

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170001-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter  
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Ge-  
richtsschreiber MLaw P. Klaus

## Urteil vom 10. Januar 2017

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 13. Dezember 2016 (EK162009)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Mit Urteil vom 13. Dezember 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) für eine Forderung von Fr. 1'620.50 nebst Zins zu 5 % seit 4. Juli 2016, Fr. 150.– administrative Kosten, Fr. 48.85 fällige Zinsen und Fr. 160.60 Betreuungskosten in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 3 (act. 3 = act. 6 = act. 7/8).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 3. Januar 2017 samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde (act. 2-5) und stellt folgendes Rechtsbegehren (act. 2 S. 2):

"Das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2016 (Geschäfts-Nr. EK162009-L) sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführer in die Verfügung über sein Vermögen wieder einzusetzen."

1.3. Mit Verfügung vom 4. Januar 2017 erteilte die Kammer der Beschwerde auf entsprechenden Antrag (act. 2 S. 2) einstweilen die aufschiebende Wirkung (act. 9). Es wurde davon abgesehen, eine Beschwerdeantwort einzuholen. Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen (act. 7/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

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. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10). 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 beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshin-

dernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3. Der Schuldner hinterlegte bei der Rechtsmittelinstanz am 3. Januar 2017 einen Betrag von Fr. 8'943.05 in bar (act. 5/10). Das Vermögen deckt den offenen Konkursforderungsbetrag von Fr. 2'007.90 (Fr. 1'620.50 + Fr. 35.95 [Zins zu 5 % vom 4. Juli 2016 bis 13. Dezember 2016] + Fr. 40.85 [aufgelaufene Zinsen] + Fr. 150.– [Administrativkosten] + Fr. 160.60 [Betreibungskosten]) zu decken. Mit separater Einzahlung von Fr. 750.– am 3. Januar 2017 stellte der Schuldner ebenso die zu erwartende Spruchgebühr für das vorliegende Beschwerdeverfahren sicher (act. 5/12). Er belegt zudem, dass er beim Konkursamt Wiedikon-Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 1'100.– leistete (act. 5/11). Das Konkursamt Wiedikon-Zürich bestätigte am 5. Januar 2017 telefonisch, dass der bei ihm geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'100.– zusammen mit der (mutmasslich in Anwendung von Art. 223 Abs. 2 SchKG) beschlagnahmten Barschaft des Schuldners von ca. Fr. 700.– (vgl. auch die Ausführungen des Rechtsvertreters, act. 2 S. 5 sowie S. 9) die Kosten des Konkursamtes sowie die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu decken vermögen (act. 11). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist damit ausgewiesen.

4.

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt

werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der Schuldner legt dem Gericht einen Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamts Zürich 3 vom 15. Dezember 2016 (act. 5/7) sowie einen des Betreibungsamts Zürich 4 vom 19. Dezember 2016 (act. 5/8) vor. Daraus ist ersichtlich, dass – neben der Betreuung, die zur Konkursöffnung führte – fünf weitere Betreibungen im Zeitraum vom 9. Januar 2012 bis 15. Dezember 2016 gegen den Schuldner angehoben wurden. Alle diese Betreibungen leitete die Konkursgläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) ein. Vier davon (Betreibungs-Nr. 2, 3, 4 und 5) mündeten in noch offene Verlustscheine aus Pfändungen für eine Gesamtforderung von Fr. 2'342.45 (act. 5/8). Die fünfte Betreuung über einen Betrag von Fr. 439.50 befindet sich erst im Einleitungsstadium (act. 5/7, Betreibungs-Nr. 6, Code 101). Darüber hinaus bestehen noch drei weitere Verlostscheine für einen Gesamtbetrag von Fr. 4'264.60 (Betreibungs-Nr. 7, 8, 9). Zwei dieser Verlostscheinforderungen stehen wiederum der Gläubigerin zu, sodass der Schuldner aus den Betreuungsurkunden neben der Konkursgläubigerin lediglich eine weitere Gläubigerin zu einem Betrag von Fr. 916.10 hat (Betreibungs-Nr. 8, Gewerkschaft C.\_\_\_\_\_, ...).

4.3. Der Schuldner ist Inhaber der erst seit dem 5. Februar 2016 im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma D.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_, über die er einen Laden für Lebensmittel aus E.\_\_\_\_\_ [Staat in Ostafrika] samt Kleiderhandel betreibt (act. 5/3). Zur momentanen finanziellen Lage führt der Rechtsvertreter des Schuldners aus und belegt, dass es sich bei den aktuell noch offenen Forderungen gegenüber der Gläubigerin im Gesamtbetrag von Fr. 8'943.05 (Verlostschein-

forderungen, aktuelle Betreuung, Konkursforderung sowie weitere Ausstände gemäss Abrechnung vom 9. Dezember 2016, act. 5/9) um ausstehende Krankenkassenbeiträge handle. Die Rückstände seien entstanden als der Schuldner seine Krankenkasse habe wechseln wollen, jedoch aufgrund der Sprachbarriere keine adäquate Lösung habe finden können. Die Verlustscheinforderung über Fr. 916.10 gegenüber der Gewerkschaft C.\_\_\_\_\_ setze sich aus Mitgliederbeiträgen zusammen. Der Forderung – die der Schuldner im Grundsatz anerkennt – liege ein Missverständnis zu Grunde, da der Schuldner als Geschäftsinhaber gar nie habe Mitglied der C.\_\_\_\_\_ werden wollen und die Beiträge deshalb auflaufen liess (act. 2 S. 5 ff.).

4.4. Das Privatkonto des Schuldners weise per 20. Dezember 2016 einen Saldo von Fr. 42.65 aus, das Firmenkonto einen solchen von Fr. 673.45. Den detaillierten Kontoauszügen sei zu entnehmen, dass auf dem Privatkonto im Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis zum 20. Dezember 2016 Fr. 96'777.23 an Belastungen Fr. 96'819.88 an Gutschriften (inkl. dem Anfangssaldo per 1. Januar 2016 von Fr. 1'981.13) gegenüberstünden. Auf dem Firmenkonto seien im vergangenen Jahr Fr. 28'122.30 an Einzahlungen eingegangen und Belastungen im Umfang von Fr. 27'448.85 erfolgt (act. 2 S. 4 f.; act. 5/5-6). Momentan verfüge der Beschwerdeführer weder über Debitoren- noch Kreditorenausstände. Der monatliche Mietzins für das Ladenlokal sowie für die darüber liegende Wohnung des Schuldners betrage Fr. 3'200.–. Da die Firma erst seit Februar 2016 existiere, sei noch kein Jahresabschluss erfolgt. Auch eine Steuererklärung gäbe es keine, da der Schuldner aufgrund seiner Aufenthaltsbewilligung B der Quellensteuer unterliege (act. 2 S. 4 f.).

4.5. Zur momentanen Auftragslage führt der Rechtsvertreter des Schuldners aus, dass der Schuldner ... Staatsangehöriger [des Staates E.\_\_\_\_\_] sei und damit über das notwendige Netzwerk verfüge, um direkt Lebensmittel aus E.\_\_\_\_\_ zu importieren. Der Laden erfreue sich aufgrund der zahlreich in Zürich niedergelassenen Landsleute des Schuldners und der fehlenden Konkurrenz regen Besuchs einer guten Kundschaft. Der Laden ermögliche es dem Schuldner, ein rentables Geschäft zu führen (act. 2 S. 4).

4.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner innert kurzer Zeit mehr als genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um die Konkursforderung sowie sämtliche der Gläubigerin gegenüber noch ausstehenden Forderungen zu hinterlegen (act. 5/9 sowie act. 5/10). Der Schuldner begründet glaubhaft, dass die nicht horrenden Ausstände gegenüber nur zwei Gläubigerinnen auf Missverständnisse und Unregelmässigkeiten zurückzuführen sind und dass keine weiteren Verbindlichkeiten und Schulden als die in der Beschwerdeschrift angegebenen bestehen. Trotz einigen fehlenden Unterlagen erscheint es ebenso glaubhaft, dass der Betrieb des Ladens dem Schuldner erlaubt, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten und seine laufenden Kosten zu decken. So weisen denn die massgeblichen Kontoauszüge (act. 5/5-6) bis auf wenige vernachlässigbare Ausnahmen durchwegs positive Saldi auf. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Unternehmens scheint auch für die Zukunft gesichert. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen, was zur Aufhebung des Konkurses über den Schuldner führt.

5. Zur Tilgung der Schulden gegenüber der Gläubigerin im Umfang von Fr. 8'943.05 beantragt der Rechtsvertreter des Schuldners, diesen Betrag mit der Gutheissung der Beschwerde zu überweisen (act. 2 S. 6). Dem Antrag ist zu entsprechen, wobei besonders zu berücksichtigen ist, dass im erwähnten Gesamtbetrag von Fr. 8'943.05 bereits der von der Gläubigerin gegenüber dem erstinstanzlichen Konkursgericht geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– in Rechnung gestellt ist (act. 5/9 S. 8 unter Betreuung Nr. 1 "Betreibungsspesen" sind Fr. 1'960.60 [Fr. 1'800.– Vorschuss + Fr. 160.60 Betreuungskosten] angeführt), worauf auch der Rechtsvertreter des Schuldners zutreffend hinweist (act. 2 S. 6). Der nunmehr beim Konkursamt Wiedikon-Zürich liegende Vorschuss von Fr. 1'800.– steht dem Schuldner zu, da die beschlagnahmte Barschaft von rund Fr. 700.– sowie der schuldnerische Vorschuss beim Konkursamt von Fr. 1'100.– (act. 5/11), dessen Kosten sowie die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu decken vermögen (act. 11). Der Rechtsvertreter beantragt, dass von diesem freien Betrag gegebenenfalls das Konkursamt Zürich-Wiedikon anzuweisen sei, Fr. 916.10 an die Gewerkschaft C.\_\_\_\_\_ zu überweisen, um die letzte noch offe-

ne Forderung zu begleichen (act. 2 S. 8). Gleichzeitig weist er auch darauf hin, mit der Gewerkschaft bezüglich Rückkauf des Verlustscheins in Verhandlung treten zu wollen (act. 2 S. 7). Da aus dem – nunmehr dem Schuldner zustehenden – Vorschuss von Fr. 1'800.– genügend Mittel frei sind, ist dem Antrag auf Anweisung des Konkursamts zur Überweisung von Fr. 916.10 an die Gewerkschaft C.\_\_\_\_\_ zu entsprechen.

6. Obschon die Beschwerde gutheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch sein Säumnis verursacht hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2016, 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 Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Schuldner einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 8'943.05 vollständig an die Gläubigerin auszubezahlen.

4. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm liegenden Totalbetrag von circa Fr. 3'600.– (Fr. 1'100.– Zahlung des Schuldners, circa Fr. 700.– beschlagnahmte Barschaft des Schuldners sowie Fr. 1'800.– von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteter Barvorschuss) Fr. 916.10 an die Gewerkschaft C.\_\_\_\_\_, ..., und dem Schuldner einen nach Abzug der Kosten des Konkursamtes und der erstinstanzlichen Spruchgebühr 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 Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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:

MLaw P. Klaus

versandt am:  
10. Januar 2017