu berücksichtigen, nicht aber zukünftige, zu erwartende oder mögliche Mittel. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen an-

häufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. 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. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheidens zu gewinnen ist (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

Zur Glaubhaftmachung braucht es objektive Anhaltspunkte. Das Aufstellen blosser Behauptungen – mögen sie auch noch so plausibel sein – genügt jedenfalls nicht.

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem vom Schuldner eingereichten Betreibungsregisterauszug ergeben sich insgesamt 77 im Zeitraum vom 18. Mai 2010 bis 2. April 2015 eingeleitete Betreibungen (act. 5/11). Davon wurden 22 Betreibungen durch Zahlung an das Betreibungsamt oder an den Gläubiger, durch volle Befriedigung nach Verwertung oder durch Erlöschen der Betreibung erledigt. Die Betreibungen Nr. ... und Nr. ... wurden mit Rechtsvorschlag gestoppt. In den Betreibungen Nr. ... und Nr. ... wurden die Zahlungsbefehle zugestellt. Anhand des jeweils vermerkten Betreibungsbegins ist davon auszugehen, dass in diesen Betreibungen die Fristen zur Beseitigung der Rechtsvorschläge bzw. zur Stellung der Fortsetzungsbegehren mittlerweile wohl verstrichen sind. Neben der Betreibung der nun beglichenen Konkursforderung (Betreibung Nr. ...) sind damit noch 50 weitere Betreibungen in der Höhe von gesamthaft Fr. 288'612.51 offen; in 18 Betreibungen wurden Verlustscheine nach Art. 149 SchKG von insgesamt Fr. 21'900.65 ausgestellt (act. 5/11 S. 6). Zwar sind die meisten davon vor über sechs Monaten ausgestellt worden, womit die Gläubiger die Betreibung nicht mehr ohne neuen Zahlungsbefehl fortsetzen kön-

nen (Art. 149 Abs. 3 SchKG). Dies ändert jedoch nichts daran, dass es sich um fällige Forderungen handelt.

2.3.3. Gemäss den Darlegungen des Schuldners sei nur noch ein geschätzter Totalbetrag von Fr. 260'000.00 (Summe der Pfändungsverlustscheine zuzüglich der Summe aller Betreibungen, deren Forderungsbetrag noch nicht getilgt sei) offen. Der Schuldner bringt vor, es würden nicht alle der aus dem Betreibungsregisterauszug ersichtlichen Forderungen anerkannt. Mit sämtlichen Gläubigern, die eine berechtigte Forderung gegen ihn geltend machen würden, sei er in regelmässigem Kontakt. Seine Einkommenssituation erlaube zudem eine Bedienung seiner offenen Schulden (act. 2 Rz. 17 und 22). Ihm gehöre die C1._____ GmbH, welche am 4. Februar 2015 im Handelsregister eingetragen worden sei und seine Einzelunternehmung C._____ abgelöst habe. Folglich könne vom wirtschaftlichen Ergebnis der Einzelunternehmung auf das zukünftige Ergebnis der GmbH geschlossen werden. Der Reingewinn der C._____ von Fr. 22'158.59 sei gemäss provisorischem Jahresabschluss 2014 – da die Arbeitstätigkeit effektiv erst im Mai 2014 aufgenommen worden sei – auf ein Jahr hochzurechnen. Schlussendlich ergebe sich ein Reingewinn der Einzelunternehmung von Fr. 28'000.00. Die Bruttomarge im Verhältnis zwischen Umsatz und Reinertrag betrage 26%. Übertrage man diese Marge auf die C1._____ GmbH, welche gemäss Bankbelegen einen hochgerechneten Jahresumsatz von brutto Fr. 230'000.00 bzw. netto Fr. 212'900.00 erzielen werde, ergebe dies einen provisorischen Gewinn vor Abschreibungen und Steuern in der Höhe von zirka Fr. 60'000.00. Damit könne er sich – ohne die Existenz der GmbH zu gefährden – einen Lohn von Fr. 50'000.00 ausbezahlen (act. 2 Rz. 11-16). Mit diesem Lohn sei es ihm möglich, regelmässig Fr. 500.00 an das Betreibungsamt D._____ und Direktzahlungen an Gläubiger zu leisten. Vor allem an den Grossgläubiger, den Verein E._____ B._____, leiste er monatlich Fr. 500.00 und – wenn seine Einkünfte es zuliessen – auch Abschlagszahlungen. Die Konkursforderung sei wegen eines Missverständnisses nicht bezahlt worden. Er sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass auch diese Forderung vom Betreibungsamt bedient werde (act. 2 Rz. 31). Überdies verfüge er über unbewegliches Vermögen, nämlich eine Liegenschaft in der Gemeinde F._____ (ZH). Diese verfüge über grosse Stallungen, welche vermietet würden.

Der Mietzins in der Höhe von monatlich Fr. 1'480.00 werde vom Betreibungsamt zuhanden der (ehemaligen) Pfändungsgläubiger vereinnahmt. Der Verkehrswert der Liegenschaft sei kürzlich auf Fr. 1'700'000.00 geschätzt worden. Nach Abzug der darauf lastenden Hypothekarschuld von rund Fr. 1'200'000.00 verfüge er über ein Reinvermögen von rund Fr. 500'000.00. Notfalls könne er weitere Kredite auf die Liegenschaft aufnehmen und so eine Umschuldung vornehmen (act. 2 Rz. 17-20, 23, 30-31 und 33).

Der Schuldner bringt überdies vor, früher ein sehr erfolgreicher Vermögensverwalter mit entsprechendem Einkommen und Vermögen gewesen zu sein. Dann habe er beruflich immer mehr die Kontrolle und den Überblick über seine Finanzen verloren. Dies weil er aufgrund der Scheidung von seiner ersten Ehefrau psychisch sowie physisch schwer belastet gewesen sei und über keine Fachkraft im Rechnungswesen verfüge. Seine Liquidität sei insbesondere durch die grosse Forderung von ursprünglich rund Fr. 243'000.00 des Vereins E.____ B.____, welcher seine geistig behinderte Tochter betreut und bei welchem er die Finanzen verwaltet habe, schwer belastet worden. Mit dem Grossgläubiger sei am 7. März 2011 ein Wiedergutmachungsvertrag abgeschlossen worden, er habe mittlerweile rund Fr. 45'000.00 abbezahlen können und er komme seit der Betreuung vom 11. September 2013 seiner vertraglichen Abzahlungsverpflichtung immer nach. Schliesslich werde er mittlerweile von einem professionellen Treuhänder unterstützt. Es bestehe somit keine Gefahr mehr, dass er die Kontrolle über seine Schulden verliere (act. 2 Rz. 21 und 24-25).

2.3.4. Zum Beweis der behaupteten Schuldentilgung von monatlich rund Fr. 2'500.00 durch regelmässige Zahlungen an das Betreibungsamt und Direkt- sowie Abschlagszahlungen an die Gläubiger offerierte der Schuldner die Betreibungsbeamtin des Betreibungsamtes D.____ als Auskunftsperson. Wie eingangs dargelegt, ist die Zahlungsfähigkeit innert der (nicht erstreckbaren) Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen (vgl. BGE 139 III 491 E. 4 S. 492 ff.). Die Beschwerdeschrift wurde vom Schuldner am letzten Tag der Rechtsmittelfrist der Post übergeben und ging zwei Tage später bei der Kammer ein (vgl. act. 2 und act. 7/10/1). Einerseits schliesst bereits dies die Einholung schriftlicher Auskünfte

aus. Andererseits wäre es am Schuldner gelegen und ihm zumutbar gewesen, in-
nert Frist schriftliche Dokumente (Zahlungsbelege oder eine Bestätigung des Be-
treibungsamtes) beizubringen, aus denen sich objektive Anhaltspunkte für die
Überweisung von Fr. 500.00 und Fr. 1'480.00 an das Betreibungsamt, regelmä-
ssige Direktzahlungen und ausserordentliche Abschlagszahlungen an Gläubiger
ergeben. Solche reichte er aber nicht ein. Aus dem eingereichten Gutachten zur
Schätzung der Liegenschaft des Schuldners in F._____ ist zwar die Fremdvermie-
tung eines Schopfes als Lager, nicht aber die Mietzinshöhe von Fr. 1'480.00 und
insbesondere nicht die Ablieferung des Mietzinses an das Betreibungsamt ersicht-
lich (act. 5/10 S. 2). Auch ist alleine mit der Vorlage der Wiedergutmachungs- und
Abzahlungsvereinbarung vom 7. März 2011 nicht glaubhaft gemacht, dass der
Schuldner seiner vertraglichen Abzahlungsverpflichtung von monatlich Fr. 500.00
gegenüber dem Verein E._____ B._____ nachkommt und mittlerweile rund
Fr. 45'000.00 bezahlt hat.

2.3.5. Im Weiteren hätte der Schuldner grundsätzlich, nachdem der Konkurs
über ihn privat eröffnet wurde, seine (persönliche) Finanzlage umfassend dar-
legen müssen. Dies hat er nur teilweise getan. Der Schuldner reichte einen proviso-
rischen Jahresabschluss 2014 der Einzelunternehmung C._____ sowie Belege
zum Konto der C1._____ GmbH ein (act. 5/8-9) und machte gestützt auf den Ge-
winn der Einzelunternehmung im Jahr 2014 bzw. dem Umsatz der GmbH im März
und April 2015 Hochrechnungen für die Zukunft. Es fehlen jedoch insbesondere
Auftragsbestätigungen, aktuelle Debitoren- und Kreditorenlisten und dergleichen.
Ebenfalls versäumte es der Schuldner, zu weiteren (persönlichen) Konten und zur
Höhe seiner laufenden Verpflichtungen resp. Lebensunterhaltskosten Angaben zu
machen oder Belege einzureichen. Ein umfassender Überblick über die Aktiven
und Passiven des Schuldners kann mangels hinreichender Belege nicht gewon-
nen werden und es fehlt vor allem an objektiven Anhaltspunkten, welche auf eine
positive Einschätzung der künftigen Auftragslage schliessen lassen würden. Dar-
über hinaus ist auch nicht nachvollziehbar, wie der Schuldner neben der Bestrei-
tung seiner laufenden Verpflichtungen resp. Lebenshaltungskosten noch in der
Lage sein sollte, in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen. Selbst
wenn man mit dem Schuldner davon ausgehen würde, dass er sich aus der Ge-

schäftstätigkeit (mit der C1._____ GmbH) jährlich Fr. 50'000.00 als Lohn ausbezahlen könnte, er diesen gesamthaft zur Schuldentilgung verwenden würde, dazu monatliche Mietzinseinnahmen von Fr. 1'480.00 aus der Vermietung der Stallungen hinzukommen würden und noch Fr. 260'000.00 der in Betreuung gesetzten Schulden unbezahlt sein sollten, würde die Schuldentilgung mehr als drei Jahre dauern.

Entscheidend ist somit, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners aufgrund der ihm gehörenden Liegenschaft in F._____ bejaht werden kann. Aus der eingereichten Liegenschaftenschätzung ergibt sich zwar ein Verkehrswert von Fr. 1'700'000.00 und eine hypothekarische Belastung (act. 5/10 S. 2 und 13). Die behauptete Höhe der Hypothek von Fr. 1'200'000.00 erschliesst sich daraus allerdings nicht. Darüber hinaus bleibt auch die Behauptung des Schuldners unbelegt, dass er weitere Kredite auf die Liegenschaft aufnehmen könnte. Bei der behaupteten Höhe der bereits gewährten Hypothek und der bestehenden Finanzlage des Schuldners mit insgesamt noch 50 offenen Betreibungen ist es wenig glaubhaft, dass nach seiner Bonitätsprüfung eine Kreditvergabe erfolgen würde. Im Übrigen machte der Schuldner nicht geltend, er beabsichtige oder sei im Begriff, die Liegenschaft zu veräussern. Aufgrund dessen, dass die Liegenschaftenschätzung im Auftrag des Betreibungsamtes erfolgte und als Bewertungsgrund die allfällige Pfandverwertung angegeben wurde (vgl. act. 5/10 S. 2), bleibt vielmehr offen, ob die Liegenschaft nicht bereits in einem Zwangsverwertungsverfahren steht. Folglich ist auch ein in absehbarer Zeit erfolgender Zufluss an liquiden Mitteln aus der Liegenschaft des Schuldners, welcher ihm ein Abtragen seiner Schulden in näherer Zukunft erlauben würde, nicht glaubhaft gemacht.

2.3.6. Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass der Schuldner eine beträchtliche Anzahl an Betreibungen hat auflaufen lassen und darunter selbst kleinere Beträge nicht bezahlte (vgl. act. 5/11). Wie vorstehend ausgeführt, ist weder ein genügender Zufluss an liquiden Mitteln aus der Geschäftstätigkeit noch aus der Liegenschaft hinreichend dargetan worden. Dem Schuldner ist es somit nicht gelungen, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, insbesondere nicht, dass er in der Lage sein wird, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen

und in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen. Entsprechend ist die Beschwerde 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 **9. Juni 2015, 08.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt D._____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 2'420.00 dem Konkursamt D._____ zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt D._____ und das Grundbuchamt D._____, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
9. Juni 2015