

# ZH\_OBERGERICHT PS120221 vom 16. Januar 2013

ZH Obergericht, 2013-01-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS120221](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS120221)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS120221 du 16 janvier 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT PS120221 del 16 gennaio 2013

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil vom 5. November 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Hinwil für eine Forderung von Fr. 2'877.25 nebst 5% Zins seit

### E. 6

Oktober 2011 zuzüglich Fr. 285.-- Nebenforderungen und Fr. 146.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 4). Mit Beschwerde vom 16. November 2012 beantragte dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter kündigte er Ergänzungen zur Beschwerde an (act. 2). Sodann reichte er zahlreiche Beilagen ein und hinterlegte bei der Obergerichtskasse Fr. 6'000.-- (act. 5/1-33, betreffend Hinterlegung act. 5/2). 2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch 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. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294). 3. Zunächst sagte der Schuldner, das Urteil sei ihm am 16. November 2012 zugestellt worden (act. 2 S. 2). In seiner zweiten Eingabe erklärte er hingegen, er habe es nicht abgeholt (act. 11 S. 1), was sich auch mit der Sendungsinformation der Post deckt (act. 6/11 = 12/2). Im Zusammenhang mit gerichtlichen Zustellungen sind – auch nach Inkrafttreten der ZPO – die rechtsgeschäftlichen Regelungen der Post, namentlich deren Allgemeine Geschäftsbedingungen "Postdienstleistungen" (AGB Post) massgeblich (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 138 N 14 f. m.w.H.). Gemäss Zustellnachweis wurde der angefochtene Ent-

- 3 - scheid dem Schuldner am 6. November 2012 zur Abholung gemeldet (act. 6/11 = 12/2). Damit endete die siebentägige Abholfrist am 13. November 2012 (Ziff. 2.3.7 lit. b AGB Post). Die zehntägige Beschwerdefrist begann somit am 14. November 2012 und lief am 23. November 2012 ab. Die am 16. und 23. November 2012 zur Post gegebenen Eingaben erfolgten demnach rechtzeitig. Dass der Schuldner offenbar bereits am 6. November 2012 vom Konkursamt mündlich Kenntnis von der Konkurseröffnung erhielt (act. 2 S. 2), ändert daran nichts. In der Verfügung vom 19. November 2012 wurde festgehalten, dass in der mündlichen Information ebenso wie in einer allfälligen Aushändigung einer Kopie des Urteils durch den Konkursbeamten an den Schuldner keine

förmliche und damit fristauslösende Zustellung des Konkursbescheides liegt. Entsprechend wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises eines Konkurshinderungsgrundes (namentlich betreffend die Sicherstellung der erstinstanzlichen sowie der Kosten des Konkursamtes) sowie der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Da der Schuldner aber Fr. 6'000.-- hinterlegte und sich die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten auf Fr. 3'464.35 beläuft, wurde der Beschwerde trotz des noch ausstehenden Nachweises der Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Ferner wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten angesetzt (act. 7). In seiner Eingabe vom 23. November 2012 benannte der Schuldner für die Kosten der ersten Instanz und des Konkursamtes, von letzterem auf Fr. 2'250.-- festgesetzt (act. 12/3), den hinterlegten Betrag von Fr. 6'000.-- (act. 11 S. 2). Die Fr. 6'000.-- vermögen diese Kosten sowie die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten von insgesamt Fr. 3'464.35 denn auch zu decken. Der Vorschuss ging schliesslich rechtzeitig bei der Gerichtskasse ein (act. 12/4). 4. Überdies hat der Schuldner 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 lau-

- 4 - fenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch 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 seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. 5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der vorgelegten – allerdings unvollständigen – Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes C. \_\_\_\_\_ (act. 5/20) wurden in der Zeit vom 4. August 2010 bis 31. Oktober 2012 nicht weniger als 96 Beteiligungen eingeleitet, wovon 27 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in 13 Fällen die Konkursandrohung erfolgte sowie in 15 weiteren eine Lohnpfändung bzw. eine Pfändung mit ungenügender Deckung und eine Lohnpfändung laufen, lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die Forderung aus der dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Beteiligung Nr. ... inzwischen bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Damit sind gegenwärtig noch 68 Beteiligungen von fast Fr. 290'000.-- offen. Im Beschwerdeverfahren reichte der Schuldner Zahlungsbelege für die Beteiligungen Nr. ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... und ... im Umfang von knapp Fr. 15'000.-- ein (act. 2 S. 9 ff., act. 5/24-25, act. 5/29-30, 5/32-33). Dabei hat er soweit ersichtlich grösstenteils auch die Kosten, nicht hingegen die Zinsen beglichen. Zu seinen Gunsten dürfen diese Beteiligungen dennoch als erledigt betrachtet werden, zumal die jeweiligen Gläubiger offenbar nichts weiter unternommen haben. Gleich ist mit der Beteiligung Nr. ... zu verfahren: Diese Forderung wurde – ebenfalls ohne Zinsen und Kosten – bezahlt, worauf das Friedensrichteram C. \_\_\_\_\_ sein Verfahren zufolge Klageanerkennung

abschrieb (act. 12/11-12). Auch in den Betreibungen Nr. ... und ... macht

- 5 - der Schuldner vollständige Tilgung geltend. Obwohl diese aus den eingereichten Unterlagen – ein Kontoauszug mit drei Teilzahlungen bzw. eine am Bezirksgericht Hinwil am 27. Oktober 2011 abgeschlossene Vereinbarung (act. 12/9-10) – nicht klar hervorgeht, darf sie im Rahmen der Glaubhaftmachung angenommen werden. Ebenso rechtfertigt es sich, die Betreibungen Nr. ... und ... ausser Acht zu lassen, da die betreffenden Gläubiger ihr Rechtsöffnungs- bzw. Konkursbegehren zurückzogen (act. 5/31, act. 12/17). In der Betreibung Nr. ... wurde das zurückge- zogene Konkursbegehren hingegen erneuert, handelt es sich doch hier um die hinterlegte Konkursforderung (act. 12/16). Betreffend die Betreibung Nr. ... von Rechtsanwalt D.\_\_\_\_\_ bestätigte dessen Sekretariat nach der Bezahlung von Fr. 6'000.-- einen offenen Restbetrag von Fr. 2'355.05 (act. 5/22-23), den RA D.\_\_\_\_\_ offenbar erneut betrieb (Betreibung Nr. ...). Damit können Fr. 8'355.05 in Abzug gebracht werden. In den Betreibungen Nr. ..., ..., ..., ..., ..., ... und ... sind weitere Teilzahlungen von insgesamt rund Fr. 17'600.-- zu berücksichtigen (act. 5/27, act. 12/7-8, 12/13-14, act. 5/21), selbst wenn sich auch hier nicht alle Zahlungen unbesehen den entsprechenden Betreibungen zuordnen lassen. Die übrigen in den Kontoauszügen des Betreibungsamtes aufgeführten Teilzahlungen (act. 5/21) sind mit Ausnahme der Betreibung Nr. ... der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, auf die nachfolgend eingegangen wird, im Betreibungsregisterauszug bereits berücksichtigt. Die Sozialversicherungsanstalt setzte ihre Forderungen offenbar mehrfach in Betreibung: So umfassen die Betreibungen Nr. ... und ... sowie die Betreibungen Nr. ... und ... jeweils die gleiche Beitragsperiode (1. Juli bis 30. September 2010 und 1. Oktober bis 31. Dezember 2010), wie sich aus den Zahlungsbefehlen ergibt. Zusätzlich sind diese Betreffnisse im der Betreibung Nr. ... zugrunde liegenden Gesamtbeitrag für das Jahr 2010 enthalten, weshalb Fr. 9'314.60 abzuziehen sind (act. 12/15). Selbst wenn man schliesslich in den Betreibungen Nr. ... und ... vollständige Zahlung annimmt – worauf anhand der vorgelegten Belegen wiederum nicht ohne weiteres geschlossen werden kann (act. 5/26 und /28) – verbleiben gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von mindestens rund Fr. 217'400.--. Anzumerken ist, dass die erste Seite des Betreibungsregisterauszugs nicht eingereicht wurde. Somit ist weder der genaue abgedeckte Zeitraum ersichtlich noch lässt sich die

- 6 - Behauptung des Schuldners verifizieren, es seien noch nie Verlustscheine ausgestellt worden (act. 2 S. 9). b) Der Schuldner reichte weder eine Debitoren- noch eine Kreditorenliste ein. Dem Jahresabschluss per 31. Dezember 2010 sowie den erst provisorischen Abschlüssen per 31. Dezember 2011 und 31. Oktober 2012 kommt mangels Aktualität bzw. Verbindlichkeit nur beschränkte Aussagekraft zu (act. 5/3-4, act. 5/6-

## **E. 7**

und 5/9). Dies gilt insbesondere für den Zwischenabschluss, da hier nach Aussagen der Buchhalterin noch keine Anpassungen der Bestände, Debitoren, Vorräte, Kreditoren, Abgrenzungen etc., mithin der hier interessierenden Positionen vorgenommen wurden (act. 5/9). Das Ende 2011 aufgeführte kurzfristige Fremdkapital (Kreditoren, Mehrwertsteuerschulden und transitorische Passiven) dürfte aufgrund der unterschiedlichen Stichtage von Betreibungsregisterauszug und Bilanz nicht zusätzlich zu den bereits erwähnten Ausständen anfallen. In Anbetracht des erst vorläufigen Abschlusses ist aber nicht auszuschliessen, dass nebst den betriebenen noch andere Verbindlichkeiten bestehen. Der Schuldner hat somit Verpflichtungen von wenigstens Fr. 217'400.--. Demgegenüber

macht er per Ende Oktober 2012 Debitoren von Fr. 183'000.-- geltend (act. 2 S. 8, act. 5/15), wovon er im Oktober und November 2012 rund Fr. 100'000.-- fakturierte (act. 5/13-14, 5/16 und 12/6). Es ist glaubhaft, dass diese Zahlungen in absehbarer Zeit eingehen werden. Bei den verbleibenden Fr. 83'000.-- handelt es sich indes um eine reine Behauptung, sind sie doch weder durch ausgestellte Rechnungen noch zumindest durch eine Liste mit den einzelnen Schuldnern, dem Alter der Forderungen und deren Fälligkeit untermauert. Berücksichtigt man im Abschluss 2011 zugunsten des Schuldners nebst den Debitoren die Mehrwertsteuerguthaben und die transitorischen Aktiven, ergibt sich zwar knapp der behauptete Betrag von Fr. 183'000.--. Daraus ohne weitere sachdienliche Unterlagen auf konkrete und einbringliche Debitoren in dieser Höhe per Ende Oktober 2012 zu schliessen, geht indes auch beim Massstab des blossen Glaubhaftmachens zu weit. Ebenso wenig kann die Position "Angefangene Arbeiten" in Höhe von Fr. 5'750.-- berücksichtigt werden, da nähere Angaben hierzu gänzlich fehlen; namentlich ist unklar, ob bzw. in welcher Höhe der Materialaufwand in den Kreditoren bereits enthalten ist. Der Schuldner unterliess es sodann, aktuelle Kontoauszüge einzureichen. En-

- 7 - de 2011 wiesen sein Kassabestand sowie die Bankguthaben einen Negativsaldo von ca. Fr. 18'900.-- aus (act. 5/6). Dass die Posten in der Bilanz per 31. Oktober 2012 nunmehr rund Fr. 6'000.-- betragen, ist ohne Belang, da gemäss der Buchhalterin die Barauslagen-Belege noch nicht verbucht und wie erwähnt auch die weiteren Anpassungen noch pendent sind (act. 5/9). Auch das aufgeführte Anlagevermögen (Warenlager, Büromaterial/EDV, Geschäftsfahrzeug und Werkzeuge/Messgeräte) ist im Rahmen der Liquiditätsprüfung unbeachtlich, da es für den Betrieb wohl grösstenteils erforderlich ist und zudem kaum einen kurzfristig realisierbaren Wert darstellt. Schliesslich verwies der Schuldner auf seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem von ihm bewohnten Einfamilienhaus. Die andere Hälfte gehöre seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau. Falls er seine Schulden mit den erzielten Einkünften nicht innert kurzer Zeit abbauen könne, werde er seinen Anteil verkaufen und die Gläubiger aus dem Erlös befriedigen (act. 2 S. 5 und 9, act. 12/5). Die Liegenschaft ist mit Fr. 785'000.-- belastet, was gegenwärtig einen monatlichen Hypothekarzins von ca. Fr. 1'635.-- bedeutet (act. 5/17-18). Im Jahr 2003 wurde sie auf Fr. 1'070'000.-- geschätzt (act. 5/19). Den Vorbringen des Schuldners ist entgegenzuhalten, dass die Veräusserung eines nicht ausgeschiedenen Miteigentumsanteils (es ist kein Stockwerkeigentum) innert nützlicher Frist – selbst wenn sein Wert inzwischen gestiegen sein dürfte – unrealistisch erscheint, es sei denn, es handle sich um ein Renditeobjekt, was hier nicht angenommen werden kann. Ebenfalls ist eine Beschaffung liquider Mittel durch die Erhöhung der Hypothek angesichts der bestehenden Belehnung und der eingeleiteten Beteiligungen unwahrscheinlich. Demzufolge darf von Debitoren in Höhe von Fr. 100'000.-- ausgegangen werden, während keine flüssigen Mittel und weitere verwertbaren Vermögensgegenstände glaubhaft gemacht sind. Damit vermögen die Debitoren die Verbindlichkeiten nicht einmal zur Hälfte zu decken. Stellt man gestützt auf den Abschluss 2011 dem Fremdkapital (Fr. 331'181.48) die Aktiven (Fr. 176'835.99) gegenüber, so ergibt sich ebenfalls keine Deckung. Gleiches gilt für das Vorjahr und den Zwischenabschluss. Es liegt somit eine Überschuldung vor. Sollte das Gesamtvermögen unter Berücksichtigung des Miteigentumsanteils nicht überschuldet sein, so wäre dies unerheblich (vgl. nachstehend).

- 8 - Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachkommen zu können sowie

seine Schulden in absehbarer Zeit abzutragen, als nicht glaubhaft. Sein Hinweis auf die Fortführung der mehrjährigen Zusammenarbeit mit seiner Hauptkundin, der Firma E. \_\_\_\_\_, sowie den durch diese in Aussicht gestellten Umsatz von Fr. 500'000.-- bis Fr. 700'000.-- im Jahr 2013 ist unbehelflich (act. 2 S. 7, act. 5/11). Einerseits liegen keinerlei Angaben zur Kostenseite bzw. zum hieraus erwarteten Gewinn vor, andererseits vermochte der Schuldner ungeachtet dieser bereits seit längerem bestehenden Kooperation und Zahlungseingängen der Firma E. \_\_\_\_\_ von Fr. 239'803.10 von Anfang Januar bis Ende Oktober 2012 (act. 5/10) seine Finanzen nicht wesentlich zu sanieren. Im Übrigen kann im entsprechenden Schreiben der Firma E. \_\_\_\_\_ kaum eine verbindliche Zusage erblickt werden. Daran ändert nichts, dass die wirtschaftlichen Probleme des Schuldners wohl auch auf persönliche und gesundheitliche Schwierigkeiten zurückzuführen sind, die zu einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit sowie einer massiven Vernachlässigung der administrativen Belange geführt haben (act. 2 S. 5 f.). So legt der Schuldner nicht dar, wie er die prognostizierte massive Umsatzsteigerung mit der Firma E. \_\_\_\_\_ – daneben rechnet er mit weiteren Aufträgen – auch bei der erwarteten Verbesserung seines Gesundheitszustandes und damit verbundenen Steigerung der Arbeitsfähigkeit (act. 5/8) bewältigen will und ob hierzu Änderungen namentlich in personeller Hinsicht nötig sind, was sich wiederum auf die Kosten auswirken würde. In den Jahren 2010 und 2011 erzielte er einen Umsatz von ca. Fr. 507'600.-- bzw. Fr. 573'100.-- (act. 5/4 und /7). 2012 zeichnet sich wohl aufgrund der erwähnten gesundheitlichen Probleme ein Einbruch um 36% ab, was bei Hochrechnung auf zwölf Monate einen Umsatz von nur noch Fr. 366'500.-- ergibt (act. 5/9). 2010 wies die Erfolgsrechnung einen Gewinn von rund Fr. 77'700.-- aus. Weshalb in der Bilanz Fr. 87'600.-- erscheinen, ist nicht nachvollziehbar. Im Folgejahr resultierte ein solcher von ca. Fr. 107'700.-- bzw. nach Abzug der noch nicht berücksichtigten Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 95'000.-- (act. 2 S. 6). Der für die ersten 10 Monate des Jahres 2012 bilanzierte Gewinn von ca. Fr. 128'000.-- ist dagegen nicht aussagekräftig, fehlen doch hier wie dargelegt die Verbuchung der Barauslagen sowie diverse Anpassungen.

- 9 - Ein deutlich höherer Gewinn bei reduzierter Arbeitstätigkeit und einem um mehr als einen Drittel geringeren Umsatz erscheint denn auch nicht ohne weiteres plausibel. Dies zeigt nur schon folgende Überlegung: Könnte der Schuldner mit der Firma E. \_\_\_\_\_ tatsächlich einen Umsatz von immerhin Fr. 700'000.-- und einen Gewinn im bisherigen Rahmen von rund 15% bis 18% des Umsatzes erwirtschaften, so würde letzterer Fr. 126'000.-- betragen. Obwohl zu seinen Lebenshaltungskosten keine Angaben vorliegen, erscheint selbst bei gesteigertem Gewinn nicht glaubhaft, dass er nebst der Bestreitung des Unterhalts für eine fünfköpfige Familie (das getrennte Ehepaar hat drei unmündige Kinder) und seinen weiteren Verpflichtungen einen namhaften Betrag zur Schuldentilgung heranziehen und damit seine Altlasten innert nützlicher Frist bereinigen kann (act. 2 S. 4 f.). Gegen eine Verbesserung seiner wirtschaftlichen Lage spricht nicht zuletzt, dass viele Beteiligungen in Raten oder nur teilweise beglichen wurden und die Zahlungen zu einem Grossteil in den Jahren 2010 und 2011 und nicht etwa im Hinblick auf das vorliegende Beschwerdeverfahren erfolgten. Zusammenfassend kann damit nicht davon ausgegangen werden, der Schuldner befinde sich bloss in einem vorübergehenden Liquiditätseingpass. Er vermochte mithin seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb seine Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen. 6. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen. Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.