

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170065-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 16. März 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 17. Februar 2017 (EK160661)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber des seit dem 24. Januar 2012 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "C._____ – A._____", welches Autohandel bezweckt (act. 5).
2. Am 17. Februar 2017, 09:45 Uhr, eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) gestützt auf einen Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt vom 13. Juni 2016 (Betreibung-Nr. 1) sowie eine Konkursandrohung des Betreibungsamtes Winterthur-Wülflingen vom 17. August 2016 (Betreibung-Nr. 2) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 3'656.30 (inkl. Zinsen und Betreuungskosten) den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 6 = act. 7/5). Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 27. Februar 2017 zugestellt (act. 6).

Mit am 7. März 2017 überbrachter Eingabe vom 5. März 2017 erhob der Schuldner bei der Kammer Beschwerde gegen das vorinstanzliche Konkursdekret und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Innert Beschwerdefrist reichte er zudem weitere Unterlagen ein (vgl. act. 10 und 11/1-5). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-6). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterle-*

gung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

2. Eine Beschwerde gegen einen Konkursöffnungsentscheid ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2.1 Der Schuldner belegt, dass er der Konkursgläubigerin am 3. März 2017 mit einem ihm von der Gläubigerin zur Verfügung gestellten Einzahlungsschein Fr. 3'647.75 überwiesen hat (act. 4/1). Sodann belegt er, dass er am 3. März 2017 mit einer Zahlung von Fr. 800.– beim Konkursamt Wülflingen-Winterthur die Kosten des Konkursverfahrens sowie die Kosten des Konkursgerichts sichergestellt hat (act. 4/2). Schliesslich wurde am 7. März 2017 der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt. Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt substantiiertes Behaupten voraus; der Schuldner muss deshalb 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. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen 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 (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3 u.a. mit Hinweis auf BGE 132 III 715, E. 3.1).

2.3 Vorliegend führt der Schuldner zu seinen finanziellen Verhältnissen und der damit zusammenhängenden Zahlungsfähigkeit einzig aus, er sei in der Lage, sämtliche Schulden bis Ende Mai 2017 zu bezahlen, wobei er selbst davon ausgeht, dass sich die offenen Betreibungsforderungen auf Fr. 13'085.05 belaufen (act. 2).

2.4 Aus den von ihm eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass der Schuldner (ab ca. März 2012; vgl. act. 11/2) bis Mitte Juni 2016 im Zuständigkeitsbereich des Betreibungsamtes Winterthur Stadt und hernach in demjenigen des Betreibungsamtes Winterthur-Wülflingen gewohnt hat (vgl. act. 11/1-2).

Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Winterthur-Wülflingen vom 9. März 2017 (vgl. act. 11/2 und 12) ergeben sich neben der Konkursforderung insgesamt 12 weitere Betreibungen, von denen eine (Fr. 955.45) durch Bezahlung ans Betreibungsamt bereits erledigt wurde. Damit verbleiben 11 offene Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 13'848.45. In drei dieser Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 1'259.75) erging bereits eine Konkursandrohung, wobei der Schuldner belegt, dass er zwei dieser drei Forderungen (Gesamtbetrag Fr. 928.35) ans Konkursgericht bezahlt hat (act. 4/5/1-2). In sechs Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger (Gesamtbetrag Fr. 9'725.–) läuft eine Lohnpfändung und in zwei weiteren Betreibungen öffentlich rechtlicher Gläubiger (Gesamtbetrag Fr. 2'863.70) wurde die Pfändung angekündigt. Abzüglich derjenigen beiden Betreibungen, in welchen der Schuldner die Zahlung ans Konkursgericht belegt, beträgt die Summe der noch offenen Betreibungsforderungen damit Fr. 12'920.10 (Fr. 13'848.45 – Fr. 928.35).

Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt vom 9. März 2017 (act. 11/1) ergeben sich insgesamt 49 Betreibungen, wobei neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreibung Nr. 1 drei weitere Betreibungen nach dem Umzug des Schuldners beim Betreibungsamt Winterthur-Wülflingen fortgesetzt wurden (vgl. Wülflingen Betreibungen Nrn. 3 [= Stadt Nr. 4], 5 [=Stadt Nr. 6] und 7 [= Stadt Nr. 8]). Diese Forderungen sind deshalb nicht doppelt zu berücksichtigen. Von den übrigen 45 Betreibungen wurden 26 durch Bezahlung der Forderung ans Betreibungsamt er-

ledigt, womit 19 offene Beteiligungen verbleiben. Von diesen sind zwei (Gesamtbetrag Fr. 3'278.70) erloschen. In acht Beteiligungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger wurden Verlustscheine über insgesamt Fr. 5'203.15 ausgestellt. In fünf weiteren Beteiligungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger (Gesamtbetrag Fr. 3'594.35) bestehen laufende Pfändungen, in zwei Beteiligungen (Gesamtbetrag Fr. 850.40) wurde der Konkurs angedroht und in einer Beteiligung (Fr. 4'016.25) hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben. Bei einer weiteren Beteiligung (Nr. 9) belegt der Schuldner zudem, dass er die Forderung ans Konkursgericht bezahlt hat (act. 4/5/4). Insgesamt bestehen beim Beteiligungsamt Winterthur-Stadt damit offene Beteiligungsforderungen von Fr. 11'739.70 und offene Verlustscheine von Fr. 5'203.15.

Insgesamt weist der Schuldner bei beiden Beteiligungsämtern damit – anders als von ihm selbst behauptet – offene Beteiligungen von Fr. 24'659.80 (Fr. 11'739.70 + Fr. 12'920.10) auf, was zuzüglich den beim Beteiligungsamt Winterthur-Stadt bestehenden Verlustscheinen offene Forderungen von Fr. 29'862.95 (Fr. 24'659.80 + Fr. 5'203.15) ergibt.

2.5 Zu seinen finanziellen Verhältnissen reicht der Schuldner zunächst seine Steuerklärung 2015 ein. Danach betrug sein Nettoeinkommen im Jahr 2015 Fr. 82'529.– (act. 4/4), was seinem Reingewinn gemäss Bilanz- und Erfolgsrechnung für das Jahr 2015 entspricht (vgl. act. 4/7 S. 3). Gemäss Erfolgsrechnung 2015 lagen diesem Ergebnis unter anderem Einnahmen von Fr. 1'220'661.80 und Ausgaben für Autoeinkäufe von Fr. 1'044'880.– zugrunde (vgl. act. 4/7 S. 2). Dazu, wie sich die Geschäftszahlen im Geschäftsjahr 2016 bzw. in den ersten Monaten des Jahres 2017 entwickelt haben, macht der Schuldner keine Angaben. Vielmehr reicht er dazu einzig eine Aufstellung über die von ihm in den Monaten Januar 2016 bis Juni 2016 verkauften Autos ins Recht; demnach standen in dieser Zeit Verkäufen von Fr. 724'850.– Einkäufe von Fr. 639'751.– gegenüber (act. 11/3). Wie sich diese Zahlen auf seinen Gewinn für das Jahr 2016 auswirken, legt der Schuldner jedoch weder dar, noch können diesbezüglich aufgrund der dem Gericht vorliegenden Akten Schlüsse gezogen werden. Namentlich belegt der Schuldner hinsichtlich seiner regelmässigen Ausgaben einzig, dass die

Miete seiner Wohnung an der ...strasse in Winterthur Fr. 1'730.– pro Monat beträgt (act. 11/4). Auch dem vom Schuldner eingereichten Kontoauszug für sein Konto bei der Postfinance kann nichts entnommen werden, was auf eine vorhandene Zahlungsfähigkeit des Schuldners schliessen liesse. Zwar können dem Kontoauszug regelmässig grosse Bargeldeinzahlungen entnommen werden, doch wurden auch regelmässig grosse Beträge wieder abgehoben, wobei sich der Saldo immer wieder gegen Null bewegte (vgl. act. 11/5); namentlich wurde eine vom Schuldner am 7. März 2017 vorgenommene Bareinzahlung von Fr. 14'000.–, für welche er der Kammer einen Beleg eingereicht hat (vgl. act. 10), bereits mit Bezügen vom gleichen bzw. nächsten Tag vollständig wieder abgehoben (vgl. act. 11/5). Per 9. März 2017 betrug der Saldo des Kontos Fr. 8'779.90 (act. 11/5 S. 1).

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass der Schuldner in seiner Beschwerdeschrift keine genügenden Ausführungen zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht hat bzw. keine genügenden Unterlagen dazu eingereicht hat. Ob die aktuellen Einnahmen des Schuldners ausreichen, um neben den laufenden Geschäftsausgaben noch die erheblichen Schulden von Fr. 29'862.95 innert nützlicher Frist abzutragen, kann gestützt auf den von ihm vorgetragene Sachverhalt bzw. die von ihm eingereichten Unterlagen nicht beurteilt werden. Damit wurde die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gar nicht erst rechtsgenügend behauptet. Insgesamt ist es dem Schuldner damit aufgrund der unvollständigen bzw. fehlenden Darstellung seiner Vermögenslage nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Da damit seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft ist, sind die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde ist daher abzuweisen.

3. Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreibung eingelei-

tet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Thurgau und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
16. März 2017