

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130011-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti
Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Oswald.

Urteil vom 14. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 17. Januar 2013 (EK122036)

Erwägungen:

I.

1. Das Konkursgericht ist gehalten, bei der Behandlung des Konkursbegehrens auch die Konkursfähigkeit des Betriebenen zu prüfen (BGE 135 III 14 E. 5.4; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. Auflage 1993, § 37 Rz. 31 S. 83). Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) führte aus, dass er im Handelsregister in seiner Eigenschaft als geschäftsführendes Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, d.h. der AZ. _____ GmbH, eingetragen sei und deshalb gemäss Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG der Konkursbetreibung unterliege (act. 2 S. 2). Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG wurde jedoch mit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Revision des Obligationenrechts vom 16. Dezember 2005, welche das GmbH-Recht sowie einzelne Teile des Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrechts betrifft, aufgehoben. Der Schuldner war aber als Inhaber einer Einzelfirma, welche am 28. August 2012 gelöscht wurde, im Handelsregister eingetragen (act. 10). Gemäss Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG wird die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt, wenn der Schuldner als Inhaber einer Einzelfirma im Handelsregister eingetragen ist. Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren, unterliegen, nachdem die Streichung durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekanntgemacht worden ist, noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Art. 40 Abs. 1 SchKG). Da die Gläubigerin vor Ablauf dieser Frist, welche bis am 28. Februar 2013 dauert, das Fortsetzungsbegehren stellte, wurde die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt (Art. 40 Abs. 2 SchKG; vgl. act. 7/3).

2. Mit Urteil vom 17. Januar 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 678.60 nebst Zins zu 5 % seit 2. März 2012 zuzüglich Dossiereröffnungs-, Mahn und Zustellkosten von Fr. 306.– und Betreuungskosten

von Fr. 86.– abzüglich Teilzahlungen von Fr. 592.– (act. 3 = act. 6). Der Schuldner beantragte mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 28. Januar 2013 die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2).

3. Mit Verfügung vom 29. Januar 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

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, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursgründe 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. Der Schuldner hat in Wahrung der Beschwerdefrist die Konkursforderung von Fr. 678.90 samt Fr. 30.75 Zins (vom 2. März 2012 bis 28. Januar 2013) sowie Fr. 86.– Betreibungskosten und Fr. 306.– Dossiereröffnungs-, Mahn- und Zustellkosten, abzüglich Fr. 592.– Teilzahlungen, total Fr. 509.35 hinterlegt. Er hat am 28. Januar 2013 mit Posteinzahlung bei der Obergerichtskasse den Betrag von Fr. 1'259.35 einbezahlt, womit neben den erwähnten Fr. 509.35 auch die

Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens in der Höhe von Fr. 750.– sichergestellt sind (act. 4/3).

Ferner hat der Schuldner innert Beschwerdefrist mit einer Einzahlung von Fr. 1'300.– beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens inkl. die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (Fr. 400.–) sichergestellt (act. 4/4).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (Hinterlegung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 6).

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Beteiligungsregisterauszug des Schuldners vom 22. Januar 2013 über die Periode vom 1. Januar 2011 (Zuzug am 10. März 2012) bis 22. Januar 2013 (Beteiligungsamt C. _____) weist acht Beteiligungen mit der Totalsumme von Fr. 11'414.30 aus (act. 4/5). Bezüglich der Beteiligungen Nr.,,,, ... und ... im Gesamtbetrag von Fr. 7'288.25 gibt der Schuldner an, er anerkenne diese Forderungen und habe diese beim Beteiligungsamt auch einzahlen wollen, dies aber aufgrund der erfolgten Konkursöffnung nicht mehr tun dürfen. Die Forderungen, die sich inzwi-

schen auf total Fr. 7'907.65 belaufen würden (act. 4/6), werde er mit den von der D._____ AG zur Verfügung gestellten Fr. 12'000.– zurückbezahlen können (act. 2 S. 3 f.). Aus den Akten ergibt sich, dass der Schuldner von der D._____ AG am 28. Januar 2013 ein Darlehen in der Höhe von Fr. 12'000.– erhalten hat (act. 4/7, act. 4/7a), womit er die Möglichkeit der Begleichung dieser Forderungen glaubhaft gemacht hat. Die Forderung der B._____ AG in der Höhe von Fr. 984.60 (Betreibung Nr. ...) hat der Schuldner sodann teilweise bereits bezahlt und im Übrigen - wie bereits erwähnt - bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 4/3, act. 7/2). Eine weitere Betreibung (Nr. ...) für eine Forderung des Steueramts E._____ in der Höhe von Fr. 3'141.45 wurde infolge vollständiger Befriedigung am 6. November 2012 erledigt (act. 2 S. 4, act. 4/5 S. 2).

Ein weiterer Betreibungsregisterauszug des Schuldners vom 24. Januar 2013 über den Zeitraum 1. September 2009 bis 10. März 2012 (Betreibungsamt F._____) weist elf Betreibungen mit der Totalsumme von Fr. 15'308.50 aus (act. 4/8). Der Schuldner gibt an, die Forderungen gemäss den Betreibungen Nr. ..., ..., ..., ... und ... durch Zahlungen (insgesamt Fr. 3'484.70) getilgt zu haben (act. 2 S. 4), was durch den Betreibungsregisterauszug bestätigt wird (act. 4/8 S. 2). Die Betreibung Nr. ... entspricht der Betreibung Nr. ... des Betreibungsregisterauszugs des Betreibungsamts C._____ (act. 4/5 S. 2) und soll - wie bereits erwähnt - mit dem Darlehen der D._____ AG bezahlt werden (act. 2 S. 4). Im Weiteren entspricht die Betreibung Nr. ... der Betreibung Nr. ... des Betreibungsregisterauszugs des Betreibungsamts C._____ (act. 4/5 S. 2), welche - wie erwähnt - bereits erledigt wurde. Der Schuldner macht sodann geltend, betreffend die Forderung der Schweizerischen Eidgenossenschaft in der Höhe von Fr. 6'000.– (Betreibung Nr. ...) mit der Gläubigerin eine Abzahlungsvereinbarung abgeschlossen zu haben, weshalb die Forderung Mitte September 2013 vollumfänglich zurückbezahlt sein werde (act. 2 S. 4). Die Zahlungsvereinbarung, wonach der Schuldner bis Mitte September 2013 monatlich Fr. 300.– zurückbezahlen muss, ist mit act. 4/9 belegt. Bezüglich der Forderung der G._____ AG in der Höhe von Fr. 150.– (Betreibung Nr. ...) führte der Schuldner aus, seit der Zustellung des Zahlungsbefehls von der Gläubigerin nichts mehr gehört zu haben, den Betrag aber ebenfalls mit dem Darlehen der D._____ AG begleichen zu können (act.

2 S. 4). Die in Betreuung gesetzte Forderung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich in der Höhe von Fr. 1'097.50 (Betreibung Nr. ...) habe er ratenweise und inzwischen vollständig zurückbezahlt (act. 2 S. 4). Dies belegt er mit der Abrechnung der Sozialversicherungsanstalt (act. 4/10) sowie dem Nachweis der Bezahlung des noch offenen Betrags von Fr. 35.25 (act. 4/10a). Ebenso habe er die Forderung des Stadtrichteramts Zürich in der Höhe von Fr. 315.–, für welche eine Abzahlungsvereinbarung bestanden habe, vollständig bezahlt (act. 2 S. 4), was er mit act. 4/16 belegt.

Zusammenfassend wurde der Schuldner in den letzten zwei Jahren zwar 19 mal bzw. 17 mal, da zwei Betreibungen zweimal aufgeführt sind, betrieben, allerdings hat er bereits acht in Betreuung gesetzte Forderungen (in der Höhe von insgesamt Fr. 8'038.65) getilgt und für eine weitere Forderung den noch offenen Betrag (Fr. 509.35) hinterlegt. Dies ist ein Indiz für eine bloss vorübergehende Illiquidität.

Offen sind demnach noch die sechs in Betreuung gesetzten Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 7'288.25 bzw. Fr. 7'907.65 gemäss Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts C._____ sowie die Forderung der G._____ AG in der Höhe von Fr. 150.– gemäss Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts F._____. Der Schuldner hat glaubhaft gemacht, dass er diese Forderungen mit dem Darlehen der D._____ AG von Fr. 12'000.– zu tilgen vermag. Betreffend die Forderung der Schweizerischen Eidgenossenschaft in der Höhe von ursprünglich Fr. 6'000.– (Restbetrag gemäss Angaben des Schuldners Fr. 2'406.–, act. 2 S. 5) hat der Schuldner aufgezeigt, dass er diese bis Mitte September 2013 mit monatlichen Raten von Fr. 300.– begleicht (act. 4/9).

3.2. Nebst den monatlichen Raten von Fr. 300.– an die Schweizerische Eidgenossenschaft (act. 4/9) fallen dem Schuldner Raten von Fr. 265.– pro Monat an die D._____ AG an (act. 4/7). Weiter schuldet der Schuldner der Finanzdirektion des Kantons Zürich für Nach- und Strafsteuern im Steuerjahr 2008 Fr. 3'750.95, welche er gestützt auf eine Abzahlungsvereinbarung bis Ende Oktober 2013 mit monatlichen Raten à Fr. 400.– begleicht (act. 2 S. 5, act. 4/11). Schliesslich hat er H._____ aufgrund eines Darlehens von ursprünglich

Fr. 5'000.– (Restbetrag gemäss Angaben des Schuldners Fr. 3'750.–) bis Ende März 2014 monatlich Fr. 250.– zu bezahlen (act. 2 S. 5, act. 4/12). Dem Schuldner fallen damit monatliche Abzahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. 1'215.– an. Mit dem eingereichten Budget hat der Schuldner glaubhaft gemacht, dass er bei einem Einkommen von Fr. 5'075.– netto pro Monat in der Lage ist, nicht nur seine Lebenshaltungskosten decken, sondern auch die Ratenzahlungen leisten zu können (act. 4/13, act. 4/15).

Aus den Lohnabrechnungen des Schuldners ergibt sich, dass sich seine finanzielle Lage in den letzten Monaten verbesserte. So erhöhte sich sein Brutto-lohn von Fr. 5'188.14 im Oktober 2012 auf Fr. 5'252.96 im November und Dezember 2012 und betrug im Januar 2013 Fr. 5'273.66 (act. 4/15). Der Schuldner führte sodann auch aus, dass er nach der Gründung der GmbH im August 2011 noch wenig bis gar keinen Lohn habe beziehen können, weshalb er mit der Zahlung von Verbindlichkeiten in Verzug geraten sei, was zu Betreibungen geführt habe. Es sei ihm jedoch immer wieder gelungen, Betreibungen zu stoppen bzw. die geforderten Beträge zu bezahlen. Inzwischen laufe das Architekturbüro jedoch so gut, dass es ihm möglich sei, sich einen monatlichen Nettolohn von Fr. 4'625.– bzw. zuzüglich Pauschalspesen und Kinderzulagen insgesamt Fr. 5'075.– auszu-bezahlen (act. 2 S. 3). Diese Ausführungen sind glaubhaft und nachvollziehbar, ist es doch naheliegend, dass ein Unternehmen nicht von Anfang an ein genügendes Einkommen für die Beteiligten abwirft.

3.3 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Konkureröffnung Folge eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses war und nicht von einer dauerhaften Illiquidität des Schuldners auszugehen ist. Daher ist anzunehmen, dass der Schuldner in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen, insbesondere auch den Ratenzahlungen, nachzukommen, und dass er in absehbarer Zeit auch seine offenen Schulden gemäss den Betreibungsregisterauszügen mit Hilfe des von der D._____ AG gewährten Darlehens wird begleichen können. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners kann mithin als glaubhaft erachtet werden.

4. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Schuldner innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung nach Art.

174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachwies als auch seine Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft machte. Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen und der über den Schuldner am 17. Januar 2013, 10.00 Uhr, eröffnete Konkurs aufzuheben.

III.

1. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Der Schuldner hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr - wie erwähnt - beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem vom Schuldner bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Geldbetrag von Fr. 1'259.35 ist nach Abzug der Spruchgebühr für das vorliegende Verfahren im Umfang von Fr. 509.35 der Gläubigerin auszusahlen. Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'700.- (Zahlung des Schuldners: Fr. 1'300.-, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.-) der Gläubigerin Fr. 1'800.- (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Januar 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet.

Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Schuldner auferlegt.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Bargeldbetrag von Fr. 1'259.35 nach Abzug der zweitinstanzlichen Spruchgebühr von Fr. 750.– im Umfang von Fr 509.35 der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt I. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'700.– (Zahlung des Schuldners: Fr. 1'300.–, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.–) der Gläubigerin Fr. 1'800.– (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich und das Konkursamt I. _____, ferner mit besonderer Anzeige an des Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C. _____, 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:

lic. iur. S. Oswald

versandt am: