

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 24. Januar 2022

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Januar 2022 (EK211878)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 4. Januar 2022 über den Beschwerdeführer den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 1'547.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2020, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 440.--, zuzüglich Fr. 160.-- Umtriebs- und Mahnspesen sowie Fr. 153.60 Betreuungskosten (act. 7). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. Januar 2022 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Zudem leistete der Beschwerdeführer bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/26). Mit Verfügung vom 18. Januar 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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 Konkurs hinderungsgründe 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).

3.1 Der Beschwerdeführer hinterlegte mit Zahlung vom 16. Januar 2022 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich zu Gunsten der Beschwerdegegnerin einen Betrag in Höhe von Fr. 1'530.50 (act. 5/23). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten (vgl. act. 6). Des Weiteren bezahlte der Beschwerdeführer am 17. Januar 2022 dem Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'500.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/25). Damit hat

der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat der Beschwerdeführer überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.2. 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).

3.3. Der Beschwerdeführer war mit der Firma "A1. _____" seit dem tt. Juli 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Firma wurde per tt. Dezember 2021 gelöscht. Das Einzelunternehmen bezweckte die Unternehmensberatung und Unterstützung in den Bereichen Controlling, Rechnungs- und Personalwesen sowie Informatik-Organisation und Online-Kommunikation, die Unterstützung und Förderung von Künstlern im Musikbereich sowie die Produktion und den Vertrieb von digitalen Anwendungen und Medien (act. 5/3). Zu seiner

Zahlungsfähigkeit gibt der Beschwerdeführer im Wesentlichen an, seine Ehefrau habe verschiedene Konti mit Barguthaben über Fr. 100'000.-- für allfällige kurzfristig auflaufende Verpflichtungen. Zudem sei er zusammen mit seinem Bruder Eigentümer eines Mehrfamilienhauses in C._____, welches derzeit verkauft würde. Bei einem geschätzten Wert von Fr. 2'000'000.-- und einer hypothekarischen Belastung von Fr. 1'100'000.-- werde der Erlös über Fr. 450'000.-- betragen, womit er zu erheblichen finanziellen Mitteln kommen werde. Zudem sei er hälftiger Eigentümer einer Ferienwohnung in D._____ samt Landstück, welches im Jahr 2008 für Fr. 369'078.-- gekauft worden war und mit Fr. 240'000.-- hypothekarisch belastet sei. Weiter verfüge er über Kontos bei der PostFinance und bei der Credit Suisse. Es bestünden sodann keine offenen Debitoren oder Kreditoren und sämtliche offenen Betreuungsausstände seien erledigt, indem die offenen Beträge bei der Obergerichtskasse hinterlegt worden seien (act. 2 S. 4 ff.).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 12 (act. 5/21) weist per 12. Januar 2022 keine Verlustscheine und 57 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 59'260.75 aus, wovon drei Betreibungen über Fr. 5'017.85 bereits erloschen sind und weitere 42 Betreibungen über Fr. 44'430.85 durch Bezahlung an Betreibungsamt/Gläubiger erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 1'707.55 vermerkt) derzeit noch elf offene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 8'105.25, wobei vier Betreibungen über Fr. 4'831.70 sich im Stadium der Pfändung befinden, bei fünf Betreibungen über Fr. 2'488.85 ebenfalls die Konkursandrohung ausgestellt wurde und zwei Betreibungen über Fr. 784.70 neu eingeleitet wurden.

3.5. Der Beschwerdeführer weist allerdings nach, den gesamten Betrag der noch offenen Betreibungen durch Zahlung von Fr. 8'105.25 am 16. Januar 2022 bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/22). Dieser Betrag wird dem zuständigen Betreibungsamt zur Tilgung der Forderungen (Betr.-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11) ausbezahlt sein – jedenfalls so weit ausreichend, da bei Zahlung

über das Betreibungsamt Inkassospesen anfallen (Art. 19 GebV SchKG) und die im Auszug aufgeführten Beträge nicht alle Zinsen und Kosten enthalten müssen. Des Weiteren wurde die Einzelfirma des Beschwerdeführers am 6. Dezember 2021 im Handelsregister gelöscht (act. 5/3) und aus dieser Geschäftstätigkeit bestehen nach Angaben des Beschwerdeführers keine anderen offenen Debitoren und Kreditoren mehr (act. 5/20). Unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist gestützt auf die eingereichten Unterlagen deshalb davon auszugehen, dass (abgesehen von allfälligen Inkassospesen des Betreibungsamtes sowie möglichen Zinsen und Kosten) einzig private laufende Verbindlichkeiten bestehen, die es zu decken gilt.

3.6. Zur Deckung dieser Verbindlichkeiten stehen dem Beschwerdeführer gemäss Kontoauszügen der PostFinance und der Credit Suisse betreffend der auf ihn lautenden Konti per 5./7. Januar 2022 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 1'847.57 (act. 5/18-19) sowie gemäss Kontoauszügen der PostFinance und der Raiffeisenbank ... betreffend der auf seine Ehefrau lautenden Konti per 31. Dezember 2021 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 65'072.31 (act. 5/8-9) zur Verfügung. Ferner macht der Beschwerdeführer gestützt auf den Grundbuchauszug des Grundbuchamtes Bezirk E. _____ AG vom 5. Juli 2013, die Verkehrswertschätzung vom 30. September 2013 und das Kaufangebot vom 5. Januar 2022 (act. 5/10-12) sowie den Kaufvertrag vom 7. November 2008 und den Grundpfandvertrag zur Errichtung eines Inhaberschuldbriefes (act. 5/14-15) weitere namhafte Aktiven in Form von Eigentumsanteilen an einer Liegenschaft in C. _____ und einer Ferienwohnung in F. _____ glaubhaft. Unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Inkassospesen, allfällige Zinsen und Kosten sowie die laufenden Verbindlichkeiten zu decken vermag.

3.7. Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung nicht auf eine ständige Illiquidität des Beschwerdeführers zurückzuführen ist, zumal der Beschwerdeführer offenbar in der Lage war, am 16. Januar 2022 den Betrag von Fr. 8'105.25 für die offenen in Betreuung gesetzten Schulden aufzubringen, und davon auszugehen ist, dass er auch den laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können. Somit erscheint insgesamt die wirtschaftli-

che Lebensfähigkeit des Beschwerdeführers wahrscheinlicher als das Gegenteil. Daher gilt der Beschwerdeführer nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. Die Beschwerde ist 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. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 1'530.50 ist der Beschwerdegegnerin auszuzahlen und der ebenfalls bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 8'105.25 ist an das Betreibungsamt Zürich 12 zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Januar 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.-- (Fr. 1'500.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 1'530.50 der Beschwerdegegnerin aus-zuzahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird ferner angewiesen, den bei ihr vom Beschwer-deführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 8'105.25 dem Betreibungsamt Zürich 12 aus-zuzahlen, zur Anrechnung an die offenen Betreibungen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirks-gerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Han-delsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 12, je gegen Empfangsschein.
7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-richt, 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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am:
24. Januar 2022