

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 31. Januar 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Januar 2017 (EK162065)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der seit dem 23. Dezember 2010 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "C._____ A._____", welche Medienberatung (Onlinemarketing, E-Commerce), Unternehmensberatung, Herstellung, Programmierung von Website, Portalen, Shops und Software sowie Vertrieb von Software bezweckt (act. 5).

2. Mit Urteil vom 5. Januar 2017, 10:00 Uhr, eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Zürich in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 3 für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 6 = act. 7/9):

CHF	343.00	nebst Zins zu 5 % seit 14.09.2015
CHF	252.05	nebst Zins zu 5 % seit 02.01.2016
CHF	60.00	Mahnspesen
CHF	106.60	Betreibungskosten

Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner am 23. Januar 2017 (Datum Eingabe bei der Kammer) rechtzeitig (vgl. act. 12) Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 24. Januar 2017 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits geleistet hatte (vgl. act. 4/1). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. 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 nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner belegt mit entsprechender Bestätigung vom 20. Januar 2017, dass er bei Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 796.90 zu Handen der Gläubigerin hinterlegt hat (act. 4/2). Mit dieser Zahlung ist die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Betriebskosten gedeckt. Ferner hat der Schuldner beim Konkursamt Wiedikon-Zürich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'800.– sichergestellt (act. 4/3).

Schliesslich hat der Schuldner am 20. Januar 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 4/1). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen

sen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf un-absehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindrucks (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.2.1 Der Schuldner hatte vom 28. Juni 2012 bis 25. August 2016 Wohnsitz im Sprengel des Betreibungsamtes Zürich 3 und danach bis zum 21. November 2016 in demjenigen des Betreibungsamtes Zürich 10. Heute wohnt der Schuldner in D._____/GL und damit im Zuständigkeitsgebiet des Betreibungsamtes des Kantons Glarus. Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 23. Januar 2017 (vgl. act. 4/8) ergeben sich neben der Forderung der Konkursgläubigerin insgesamt 35 weitere Betreibungen, von denen jedoch in 18 Fällen die in Betreuung gesetzte Forderung ans Betreibungsamt bezahlt wurde. Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 10 vom 23. Januar 2017 (act. 4/9) ergeben sich zwei Betreibungen, wobei eine der beiden Betreibungsforderungen bereits ans Betreibungsamt bezahlt wurde. Beim Betreibungsamt des Kantons Glarus wurden sodann bis anhin keine Betreibungen gegen den Schuldner angehoben

(vgl. act. 4/7). Damit bestehen derzeit bei zwei Betreibungsämtern insgesamt 18 offene Betreibungen gegen den Schuldner, wobei die Betreibungssumme insgesamt Fr. 14'928.73 (Fr. 14'828.73 BA Zürich 3 + Fr. 100.– BA Zürich 10) beträgt. Von diesen Betreibungen ist eine (Gesamtbetrag Fr. 827.40) erloschen. In 13 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 11'660.48) wurde die Konkursandrohung zugestellt, wobei in mindestens 10 dieser Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 7'081.–) die Frist zur Stellung des Konkursbegehrens gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG bereits verstrichen sein dürfte. Sodann wurde in vier Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 2'440.85) der Zahlungsbefehl zugestellt, wobei diese Betreibungen gestützt auf Art. 53 SchKG am neuen Wohnsitz des Schuldners erneut einzuleiten wären. Im Sinne eines Zwischenfazit ist somit festzuhalten, dass derzeit in drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 4'579.48) das Konkursbegehren gegen den Schuldner gestellt werden könnte, da ihm in diesen Betreibungen bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde und die Frist gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG zumindest noch nicht offensichtlich abgelaufen ist. In den übrigen 15 gegen den Schuldner angehobenen Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 10'349.25) droht hingegen derzeit keine unmittelbare Vollstreckung, weil entweder davon auszugehen ist, dass die Frist zur Stellung des Konkursbegehrens gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG bereits verstrichen ist, oder aber die Konkursbetreibung noch gar nicht in diesem Stadium angelangt ist, weshalb die Betreibung am neuen Wohnsitz des Schuldners erneut einzuleiten wäre.

2.2.2 Zu seinen finanziellen Verhältnissen und insbesondere zur damit zusammenhängenden Zahlungsfähigkeit führt der Schuldner aus, seine selbstständige Tätigkeit im Rahmen der Einzelfirma "C._____ A._____" sei bereits seit längerer Zeit nicht mehr lukrativ gewesen. Deshalb habe er diese seit längerem nur noch parallel zu einer unselbständigen Tätigkeit bei der Firma E._____ betrieben, wobei er im Jahre 2016 praktisch keine Einnahmen mehr aus seiner selbständigen Tätigkeit erzielt habe. Deshalb habe er sein Einzelunternehmen am 23. Januar 2017 per 31. Dezember 2016 abgemeldet (act. 2 S. 1; vgl. act. 4/13). Weiter bringt er vor, er habe Ende 2015 seinen Job bei E._____ verloren und sei seit dem 1. Januar 2016 arbeitslos. Er erhalte derzeit Arbeitslosengeld von durchschnittlich Fr. 8'000.–, welchem monatliche Ausgaben von Fr. 5'312.– (Miete

Zimmer in D. _____ Fr. 350.–; Handy Fr. 160.–; Krankenkasse Fr. 410.–; Unterhalt Kind Fr. 857.–; Leasing Auto Fr. 735.–; Autoversicherung Fr. 300.–; Lebensunterhalt Fr. 2'500.–) gegenüberstünden. Damit ergebe sich ein monatlicher Überschuss von Fr. 2'688.–. Zudem verfüge er auf seinem Bankkonto derzeit über ein Guthaben von über Fr. 6'000.– (vgl. act. 2 S. 1 f.; act. 4/6).

2.2.3 Die vom Schuldner geltend gemachte Aufgabe der mit seiner Einzelfirma betriebenen selbständigen Tätigkeit erscheint grundsätzlich glaubhaft, zumal er per 31. Dezember 2016 beim Handelsregisteramt des Kantons Zürich die Löschung seiner Einzelfirma aus dem Handelsregister beantragt hat (act. 4/13). Damit resultiert aus der Einzelunternehmung zwar kein Ertrag mehr, doch bedeutet dies auch, dass keine laufenden Aufwände bzw. Verbindlichkeiten aus der Geschäftstätigkeit mehr bestehen, welchen nachzukommen wäre. Der Schuldner hat sodann mittels Vorlage einer Abrechnung der Arbeitslosenkasse F. _____ vom 2. August 2016 belegt, dass er aufgrund eines versicherten Lohns von Fr. 12'350.– Arbeitslosentaggelder in Höhe von Fr. 455.30 erhält, wobei der Restanspruch per 2. August 2016 noch 256 Tage betrug und damit noch ungefähr bis Mitte 2017 besteht (vgl. act. 4/5). Ausgehend von durchschnittlich 21.75 Arbeitstagen pro Monat erscheint das vom Schuldner geltend gemachte durchschnittliche Nettoeinkommen von Fr. 8'000.– pro Monat glaubhaft. Die von ihm für Lebenshaltungskosten geltend gemachten Kosten erscheinen aufgrund der Lebenserfahrung ebenfalls glaubhaft, zumal sie sich im Rahmen der im Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 genannten Beträge bewegen.

Angesichts dessen, dass denjenigen drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 4'579.48), in welchen die Gläubiger derzeit das Konkursbegehren stellen könnten, sich auf dem Konto des Schuldners befindliche Mittel von derzeit etwas über Fr. 6'000.– gegenüberstehen (vgl. act. 4/6), ist glaubhaft, dass der Schuldner seine dringendsten Verbindlichkeiten unmittelbar nach Aufhebung des Konkurses decken und damit eine sofortige erneute Konkursöffnung abwenden kann. Zudem ist glaubhaft, dass der Schuldner aus dem ihm nach Deckung seiner laufenden Verbindlichkeiten verbleibenden Überschuss von rund Fr. 2'500.– auch die

restlichen Betreuungsforderungen von insgesamt Fr. 10'349.25 innert nützlicher Frist, jedenfalls aber innerhalb von zwei Jahren, abtragen kann. Deshalb erscheint die Zahlungsfähigkeit des Schuldners derzeit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

III.

1. 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.
2. 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 Bezirkes Zürich vom 5. Januar 2017, 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, der Gläubigerin den bei ihr zu deren Gunsten hinterlegten Betrag von Fr. 796.90 auszubezahlen.
4. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleiste-

ten 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 das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an die Betreibungsämter Zürich 3 und Glarus, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am: