

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.:

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

## Urteil vom 4. Dezember 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 4. November 2014 (EK140323)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 4. November 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf für eine Forderung von Fr. 1'419.40 nebst Zins zu 5% seit 7. Dezember 2013 zzgl. Fr. 30.-- Mahnspesen, Fr. 95.-- Inkassogebühren sowie Fr. 161.60 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes H.\_\_\_\_\_) über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) den Konkurs (act. 5/5 = act. 3). Das Urteil wurde dem Schuldner am 5. November 2014 zugestellt (act. 5/7/1). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 7. November 2014 (Poststempel, act. 2) inkl. Beilagen (act. 4a-b, act. 4/1-12) beantragte er die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Präsidialverfügung vom 10. November 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 7). Eine Ergänzung der Beschwerdeschrift (act. 9) und weitere Unterlagen (act. 10/1-6) reichte der Schuldner am Montag, 17. November 2014 (Poststempel), und somit innert der Rechtsmittelfrist ein (Art. 142 Abs. 3 ZPO).

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. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes H.\_\_\_\_ vom 6. November 2014 hat der Schuldner die dem Konkurs zugrunde liegende Forde-

zung zzgl. Zinsen, Mahn- und Inkassogebühren sowie Betreuungskosten gleichentags und somit nach der Konkurseröffnung beglichen (act. 4/1). Zudem hinterlegte er am 6. November 2014 beim Konkursamt I. \_\_\_\_\_ Fr. 400.-- in Bar, welche Summe die aufgelaufenen Kosten des Konkursamtes zu decken vermag (act. 4/3), und zahlte gleichentags gemäss Kopie des Empfangsscheins der Poststelle ... zuhanden des erstinstanzlichen Konkursgerichtes Fr. 200.-- ein (act. 4/2 Blatt), welcher Betrag der Spruchgebühr im angefochtenen Urteil (act. 3) entspricht. Zur Deckung des Kostenvorschusses für das zweitinstanzliche Verfahren zahlte der Schuldner sodann am 6. November 2014 bei der Obergerichtskasse den Betrag von Fr. 750.-- ein (act. 4/2).

Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung ist somit ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

4.1 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. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 2 aus dem Register des Betreibungsamtes H. \_\_\_\_\_ vom 7. November 2014 wurden seit April 2010 gegen den Schuldner — ohne die dem vorliegenden Konkurs zugrundeliegende Betreibung — 30 Betreibungen mit einer Forderungssumme von

total ca. Fr. 91'600.-- eingeleitet. Davon wurden – ohne die vorliegende Konkursforderung – Forderungen aus 15 Betreibungen (Nrn. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 und 17) im Umfang von ca. Fr. 52'800.-- durch Zahlung beglichen (act. 4/6). Acht Betreibungen mit einer Forderungssumme von total ca. Fr. 16'800.-- (Nrn. 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 und 25) sind erloschen. Der Schuldner konnte sodann mit Urkunde belegen, dass neben der Konkursforderung der Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin, Betreibungs-Nr. 1) in der Zwischenzeit vier weitere Betreibungsforderungen im Gesamtbetrag von knapp über Fr. 7'900.-- beglichen wurden (Betreibungs-Nrn. 26, 27, 28 und 29), wobei in der Betreibung Nr. 29 ein nicht näher bekannter Restbetrag für Verzugszinsen noch offen ist (act. 10/1-4).

4.2.2 Weiter konnte belegt werden, dass in der Betreibung-Nr. 30 der Gläubigerin C.\_\_\_\_\_ AG, ..., für eine Forderung von Fr. 2'840.25 eine Teilzahlung von Fr. 445.50 erfolgt ist (act. 9 und act. 10/5). Im Restbetrag wird die Forderung mit der Begründung bestritten, dass für diese Importsendung noch eine Gutschrift für belastete prov. Zollgebühren in der Höhe von Fr. 690.-- erfolgen sollte. Die Ware habe zollfrei eingeführt werden können, jedoch habe ein Ursprungszeugnis gefehlt, welches nun nachgereicht worden sei (act. 9 und act. 10/6). Diese unbelegte Behauptung reicht nicht aus, um den Nichtbestand des unbezahlten Teils der Betreibungsforderung glaubhaft darzutun. Die Restforderung der C.\_\_\_\_\_ AG ist daher im gesamten Umfang von Fr. 2'394.75 zu berücksichtigen.

4.2.3 In der Betreibung-Nr. 31 der Ausgleichskasse D.\_\_\_\_\_, ..., im Umfang von Fr. 2'986.80 wurde Rechtsvorschlag erhoben (act. 4/6). Hiezu machte der Schuldner geltend, es handle sich um eine Nachbelastung der AHV, welche auf einer falschen Berechnungsgrundlage erfolgt sei und daher bestritten werden. Die entsprechende Gutschrift sei noch ausstehend (act. 9 und act. 10/6). Allein der Umstand, dass Rechtsvorschlag erhoben wurde, reicht nicht aus, um den Nichtbestand der Forderung glaubhaft zu machen, eben so wenig die mit keinerlei Dokumenten belegte Darstellung des Schuldners. Die Forderung der Ausgleichskasse D.\_\_\_\_\_ ist daher im gesamten Umfang zu berücksichtigen.

4.2.4 Die Forderung von Fr. 8'307.25 in der Betreuung-Nr. 32 (Staat Zürich und Gemeinde ...) hat gemäss Darstellung des Schuldners nicht bezahlt werden können, weil seine Ehefrau noch offene Lohnforderungen für die Monate Oktober und November 2013 in der Höhe von Fr. 16'250.-- gegenüber ihrem ehemaligen Arbeitgeber gehabt habe. Für den Monat Oktober habe sie bereits Rechtsöffnung erhalten, könne die Betreuung jedoch nicht fortsetzen, da die Firma einen Organisationsmangel aufweise. Die Steuerschuld könne mit der Gratifikation seiner Ehefrau per 25. November 2014 beglichen werden (act. 4/a-b und act. 10/6).

Die in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe lebenden Ehegatten haften solidarisch für die Gesamtsteuer. Jeder Gatte haftet jedoch nur für seinen Anteil an der Gesamtsteuer, wenn einer von beiden zahlungsunfähig ist (§ 12 Abs. 1 StG, LS 631.1). Zwar wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet, seiner Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde jedoch aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 7) und wird die Beschwerde – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – gutzuheissen sein. Damit ist die Steuerschuld entgegen der Darstellung des Schuldners nicht zur Hälfte (act. 4/12) sondern im gesamten Umfang zu berücksichtigen.

4.2.5 Nach dem Gesagten sind Betreuungsforderungen im Umfang von knapp Fr. 13'700.-- (zzgl. eines nicht bekannten, wohl aber geringen Restbetrages aus der Betreuung Nr. 29, vgl. Ziff. 4.2.1) zu berücksichtigen.

4.3.1 Der Schuldner macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, die versäumte Zahlungsfrist zwecks Befriedigung der Gläubigerin sei nicht auf seine fehlende Liquidität zurückzuführen, sondern auf den Umstand, dass die Pflege seiner kranken Ehefrau, welche seit Anfang des Jahres an starken Depressionen leide und im September ein Burn-out gehabt habe, ihn derart vereinnahmt habe, dass er wichtige Termine verpasst habe (act. 2). Zur finanziellen Lage des Einzelunternehmens "E. \_\_\_\_\_", dessen Inhaber der Schuldner ist (act. 6) – welcher somit unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen haftet, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung im Unternehmens- oder im Privatbereich entstanden ist –, machte der Schuldner keine Ausführungen. Zum Beleg seiner Zahlungsfähigkeit reichte er neben dem Betreibungsregisterauszug (act. 4/6) zwei aktuelle Kontoauszüge

(act. 4/4-5), eine Zwischenbilanz und Erfolgsrechnung per September 2014 (act. 4/7), eine Debitoren- und Kreditorenliste (act. 4/8a-b), eine Zusammenstellung der Lebenshaltungskosten (act. 4/9) sowie eine mit seiner Mutter geschlossene Unterstützungsvereinbarung ein (act. 4/10).

4.3.2 Die eingereichte provisorischen Bilanz vom 7. November 2014 für die Periode Januar bis September 2014, welche zufolge Unverbindlichkeit nur beschränkt aussagekräftig ist, weist ein Umlaufvermögen von Fr. 42'440.32 (flüssige Mittel Fr. 17'085.81, Forderungen Fr. 23'254.51, Warenvorräte von Fr. 2'100.00) und ein Anlagevermögen von Fr. 22'134.25 (Finanzanlagen Fr. 9'505.55, mobile Sachanlagen Fr. 12'628.70) auf. Sodann figurieren auf der Aktivseite der Bilanz "Aktive Berichtigungsposten" mit den Positionen Bank F. \_\_\_\_\_ Fr. 189.85 und "Privatbezug A. \_\_\_\_\_" Fr. 30'359.08. Das kurzfristige Fremdkapital ist mit Fr. 18'686.19 (Lieferungen und Leistungen Fr. 14'981.63, kurzfristige Verbindlichkeiten 2'204.56, passive Rechnungsabgrenzungen Fr. 1'500.--) und das langfristige Fremdkapital mit Fr. 16'999.85 (= zwei Darlehen) bilanziert. Unter Berücksichtigung des Eigenkapitals von Fr. 2'691.94 wurde ein Gewinn von Fr. 56'745.52 ausgewiesen (act. 4/7). Auffällig ist, dass die – wenn auch provisorische – Bilanz keine Angaben zum Gewinn- oder Verlustvortrag des Vorjahres enthält.

Der Warenertrag für die Periode Januar bis September 2014 betrug gemäss der provisorischen Erfolgsrechnung vom 7. November 2014 Fr. 141'230.59. Die Aufwände sind verbucht mit: Material- und Warenaufwand Fr. 59'040.89, Personalaufwand Fr. 8'767.55 und sonstiger Betriebsaufwand Fr. 16'676.63 (act. 4/7).

Gemäss Vermögensübersicht der F. \_\_\_\_\_ bank ... weisen die beiden auf die Einzelfirma lautenden Konti per 5. November 2014 ein Guthaben von total Fr. 21'910.46 (act. 4/4) und das auf den Schuldner lautende Konto bei der G. \_\_\_\_\_, ..., gemäss Kontoauszug per 31. Oktober 2014 einen Vermögenswert (Optionen) von USD 5'748.39 auf (act. 4/5). Die Debitorenausstände betragen laut Übersicht per 31. Oktober 2014 Fr. 18'201.78. Im Hinblick auf den Zweck der Einzelfirma, Handel mit und Produktion von Spielwaren und Geschenkartikeln (vgl. act. 6), erstaunt, dass es sich bei den meisten Debitoren um Konditoreien bzw. Bäckereien handelt (act. 4/8a). Die Kreditoren betragen Fr. 7'384.06 (act. 4/8b und act. 4/12).

Weiter reichte der Schuldner eine vom 6. November 2014 datierte und auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Vereinbarung zwischen ihm und seiner Mutter ein, gemäss welcher sich Letztere verpflichtet, den Schuldner mit Fr. 10'000.-- zu unterstützen, um seine Zahlungsfähigkeit sicherzustellen und allfällige Schulden zu decken, sofern dies notwendig sein sollte (act. 4/10).

4.3.3 Somit resultiert unter Berücksichtigung der aktuellen Debitoren von Fr. 18'201.78 (act. 4/8a), der vorerwähnten Bankguthaben von Fr. 21'910.46 und USD 5'748.39 (act. 4/4-5), denen offene Betreuungsforderungen in Höhe von knapp Fr. 13'700.-- (vgl. vorstehend Ziff. 4.2.5) sowie aktuelle Kreditoren von Fr. 7'384.06 (act. 4/8b) gegenüber stehen, ein Guthaben des Schuldners von ca. Fr. 19'000.-- und USD 5'748.39, wobei bei letzterem Betrag davon auszugehen ist, dass es sich um gebundene Vermögenswerte (Optionen) handelt.

4.4.1 Nach Darstellung des Schuldners belaufen sich die monatlichen Lebenshaltungskosten für zwei Erwachsene und zwei Kinder auf Fr. 10'190.-- (act. 4/9 Blatt 1). Der Schuldner beziffert sein Einkommen mit Verweisung auf die Erfolgsrechnung mit Fr. 6'000.-- netto pro Monat. Seine Ehefrau erzielt gemäss der eingereichten Lohnabrechnung vom Oktober 2014 ein Netto-Einkommen von Fr. 6'375.40. Zwar blieben die geltend gemachten Ausbildungszulagen für zwei Kinder in Höhe von total Fr. 500.-- unbelegt (act. 4/9 Blatt 2), deren Höhe ist jedoch notorisch und daher zu berücksichtigen.

4.4.2 Der Schuldner hat, wie aus der provisorischen Jahresrechnung ersichtlich, den bezogenen Lohn nicht als Personalaufwand (als solcher wurden nur knapp Fr. 9'000.-- für die ersten neun Monate des laufenden Jahres verbucht, wobei nicht bekannt ist, ob es sich um den Lohn einer mitarbeitenden Person oder um einen Teil des Lohnes des Schuldners handelt), sondern auf der Aktivseite der Bilanz im Nachgang zum Umlauf- und Anlagevermögen unter dem Titel "Aktive Berichtigungsposten" als Privatbezug von Fr. 30'359.08 verbucht; um diesen Betrag wäre folglich der Gewinn von knapp Fr. 57'000.-- zu minimieren. Mit diesem Privatbezug für neun Monate (= ca. Fr. 3'370.-- pro Monat) zuzüglich des Einkommens der Ehefrau konnten die monatlichen Auslagen von Fr. 10'190.-- zwar nur knapp nicht gedeckt werden bzw. bleibt ein Minusbetrag von ca. Fr. 60.--

pro Monat. Der Schuldner hätte sich indes auch den restlichen Unternehmensgewinn als Lohn und somit die ersten neun Monate des laufenden Jahres die geltend gemachten Fr. 6'000.-- pro Monat auszahlen können, da auch ohne Vorliegen eines Betriebskredites mit den vorhandenen liquiden Mitteln von ca. Fr. 22'000.-- genügend Vermögenswerte vorhanden wären, um den Betrieb des Einzelunternehmens aufrecht zu erhalten. Es ist somit von einem Einkommen des Schuldners und seiner Ehefrau von gesamthaft ca. Fr. 12'875.40 auszugehen, welchem Ausgaben von Fr. 10'190.-- gegenüberstehen. Damit resultiert ein monatlicher Überschuss von Fr. 2'685.40.

4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner mit seinem Einzelunternehmen in den ersten neun Monaten des laufenden Geschäftsjahres einen Gewinn von knapp Fr. 57'000.-- verbuchen konnte, wenn auch die provisorische Bilanz (wie erwähnt) zufolge Unverbindlichkeit nur beschränkt aussagekräftig ist. Zwar äusserte sich der Schuldner nicht zur erwartenden Geschäftsentwicklung bis Ende Jahr und reichte auch keine Vergleichszahlen aus den Vorjahren ein. Es kann jedoch in Anbetracht der bevorstehenden Festtage davon ausgegangen werden, dass sich der Handel mit und die Produktion von Spielwaren und Geschenkartikeln zumindest gleich wie in den ersten neun Monaten des laufenden Geschäftsjahres und somit positiv entwickeln wird. Mit dem erwirtschafteten Gewinn zzgl. des Einkommens seiner Ehefrau und dem vorhandenen Guthaben (vgl. Ziff. 4.3.3) ist es dem Schuldner sowohl möglich, die laufenden Bedürfnisse zu decken, als auch die noch offenen Betreuungsforderungen zu bezahlen. Zwar konnten auch im laufenden Jahr neue Betreibungen nicht vermieden werden und ist deren Anzahl mit neun Betreibungen gegenüber den Vorjahren (2010: 6, 2011:7, 2012:5 und 2013:4) deutlich höher, indes sind nur noch Forderungen aus drei Betreibungen (total ca. Fr. 13'700.--, vgl. Ziff. 4.2.5) offen und zeigt sich der Schuldner willig, die unbestrittene Forderung von über Fr. 8'000.-- vor Jahresende zu begleichen. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass die Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners nur vorübergehender Natur waren und es ihm möglich sein wird, die restlichen Schulden innert nützlicher Frist abzutragen. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der über den Schuldner am 4. November 2014 eröffnete Konkurs aufzuheben.

5. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Letztere wurden bereits beglichen (vgl. Ziff. 3). Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 4. November 2014, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.-- wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es wird vorgemerkt, dass der Schuldner die erstinstanzliche Spruchgebühr durch Zahlung beglichen hat.

4. Das Konkursamt I. \_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'000.-- (Fr. 400.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 9, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt I. \_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt H. \_\_\_\_\_, 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. D. Tolic Hamming

versandt am: