

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 27. Februar 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 11. Februar 2019 (EK180750)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "C._____ von A._____", welche die Organisation und Durchführung von ein- und mehrtägigen Reisen und Ausflügen in der Schweiz sowie im Ausland bezweckt (act. 6).
2. Mit Urteil vom 11. Februar 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach für nachfolgende Forderungen der Gläubigerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 7 [=act. 3 = act. 8/11]):

Betreibung 1

Fr. 5'877.70	Forderung
Fr. 277.80	5% Zins seit 3. März 2018
Fr. 100.00	Mahnkosten
Fr. 250.00	Bearbeitungskosten
Fr. 24.00	weitere Zustellkosten
<u>Fr. 146.60</u>	Betreibungskosten
<u>Fr. 6'676.10</u>	Total

Betreibung 2

Fr. 2'044.50	Forderung
Fr. 50.00	Mahnkosten
Fr. 200.00	Bearbeitungskosten
Fr. 7.00	weitere Zustellkosten
<u>Fr. 146.60</u>	Betreibungskosten
<u>Fr. 2'448.10</u>	Total

Fr. 9'124.20 Gesamt Total

3. Mit Eingabe vom 22. Februar 2019 erhob der Schuldner rechtzeitig (vgl. act. 8/12/1) Beschwerde gegen dieses Urteil und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 22. Februar 2019 einstweilen erteilt (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-12). 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 hat bei der Obergerichtskasse Fr. 17'000.– und damit einen die Forderung der Gläubigerin inkl. Zins und Kosten von Fr. 9'124.20 übersteigenden Betrag sichergestellt (act. 5/2). Dieser Betrag reicht zudem auch zur Deckung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.–. Im Weiteren hat der Schuldner beim Konkursamt Wallisellen zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 5/3). 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, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine 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 unabsehbare 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 Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon vom 12. Februar 2019 lassen sich neben den beiden Konkursbetreibungen (Nrn. 1 und 2) 19 weitere Betreibungen entnehmen, von denen jedoch in neun Fällen die Forderung bereits an den Gläubiger oder an das Betreibungsamt bezahlt wurde. In den restlichen 10 Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 14'233.90 wurde dem Schuldner bereits der Konkurs angedroht. Zudem wurde gegen den Schuldner ein Verlustschein über Fr. 1'158.15 ausgestellt (act. 5/4).

a) Der Schuldner macht geltend, die Forderungen der Betreibungen Nr. 3 und 4, welche gemäss Auskunft des Betreibungsamtes inkl. Zinsen und Kosten Fr. 3'919.10 betragen, seien ebenfalls aus dem bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrag zu decken, indem der entsprechende Betrag dem Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon ausbezahlt sei (act. 2 S. 3). Gleiches gelte für den in der Betreibung-Nr. 5 geforderten Betrag; diese Schuld betrage aktuell Fr. 2'006.– und sei von der Obergerichtskasse direkt dem entsprechenden Gläubiger ausbezahlt (act. 2 S. 3 f.).

b) Weiter belegt der Schuldner, die in der Betreibung-Nr. 6 geschuldete Forderung an den Gläubiger (act. 2 S. 4; act. 5/6) bzw. die in der Betreibungen-Nrn. 7, 8, 9, 10 und 11 geschuldeten Forderungen nach Stellen eines Konkursbegehrens durch den Gläubiger an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach bezahlt zu haben (act. 2 S. 4 f.; act. 5/7-10).

c) Schliesslich bringt der Schuldner an, beim offenen Verlustschein handle es sich gemäss Auskunft der Obergerichtskasse, Abteilung Verlustscheine, um eine Forderung des Kantons Zürich. Dieser offene Betrag von Fr. 1'158.15 sei deshalb mit dem Restbetrag des bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrages zu verrechnen (act. 2 S. 5 f.).

d) Insgesamt hat der Schuldner damit in allen Betreibungen bis auf die Betreibung Nr. 12 entweder die Zahlung belegt oder den entsprechenden Betrag sichergestellt, wobei der Schuldner zur letzten noch verbleibenden Betreibung ausführt, er habe den geforderten Betrag von Fr. 647.90 bereits bezahlt, habe aber innert der Beschwerdefrist keinen entsprechenden Beleg erhältlich machen können (act. 2 S. 5).

2.4 Hinsichtlich seiner geschäftlichen Verhältnisse macht der Schuldner geltend, er habe im Jahr 2016 die "C. _____ und ... GmbH" gegründet (act. 2 S. 6), wobei dem Handelsregister zu entnehmen ist, dass der Schuldner bei dieser Firma als Gesellschafter und Geschäftsführer eingetragen ist (act. 5/13). Weiter führt er aus, aktiv betreibe er dieses Geschäft bereits seit über drei Jahren, zu Beginn als Einzelfirma, die seit der Gründung der GmbH inaktiv sei (act. 2 S. 6). Dass die in-

aktive Einzelunternehmung immer noch im Handelsregister eingetragen sei, sei ein Versehen (act. 2 S. 7). Als angestellter Chauffeur bei der GmbH verdiene er monatlich Fr. 4'500.– (act. 2 S. 6), was er mittels Vorlage einer entsprechenden Lohnabrechnung belegt. Sein Nettomonatslohn betrug demnach im Januar 2019 Fr. 4'029.35 (act. 5/11). Gemäss dem von ihm eingereichten Lohnausweis 2018 verdiente er im Jahr 2018 insgesamt Fr. 44'322.85 netto (act. 5/12), was einen Nettomonatslohn von Fr. 3'693.57 ergibt.

Seine Ehefrau sei Geschäftsführerin der Firma D._____ GmbH und erziele dort ein Einkommen von Fr. 4'125.– monatlich (act. 2 S. 6 f.), wobei der Schuldner belegt, dass seine Ehefrau im Jahr 2018 Fr. 47'756.15 netto verdient hat (act. 5/15), was einen Nettomonatslohn von Fr. 3'979.68 ergibt.

Zur Begründung seiner Zahlungsschwierigkeiten führt der Schuldner schliesslich an, er und seine Ehefrau würden wegen säumiger Kunden ihre Löhne nicht immer pünktlich erhalten, was zu Liquiditätsengpässen führen könne, aber, wie aufgezeigt, nicht zur Zahlungsunfähigkeit. Der Lebensunterhalt der Familie sei mit seinem Einkommen und demjenigen seiner Ehefrau gedeckt (act. 2 S. 7).

2.5 Insgesamt ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners hinreichend glaubhaft gemacht. So verfügt er zusammen mit seiner Ehefrau über ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 8'000.–, weshalb glaubhaft ist, dass der Schuldner in der Lage ist, seine laufenden Verpflichtungen zu erfüllen. Zudem hat der Schuldner seine bereits bestehenden Schulden allesamt abbezahlt oder hinterlegt. Selbst wenn die in der Betreuung-Nr. 12 in Betreuung gesetzte Forderung entgegen dem Vorbringen des Schuldners noch offen sein sollte, ist ohne Weiteres glaubhaft, dass der Schuldner in der Lage ist, diesen Ausstand neben den laufenden Verpflichtungen innert nützlicher Frist zu begleichen. Insbesondere war es dem Schuldner möglich, nach Konkurseröffnung innert der Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse Fr. 17'000.– und beim Konkursamt zusätzlich Fr. 1'000.– sicherzustellen, was ein starkes Indiz für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners darstellt. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und der über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen 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 Bezirksgerichtes Bülach vom 11. Februar 2019 (EK180750-C), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Restbetrag von Fr. 16'250.– die nachfolgenden Beträge wie folgt zu überweisen bzw. zu verwenden:
 - a) Überweisung von Fr. 9'124.20 an die Gläubigerin;
 - b) Überweisung von Fr. 3'919.10 an das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon zur Tilgung der Bertreibungen Nrn. 3 und 4;

- c) Überweisung von Fr. 2'006.– an die E. _____ AG, ...[Adresse], unter Verwendung des eingereichten Einzahlungsscheines, zur Tilgung der Betreuung Nr. 5;
 - d) Verwendung von Fr. 1'158.15 zur Tilgung des beim Inkasso des Obergerichts, Abteilung Verlustscheine, offenen Verlustscheins des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon über Fr. 1'158.15;
 - e) Überweisung des Restbetrages an den Schuldner, unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates.
4. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'000.– 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 einer Kopie von act. 2;
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten,
 - das Konkursamt Wallisellen,
 - die Obergerichtskasse unter Hinweis auf Disp.-Ziffer 3 und unter Beilage einer Kopie von act. 5/5;
 - das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon unter Hinweis auf Disp.-Ziffer 3b;
 - im Dispositiv-Auszug hinsichtlich Disp.-Ziffer 3c an die E. _____ AG, ... [Adresse];
- ferner mit besonderer Anzeige an:
- das Handelsregisteramt des Kantons Zürich;
- 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:
1. März 2019