

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 26. Januar 2022

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 3. Januar 2022 (EK210386)

Erwägungen:

1.1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach eröffnete mit Urteil vom 3. Januar 2022 über den Schuldner den Konkurs für eine Forderung von Fr. 7'176.85 nebst Zins zu 5 % seit 3. April 2020 auf Fr. 6'002.45 sowie Fr. 100.– Umtriebsspesen, Fr. 300.– Mahnspesen und Fr. 240.60 Betreuungskosten (vgl. act. 3). Mit Beschwerde vom 11. Januar 2022 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Mit Verfügung vom 12. Januar 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert, der Schuldner darauf aufmerksam gemacht, welche Unterlagen noch einzureichen sind, und ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 8).

1.2. Am 14. Januar 2022 hinterlegte der Schuldner die noch offenen Zinsen bei der Obergerichtskasse und leistete den einverlangten Kostenvorschuss (act. 11). Mit Eingabe vom 21. Januar 2022 (hierorts eingegangen am 24. Januar 2022) reichte er weitere Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit ein (act. 12; act. 13/1-10).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 6/1–28). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist *abschliessend zu begründen*. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 139 III 491).

2.2. Zunächst ist die Rechtzeitigkeit der zweiten Eingabe des Schuldners zu prüfen. Der angefochtene Entscheid wurde am 5. Januar 2022 im kantonalen Amtsblatt publiziert (act. 28). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann demnach am da-

rauffolgenden Tag und endete (unter Berücksichtigung des Wochenendes) am 17. Januar 2022 (Art. 141 Abs. 2 und 142 Abs. 1 ZPO). Die Eingabe des Schuldners wurde am 21. Januar 2022 der Post übergeben (act. 12). Die Rechtsmittelfrist ist damit nicht gewahrt (Art. 143 Abs. 1 ZPO).

2.3. Voraussetzung für den Beginn der Rechtsmittelfrist ist indes, dass die Publikation des vorinstanzlichen Urteils rechtmässig erfolgte. Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt (sog. Ediktalzustellung) erfolgen, wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichts kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Die Ediktalzustellung ist subsidiärer Natur und als ultima ratio nur zulässig, wenn eine förmliche Zustellung nach Art. 137 ff. ZPO gescheitert oder von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. Vorliegend interessiert vor allem die Anwendbarkeit von Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO. Von der Unmöglichkeit einer Zustellung darf in der Regel erst ausgegangen werden, wenn ausreichende Versuche des Gerichts tatsächlich gescheitert sind, beispielsweise wenn der Zustellungsempfänger eine Zustellung vereitelt, indem er weder die eingeschriebene Postsendung abholt, noch zuhause persönlich angegriffen werden kann (KUKO ZPO-Weber, 3. Auflage 2021, Art. 141 N 2; Lukas Huber, DIKE-Komm ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 141 N 12 f.; BSK ZPO-Gschwend, 3. Auflage 2017, Art. 141 N 3). Gemäss konstanter Praxis der Kammer braucht es bei bekannter Adresse drei formelle Versuche auf zwei verschiedenen Wegen, damit von einer Unmöglichkeit der Zustellung ausgegangen werden darf (vgl. OGerZH PF200090 vom 23. Dezember 2020, E. 4.2, OGerZH PF190001 vom 14. Februar 2019, E. 3.2, OGerZH LF160059 vom 22. Dezember 2016, E. 5a, je m.w.H.). Auch die Unzumutbarkeit der ordentlichen Zustellung, also wenn diese mit ausserordentlichen zeitlichen, personellen oder finanziellen Umständen verbunden wäre, muss sich konkret abzeichnen. Immerhin darf sich das Gericht in beiden Fällen auf allgemein- oder gerichtsnotorische Tatsachen stützen (vgl. OGer ZH PF150044 vom 2. September 2015 E. 3.3. m.w.H.).

2.4. Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich bereits die Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung an den Schuldner als schwierig erwies. Die eingeschriebene Postsendung holte der Schuldner nicht ab (act. 11), woraufhin die Zustellung via Gemeindeammannamt versucht wurde (act. 12). Obwohl der Schuldner dem Gemeindeammannamt telefonisch in Aussicht stellte, die Vorladung abzuholen, tat er dies nicht und er konnte auch vor Ort nicht angetroffen werden (act. 13). Daraufhin wurde erneut vorgeladen und versucht, die Vorladung dem Schuldner zuzustellen (act. 14; act. 16). Das Gemeindeammannamt verschickte am 13. Oktober, 19. Oktober und 25. Oktober 2021 schriftliche Abholaufforderungen an den Schuldner. Am 1. November 2021 erfolgte eine Anzeige per SMS, am 10. und 12. November 2021 wurden mit dem Schuldner telefonisch Abholtermine vereinbart, welche er in der Folge nicht wahrnahm. Am 15. November 2021 wurden am Wohnort des Schuldners und in dessen Stammlokal weitere Zustellversuche durch das Gemeindeammannamt unternommen (act. 20). Da auch diese Zustellversuche erfolglos blieben, wurde die Vorladung schliesslich im kantonalen Amtsblatt publiziert (vgl. act. 23). Wie gezeigt, haben weit mehr als drei Zustellversuche auf zwei verschiedenen Wegen stattgefunden, weshalb die Vorinstanz die Vorladung in der Folge gestützt auf Art. 141 Abs. 1 lit. b ZPO zu Recht publizierte.

Da die Publikation der Verfügung im Amtsblatt des Kantons Zürichs somit rechtmässig erfolgt war, erfolgte auch die Publikation des Urteils vom 3. Januar 2022 im Amtsblatt des Kantons Zürich rechtmässig, nachdem aufgrund der zahlreichen bereits gescheiterten Zustellungsversuche davon auszugehen war, eine Zustellung sei auch weiterhin nur erschwert bis gar nicht möglich (vgl. OGerZH LF190056 vom 16. Oktober 2019, E. III./4). Der Schuldner unterlässt es im Übrigen bis heute, Postsendungen entgegen zu nehmen (vgl. act. 9/1). Die Eingabe des Schuldners vom 21. Januar 2022 ist damit verspätet. Selbst wenn sie berücksichtigt werden könnte, würde dies nicht zu einer anderen Beurteilung führen, wie nachfolgend gezeigt wird.

3.1. Der Schuldner belegt mittels Bestätigung des Konkursamtes Embrach, bei diesem die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt zu haben (act. 3/1). Weiter weist er mittels

Zahlungsbeleg nach, beim Obergericht am 11. Januar 2022 Fr. 8'300.– hinterlegt zu haben. In diesem Betrag ist indes nur ein Teil der Zinsen von 5% seit 3. April 2020 auf Fr. 6'002.45 enthalten. Die bis zur Konkursöffnung aufgelaufene Höhe der Zinsen beträgt Fr. 526.25, womit eine Konkursforderung in der Höhe von total Fr. 8'343.70 (Fr. 7'176.85 + Fr. 526.25 + Fr. 640.60 [Total Spesen und Kosten]) resultiert. Da der Schuldner innert Frist nicht mit Urkunden belegt, auch die Zinsen hinterlegt zu haben, ist kein Konkursaufhebungsgrund nachgewiesen. Die Beschwerde wäre bereits aus diesem Grund abzuweisen.

Eine interne Anfrage bei der Obergerichtskasse ergibt indes, dass der Schuldner am 14. Januar 2022 Fr. 795.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 11). Verspätet reicht der Schuldner auch einen entsprechenden Zahlungsbeleg ein (vgl. act. 13/6). Diese Zahlung dürfte einerseits den einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 750.– betreffen sowie die noch offenen Zinsen. Damit wäre die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten hinterlegt. Vor diesem Hintergrund wird der Vollständigkeit halber die Zahlungsfähigkeit des Schuldners überprüft.

3.2. Für die Aufhebung des Konkurses muss der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er 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 erhält, diese 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 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 schon bestehenden Schulden abtragen können wird (vgl. OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.3. Der Schuldner führt aus, seine finanzielle Situation sei in den letzten zwei-einhalb Jahren nicht so gut gewesen. Er habe sich vor drei Jahren selbstständig gemacht. Im November 2019 habe er einen Unfall gehabt und sei für sechs Monate arbeitsunfähig gewesen. Er sei nicht korrekt versichert gewesen und habe daher einen Lohnausfall für diese Zeit gehabt. Danach sei die Pandemie gekommen und habe zur Kurzarbeit geführt. Er habe sämtliche Betriebskosten aus dem Privatvermögen finanzieren und einen Covid-Kredit aufnehmen müssen. Im Jahr 2020 habe er die Möglichkeit erhalten, mit seinem jetzigen Geschäftspartner eine GmbH zu gründen. Da er immer noch Schulden gehabt habe, habe er versucht mit dem Betreibungsamt eine Lösung zu finden. Die Ratenzahlung sei indes abgelehnt worden. Nach diesem Gespräch habe er die Übersicht über seine Schulden-situation verloren. Im Oktober 2021 habe er sich eine Buchhalterin geholt, welche ihm wieder den Überblick über die ausstehenden Schulden verschafft habe. Bevor er den Versuch habe starten können, die Schulden zu begleichen, sei aber das Gerichtsurteil gekommen. Er versuche seine Schulden abzubezahlen, damit er so schnell wie möglich schuldenfrei sei (act. 4/3).

3.4.1. Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Vorliegend weist der (verspätet) eingereichte zehnteilige Betreibungsregisterauszug des Schuldners seit Januar 2017 108 Einträge auf. Entgegen den Ausführungen des Schuldners zeigt der Betreibungsregisterauszug, dass seine finanzielle Situation bereits seit mehr als zweieinhalb Jahren, nämlich ganzen fünf Jahren, "nicht so gut" ist. Lässt man die nun hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind von den 108 Einträgen noch 38 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 65'921.15 offen. Davon befinden sich 17 Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 24'209.85 im Stadium der Konkursandrohung und drei weitere Betreibungen über total Fr. 1'321.80 im Stadium der Konkurseröffnung. Weitere 12 Betreibungen über Fr. 14'916.– be-

finden sich im Stadium der Pfändung. Zudem bestehen 24 Verlustscheine über einen Gesamtbetrag von Fr. 36'890.50 (vgl. act. 13/10).

3.4.2. Zu den einzelnen offenen Betreibungen macht der Schuldner keinerlei Ausführungen. Es ist damit von offenen Betreibungsschulden in der Höhe von Fr. 65'921.15 auszugehen. Wie bereits dargelegt, müsste der Schuldner, um seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen zu können, insbesondere die aktuell dringendsten Verpflichtungen – namentlich die sich im Stadium der Konkursandrohung und -eröffnung befindlichen Forderungen (Fr. 24'209.85 + Fr. 1'321.80) – bedienen können. Sofort und konkret verfügbare Mittel zur Tilgung dieser Schulden werden indes weder geltend gemacht, noch sind solche ersichtlich. Der Schuldner reichte vielmehr eine Kontoübersicht ein, aus der ein Negativsaldo von Fr. 35'929.87 hervorgeht (act. 13/4). Ansonsten bringt er zwar vor, die GmbH würde ihm einen Kredit gewähren, damit er seine Schulden begleichen könne bzw. die andere Option sei, dass ihm "ein Freund" falls nötig einen Kredit geben könnte (act. 4/4). Er macht indes weder Ausführungen zur Höhe der Kredite noch behauptet er, dass ihm das Geld bereits jetzt, mithin sofort und konkret, zur Verfügung stünde. Auch bleiben seine Ausführungen völlig unbelegt, insbesondere reicht er keinerlei Zusicherungen oder Kreditversprechen ein. Sofort und konkret verfügbare Mittel zur Tilgung der aktuell dringendsten Verpflichtungen sind nach dem Gesagten nicht glaubhaft gemacht.

Doch selbst wenn zu Gunsten des Schuldners davon ausgegangen würde, dass es ihm mittels eines Kredits gelingen würde, die aktuell dringendsten Verpflichtungen zu erfüllen, wäre aufgrund seiner Ausführungen nicht glaubhaft gemacht, dass er innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die übrigen bestehenden Schulden abtragen könnte. So geht der Schuldner zwar davon aus, dass ihm aufgrund seiner Anstellung monatlich Fr. 1'300.– sowie eine vierteljährliche Umsatzbeteiligung zur Schuldentilgung zur Verfügung stünden. Einerseits bleiben auch diese Ausführungen unbelegt, andererseits ist die Berechnung wenig nachvollziehbar. So geht der Schuldner von (unbelegten) monatlichen Ausgaben für Miete, Mobilabo, Lebensmittel, Strom und Krankenkasse von Fr. 2'637.– aus (act. 13/2). Wie ihm bei einem *Bruttolohn* von

Fr. 4'000.– (act. 4/5) monatlich Fr. 1'300.– zur Schuldentilgung zur Verfügung stehen sollten, legt er indes nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Ohnehin rechnet der Schuldner mit Ausgaben von nur Fr. 650.– für Nahrungsmittel und Strom, obwohl der betreibungsrechtliche Grundbetrag nicht ohne Grund Fr. 1'200.– beträgt. Völlig unbekannt ist sodann, wie hoch die behauptete – und durch nichts belegte – vierteljährliche Umsatzbeteiligung sein soll. Und selbst wenn zu Gunsten des Schuldners davon ausgegangen würde, dass ihm neben seinen Lebenshaltungskosten monatlich Fr. 1'300.– zur Schuldentilgung zur Verfügung stünden, gelänge es dem Schuldner nicht, die bestehenden Schulden von Fr. 40'389.50 (Fr. 65'921.15 abzüglich vermeintlich durch Kredit gedeckte dringendste Verbindlichkeiten von Fr. 25'531.65) innert längstens zwei Jahren abzutragen. Der Schuldner vermag seine Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG folglich nicht glaubhaft zu machen. Die Beschwerde wäre daher auch aus diesem Grund abzuweisen.

3.5. Abschliessend ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach frühestens nach Ende der Eingabefrist (vgl. 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 beglichen sind (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

4. 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 erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von total Fr. 8'345.– (Fr. 8'300.– + Fr. 45.–) an das Konkursamt Embrach zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Embrach, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Embrachertal, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
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 J. Camelin-Nagel

versandt am:
27. Januar 2022