

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200057-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 11. März 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Februar 2020 (EK200076)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 19. Februar 2020 über den Beschwerdeführer den Konkurs für eine Forderung des Beschwerdegegners von Fr. 350.-- nebst Fr. 8.80 (5 % Zins seit 19. August 2019) und Fr. 66.60 Betreuungskosten (act. 7 und act. 9). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 2. März 2019 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Der Beschwerdeführer hinterlegte am 28. Februar 2020 bei der Obergerichtskasse Fr. 426.80 zu Gunsten des Beschwerdegegners und leistete gleichzeitig unaufgefordert den usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5/13 und act. 5/16). Zudem zahlte er beim Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'600.-- ein (act. 5/15). Mit Verfügung vom 3. März 2020 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).

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 einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Der Beschwerdeführer hinterlegte mit Zahlung vom 28. Februar 2020 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 426.80 (act. 5/13). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten (vgl. act. 9). Zudem bezahlte der Be-

schwerdeführer dem Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'600.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/15). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, 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, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 11 (act. 5/9) weist per 21. Februar 2020 keine Verlustscheine und 13 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 18'680.20 aus, wovon fünf Betreibungen

über Fr. 7'669.80 allerdings bereits durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 350.-- vermerkt) derzeit noch sieben offene Betreibungen im Betrag von Fr. 10'660.40. Dabei handelt es sich um nur eine neu eingeleitete Betreibung über Fr. 3'212.30 und um sechs Betreibungen über Fr. 7'448.10, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde.

4.3. Der Beschwerdeführer ist als Einzelunternehmer mit der Firma "C._____, A._____" seit dem 29. Juli 2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und betreibt eine Autogarage (act. 6). Er gibt an, der Grund für seine Situation sei der Verlust von über Fr. 14'844.20 im Jahr 2017, dessen Folgen er noch immer zu tragen habe. Aus diesem Grund habe er einige Forderungen nicht fristgerecht bezahlen können, woraufhin er betrieben worden sei. Im Jahr 2018 habe er aber einen Gewinn von Fr. 9'151.14 ausweisen können (act. 2 S. 5).

Im Weiteren führt der Beschwerdeführer zu den einzelnen obgenannten Schulden aus, es sei mit der Gläubigerin der Betreibung Nr. 1 über Fr. 3'840.85 eine Abzahlungsvereinbarung geschlossen worden, wobei bereits Fr. 2'000.-- abbezahlt seien, und auch die Gläubigerin der Betreibung Nr. 2 über Fr. 812.45 habe ihm die Möglichkeit der Ratenzahlung in Aussicht gestellt (act. 2 S. 6 und S. 8). Ebenso behauptet der Beschwerdeführer die Tilgung von Fr. 229.85 in der Betreibung Nr. 3 (act. 2 S. 6 f.). Belege dafür reicht der Beschwerdeführer jedoch nicht ein, weshalb es sich um blosser Behauptungen handelt, die vorliegend nicht zu berücksichtigen sind. Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, die Forderung in der am 4. September 2019 eingeleiteten Betreibung sei über vier Jahre alt, er wehre sich dagegen und bezahle diese nur notfalls (act. 2 S. 2). Dass die Forderung letztlich aber zu Unrecht bestehe, macht der Beschwerdeführer indes nicht geltend, weshalb sie weiterhin zu berücksichtigen ist. Demgegenüber behauptet und belegt der Beschwerdeführer die Tilgung von Fr. 233.85 in der Betreibung Nr. 3 bzw. die Tilgung der vollständigen Beträge in Höhe von gesamthaft Fr. 2'331.10 in den Betreibungen Nrn. 4, 5, 6 (act. 2 S. 6 f., S. 7 und S. 8; act. 5/10-12 und act. 5/14).

4.4. Somit ist insgesamt von noch vier offenen und in Betreuung gesetzten Forderungen in Höhe von Fr. 8'095.45 auszugehen, wobei Fr. 4'883.15 (im Stadium der Konkursandrohung) unmittelbar zu bezahlen sind. Hinzu kommen nach Angaben des Beschwerdeführers laufende Verbindlichkeiten in Höhe von Fr. 2'550.-- für die Miete der Räumlichkeiten der Autowerkstatt (inklusive Nebenkosten; act. 5/3) sowie die Lohnkosten für seinen im Rahmen eines Vorlehrvertrages angestellten Mitarbeiter in Höhe von Fr. 610.-- monatlich (act. 5/4). Weitere Kreditoren bestehen nach Angaben des Beschwerdeführers nicht (act. 5/8).

4.5. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss Auszug des auf den Beschwerdeführer lautenden Kontos bei der D. _____ [Bank] per 2. März 2020 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 19'378.83 gegenüber (act. 5/5), wobei der Beschwerdeführer angibt, tatsächlich nur über Fr. 5'864.15 verfügen zu können, weil ihm der Betrag von Fr. 13'514.68 fälschlicherweise gutgeschrieben worden und zurückzuzahlen sei (act. 2 S. 5). Sodann bestehen nach Angaben des Beschwerdeführers derzeit offene Debitoren in Höhe von Fr. 20'847.75 (act. 5/7). Der dazu eingereichten Debitorenliste kann entnommen werden, dass es sich dabei im Umfang von Fr. 4'210.-- allerdings um Rechnungen älteren Datums handelt, deren Beträge teilweise auch bereits gemahnt wurden, weshalb deren Erhältlichkeit ungewiss sein dürfte. Die übrigen Rechnungen datierend von Dezember 2019 bis Februar 2020 in Höhe von insgesamt Fr. 16'664.75 sind hingegen aktuell. Dennoch steht dieser Betrag dem Beschwerdeführer nicht unmittelbar zur Schuldentilgung zur Verfügung. Einerseits bestehen Zahlungsfristen von üblicherweise zehn bis 30 Tagen und andererseits ist erfahrungsgemäss ein Delkredererisiko zu beachten. Angesichts der Höhe der Debitorenforderungen vermag der Beschwerdeführer aber dennoch glaubhaft zu machen, dass zusammen mit dem sofort verfügbaren Bankguthaben genügend finanzielle Mittel vorhanden sind, um die betriebenen Schulden zu decken. Das gilt umso mehr, als die Behauptung des Beschwerdeführers zutrifft, mit zwei Konkursgläubigerinnen Abzahlungsvereinbarungen getroffen zu haben, und ihm allenfalls mehr Zeit für die Begleichung der in Betreuung gesetzten Forderungen verbleibt.

4.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer mit den vorhandenen flüssigen Mitteln (Fr. 5'864.15) die offenen, in Betreuung gesetzten und unmittelbar zu tilgenden Forderungen (Fr. 4'883.15) bezahlen kann. Sodann ist glaubhaft, dass der Beschwerdeführer mit den ausstehenden Debitorenzahlungen (Fr. 16'664.75) auch die übrige in Betreuung gesetzte Schuld (Fr. 3'212.30) wird tilgen und die laufenden Kosten wird decken können. Die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers sind allerdings knapp und es ist nicht ausser Acht zu lassen, dass gegen den Beschwerdeführer auch Betreibungen über verhältnismässig geringe Beträge eingeleitet wurden. Das spricht grundsätzlich gegen die Zahlungsfähigkeit. Immerhin ist auch zu beachten, dass es sich beim Unternehmen des Schuldners um ein erst im Jahr 2016 gegründetes, junges Unternehmen handelt, das bereits im zweiten vollen Geschäftsjahr (2018) nach einem Vorjahresverlust von Fr. 14'844.20 einen Gewinn in Höhe von Fr. 9'151.14 erwirtschaften konnte (act. 5/6). Zudem handelt es sich um die erste Konkursöffnung. Es rechtfertigt sich daher insgesamt, die Zahlungsfähigkeit im heutigen Zeitpunkt als glaubhaft zu erachten und von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit des Beschwerdeführers auszugehen, weshalb er nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt. Der Beschwerdeführer muss sich aber darüber im Klaren sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar eine erneute Konkursöffnung in absehbarer Zeit die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde unter Umständen nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

5. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Beschwerdeführers verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 426.80 ist dem Beschwerdegegner auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Februar 2020 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die vom Beschwerdegegner bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'000.-- (Fr. 1'600.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'400.-- Rest des vom Beschwerdegegner dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Beschwerdegegner Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 426.80 dem Beschwerdegegner auszusahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, je gegen Empfangsschein.

7. 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. K. Houweling-Wili

versandt am:
12. März 2020