

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150218-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 18. Dezember 2015

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. November 2015 (EK151826)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 18. November 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 389.65 zzgl. Fr. 60.-- Spesen (in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 10) über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) den Konkurs (act. 7/9 = act. 6). Das Urteil wurde dem Schuldner am 21. November 2015 zugestellt (act. 7/11). Die zehntägige Rechtsmittelfrist endete am 1. Dezember 2015. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 27. November 2015 (hierorts überbracht, act. 2) inkl. Beilagen (act. 4/1-17) beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Präsidialverfügung vom 30. November 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Am 4. Dezember 2015 reichte der Schuldner weitere Unterlagen ein (act. 10 und act. 11/1-9). Da diese Dokumente nach Ablauf der Rechtsmittelfrist hierorts überbracht wurden, haben sie unberücksichtigt zu bleiben.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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 Einzahlungsschein der Credit Suisse erteilte der Schuldner der Bank am 27. November 2015 und somit nach der Konkursöffnung den Expressauftrag, die dem Konkurs zugrunde liegende Forderung inkl. Spesen bzw.

total Fr. 449.65 an das Betreibungs- und Stadttammannamt Zürich zu überweisen (act. 4/3/2). Zwar fehlt ein Beleg, dass dieser Auftrag auch tatsächlich ausgeführt wurde und belegte der Schuldner nicht rechtzeitig, dass auch die Kosten dieser Forderung beglichen wurden. Indes zahlte er bereits am 26. November 2015 bei der Obergerichtskasse zwecks Hinterlegung der Konkursforderung den Betrag von Fr. 449.65 ein. Das deckt die in der Konkursandrohung genannten Guthaben der Gläubigerin von Fr. 449.65, nicht aber die Betreuungskosten. Inzwischen hat der Schuldner für die Konkursforderung weitere Fr. 449.65 an das Betreibungsamt bezahlt (act. 11/5), was zwar verspätet nachgewiesen wurde, aber für die Behandlung des vorhandenen Geldes nach Aufhebung des Konkurses nicht unberücksichtigt bleiben soll. Zugleich leistete er den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.--, er zahlte also gesamthaft die Summe von Fr. 1'199.65 ein (act. 4/17 und act. 2 S. 1). Auch die Sicherstellung der Konkurskosten konnte der Schuldner innert der Beschwerdefrist mit Urkunde nachweisen. Er hinterlegte am 26. November 2015 beim Konkursamt Unterstrass-Zürich den Betrag von Fr. 1'400.--, welcher die Kosten des Konkursgerichtes in Höhe von Fr. 400.-- sowie die aufgelaufenen Kosten des Konkursamtes zu decken vermag (act. 4/15-16).

Der Konkurs hinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung 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 wer-

den, dass 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.

4.2 Der Schuldner machte in der Beschwerde zusammenfassend geltend, alle offenen Beteiligungsforderungen bezahlt zu haben. Aufgrund der Summe seiner Kontostände von total Fr. 104'729.47 sei auch seine Zahlungsfähigkeit belegt. Seine Aktiven würden die Passiven deutlich übersteigen.

Er habe bis zum 31. Oktober 2015 bei der Firma C. _____ in Oerlikon als Ingenieur gearbeitet und sei seit dem 1. November 2015 berechtigt, Arbeitslosengeld zu beziehen. Er führe die Einzelfirma D. _____ seit dem Jahre 2009, habe jedoch keine Angestellten. Das Einzelunternehmen stelle keine Hauptverdienstquelle dar. Im Jahre 2014 sei er erkrankt und von Mitte Januar bis Anfang November 2015 zufolge psychischer Probleme in Behandlung gewesen. Die Krankheit habe zur Vernachlässigung seiner Zahlungsverpflichtungen geführt. Nun sei er wieder gesund und zuversichtlich, dass er ab Januar 2016 eine neue Arbeitsstelle mit ähnlich hohem Gehalt wie bisher haben werde (act. 2). Zum Beleg seiner Erkrankung reichte er zahlreiche Arbeitsunfähigkeitszeugnisse für die Periode Januar bis April 2015, eine Kontrollkarte der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung vom 1. November 2015 betreffend die Periode April bis November 2015 sowie eine Anamnese des Medizinischen Zentrums E. _____ vom 25. November 2015 ein (act. 4/14).

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt das Beteiligungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Beteiligungsamtes Zürich 8 vom 26. November 2015, welches den Zeitraum 26. November 2010 bis 26. November 2015 umfasst, wurden gegen den Schuldner keine Beteiligungen oder Verlustscheine registriert. Der Wegzug aus dem Beteiligungskreis erfolgte am 31. Juli 2011 (act. 4/1). Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Beteiligungsamtes Zürich 10 vom 27. November 2015, in welchem Beteiligungskreis am 1. August 2011 der Zuzug erfolgte und welche den Zeitraum 27. November 2010 bis 27. November 2015

umfasst, wurden zwischen August 2012 und August 2015 gegen den Schuldner – ohne die in Betreuung gesetzte Konkursforderung – 17 Betreibungen im Gesamtbetrag von knapp Fr. 24'000.-- eingeleitet, wobei es sich bei den Gläubigern zum überwiegenden Teil um Staat und Stadt sowie Kanton Zürich und die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich handelt (act. 4/2). Davon wurden – ohne die vorliegende Konkursforderung – Forderungen aus 12 Betreibungen (Nrn. ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... und ...) im Umfang von ca. Fr. 19'500.-- durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen (act. 4/2). Sodann reichte der Schuldner betreffend die Betreibungen (vgl. act. 4/2) Nr. ... (Forderung Fr. 1'110.--, act. 4/3/1), Nr. (Forderung Fr. 1'077.80, act. 4/3/3), Nr. ... (Forderung Fr. 307.40, act. 4/3/4), Nr. ... (Forderung Fr. 806.60, act. 4/3/5) und Nr. ... (Forderung Fr. 824.75, act. 4/3/6) Belege der Credit Suisse ein, gemäss welchen er jeweils am 27. November 2015 der Bank einen nicht abänderbaren Express-Zahlungsauftrag zugunsten des Betreibungs- und Stadttammannamtes Zürich erteilt hatte. Entsprechender Hinweis fehlt einzig beim Auftrag betreffend die Betreibung Nr. ... (act. 4/3/4). Wenn auch damit nicht belegt ist, dass diese Zahlungen effektiv ausgeführt wurden, kann im vorliegenden Fall zugunsten des Schuldners davon ausgegangen werden, weil die Aufträge wie gesagt nicht abänderbar sind und auf dem jeweiligen Belastungskonto ..., lautend auf den Schuldner, gemäss Übersicht der Credit Suisse am 26. November 2015 ein Guthaben von Fr. 15'575.63 resultierte (act. 4/9).

Nach dem Gesagten bestehen keine offenen Betreibungsforderungen mehr, wenn auch der Schuldner nicht fristgerecht belegt hat, dass neben den in Betreuung gesetzten vorerwähnten Forderungen auch die jeweiligen Zinsen und Kosten beglichen wurden.

4.4 Zur finanziellen Lage des Einzelunternehmens D._____, dessen Inhaber der Schuldner ist (act. 5), welcher somit unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen haftet, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung im Unternehmens- oder im Privatbereich entstanden ist, reichte der Schuldner eine "Vereinfachte Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben" ein. Gemäss dieser betrugen die Einnahmen im Jahre 2014 Fr. 26'902.-- und die Ausgaben Fr. 26'790.-- (act. 4/5-6),

während die Einnahmen per 27. November 2015 mit Fr. 27'414.-- und die Ausgaben mit Fr. 27'400.-- aufgeführt sind (act. 4/7-8). Der Zweck der D._____ ist der Betrieb eines Ingenieurbüros bzw. Projektierung und Planung von Lüftungs- und Klimatechnikanlagen (act. 5). Bei den aus dem Betreibungsregister ersichtlichen Gläubigern handelt es sich hauptsächlich um die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Staat und Stadt sowie Kanton Zürich, die Schweiz. Eidgenossenschaft, F._____ und die Krankenkasse B._____ (act. 4/2). Es ist davon auszugehen, dass es sich um Privat- und nicht um typische Firmenschulden handelt und dass somit neben den im Betreibungsregister ausgewiesenen Schulden nicht noch weitere Schulden aus der Tätigkeit des Einzelunternehmens vorhanden sind.

4.5 Gemäss Lohnausweis des Schuldners für das Jahr 2014 betrug sein Nettolohn Fr. 91'747.--, der Quellensteuerabzug ist mit Fr. 10'731.-- aufgeführt (act. 4/4). Zu seinen Lebenshaltungskosten und der Höhe der Arbeitslosenentschädigung äusserte sich der Schuldner nicht.

Immerhin reichte er aktuelle Bankkontoauszüge ein, welchen sich Hinweise auf kurzfristig abrufbare Guthaben/Vermögenswerte entnehmen lassen. So verfügte er auf dem Privatkonto bei der Credit Suisse am 26. November 2015 über ein Guthaben von Fr. 15'575.63, während auf dem auf die D._____ lautenden Kontokorrent Euro 12.18 verbucht waren (act. 4/9 S. 1). Bei der Bank IngDiBa in Deutschland ist sodann auf dem Girokonto und Direkt-Depot, beide lautend auf den Schuldner, der Betrag von total 4'132.62 Euro verbucht (act. 4/11).

4.6 Gemäss dem Depotauszug der G._____ vom 14. April 2015 betrug der Monatssaldo des auf den Schuldner lautenden Depots Fr. 21'992.85 (act. 4/12). Abgesehen vom Umstand, dass dieser Auszug nicht aktuell ist, ist auch nicht bekannt, welcher Art die Wertpapiere in diesem Depot sind.

Das auf den Schuldner lautende Mieterkautionkonto bei der Zürcher Kantonalbank wies per 31. Dezember 2013 einen Saldo von Fr. 3'211.70 auf (act. 4/13). Einerseits ist dieser Beleg fast zwei Jahre alt und andererseits handelt es sich dabei um einen zweckgebundenen und nicht kurzfristig abrufbaren Ver-

mögenswert, weshalb er nicht zu berücksichtigen ist. Dies gilt auch für das Guthaben auf dem 3. Säule Konto und Depot von gesamthaft Fr. 32'283.--, handelt es sich doch hierbei um gebundene Vorsorgegelder (act. 4/9 S. 2). Zwar behauptet der Schuldner, sein Aktienportfolio bei der C._____, welches innerhalb von vier Tagen veräusserbar und auf dem Konto verfügbar sei, habe einen Wert von Fr. 27'120.41 (act. 2). Jedoch lässt sich dem eingereichten Dokument nicht entnehmen, auf wessen Namen dieses Portfolio lautet (act. 4/10), aus welchem Grunde es unberücksichtigt zu bleiben hat.

4.7 Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Schuldner sämtliche Betreuungsforderungen beglichen hat und aktuell über kurzfristig abrufbares Vermögen von ca. Fr. 15'000.-- verfügt (Stand Privatkonto per 26. November 2015 abzüglich bezahlte Betreuungsforderungen per 27. November 2015, vgl. vorstehend Ziff. 4.3 und 4.5), erweist sich die Beschwerde, obschon es sich zufolge fehlender Belege, insbesondere zu den Lebenshaltungskosten und der Höhe der Arbeitslosenentschädigung, um einen Grenzfall handelt, als begründet und ist der über den Schuldner am 18. November 2015 eröffnete Konkurs aufzuheben.

5. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. 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 Zürich vom 18. November 2015, 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. 400.-- wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, von dem bei ihr einbezahlten Betrag dem Betreibungsamt Zürich 10 Fr. 449.65 zu überweisen zwecks Zahlung offener Kosten in der Betreuung Nr. ... an die Gläubigerin und des Überschusses an den Schuldner.
4. Das Konkursamt Unterstrass-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.-- (Fr. 1'400.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.-- 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 sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Unterstrass-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 10, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
21. Dezember 2015