

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230084-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin Dr. S. Scheiwiller

Urteil vom 5. Juni 2023

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 2. Mai 2023 (EK230474)**

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 2. Mai 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner und Be-

schwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin; act. 5/3 = act. 8 [Aktenexemplar] = act. 9/8):

CHF	1'015.05	nebst Zins zu 5 % seit 18.06.2022
CHF	143.20	Kostenbeteiligungen KVG, Rechnung(en) vom 23.10.2021
CHF	23.25	Zins bis 17.06.2022
CHF	50.00	Mahnspesen vom 17.06.2022
CHF	50.00	Umtriebsspesen vom 17.06.2022
CHF	161.60	Betriebskosten

1.2 Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 15. Mai 2023 fristgerecht (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG sowie act. 9/11) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 16. Mai 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-11). Die Sache erweist sich als 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. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Der Schuldner hinterlegte am 8. Mai 2023 Fr. 1'500.– für die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten (act. 2 Rz 9 S. 7; act. 5/15 und act. 7/2). Dies erfolgte vor Ablauf der Beschwerdefrist (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG und act. 9/11). Damit sind die Konkursforderung sowie die Zinsen und Kosten von insgesamt

Fr. 1'487.30 (vgl. act. 8 und act. 10) gedeckt. Zudem leistete der Schuldner beim Konkursamt Oerlikon-Zürich am 8. Mai 2023 und damit ebenfalls fristgerecht einen Vorschuss von Fr. 1'800.–, der nach der Bestätigung des Konkursamts vom selben Datum ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 2 Rz 11 S. 7 f.; act. 5/18). Schliesslich bezahlte der Schuldner bei der Obergerichtskasse am 8. Mai 2023 Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 2 Rz 12 S. 8; act. 5/19 und act. 7/3). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach. Da die Hinterlegung nach der Konkurseröffnung erfolgt ist, hat der Schuldner darüber hinaus seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Auch das Vorhandensein von Verlustscheinen ist ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. zu Letzterem BGer 5A_470/2012 vom 19. November 2021 E. 3.3). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindrucks (zum Ganzen vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es grundsätzlich aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Erhöhte Anforderungen

an die Glaubhaftmachung sind dann zu stellen, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigungen in Betreibungen nach Art. 43 SchKG vorhanden sind. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; BGer 5A_181/2018 vom 30. April 2018 E. 3.1; BGer 5A_93/2018 vom 18. April 2018 E. 4.1).

4.2 Der Schuldner ist Gesellschafter der Kollektivgesellschaft C.____+Co mit Sitz in Zürich, welche den Verkauf von D.____ [Sprache] Büchern bezweckt (act. 6). Gemäss Schuldner stehe eine altehrwürdige Institution dahinter, die 1961 gegründete, einzige C'.____ in der Deutschschweiz, welche einen eigentlichen Zufluchtsort für viele in der Schweiz lebende ... und ... [Angehörige des Staates D'.____] darstelle mit dem Ziel, sie mit guter Literatur zu bedienen und gleichzeitig politisch aktiv zu sein (act. 2 Rz. 4 S. 3; vgl. auch act. 5/4). Gemäss Schuldner sei es zur Konkurseröffnung gekommen, da die Vorladung zur Konkurseröffnungs-Verhandlung am 30. März 2023 und damit wenige Tage nach dem am tt. März 2023 erfolgten Tod seiner über alles geliebten Mutter eingetroffen und aufgrund seiner tiefen Trauer nachvollziehbarerweise untergegangen sei. Bereits im Jahre 2021 sei dem Schuldner nach einer damals erfolgten Konkurseröffnung der Widerruf des Konkurses gelungen. Die Konkurseröffnung sei damals nur erfolgt, weil er die Frist für eine dagegen gerichtete Beschwerde verpasst habe (act. 2 Rz. 4 S. 4; vgl. auch act. 5/2 und act. 5/5–7).

5.1 Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreibung Nr. 1 zwei weitere Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung über total Fr. 1'479.85 offen sind, und bei fünf Betreibungen wurde der Konkurs eröffnet über total Fr. 8'707.45. Daneben befinden sich fünf weitere Betreibungen über total Fr. 5'782.20 im Anfangsstadium. Die restlichen 30 Betreibungen der letzten fünf Jahre – die erste wurde im Mai 2018 eingeleitet – sind erloschen, grösstenteils aufgrund von Zahlungen an das Betreibungsamt, teils auch durch Befriedigung nach Verwertung. Verlustscheine aus Pfändungen und frühere Konkurser-

öffnungen sind keine registriert. Insgesamt gehen aus dem Betreibungsregisterauszug (nebst der zum vorliegenden Konkurs führenden Betreibung) somit offene Betreibungsforderungen in der Höhe von Fr. 15'969.50 hervor.

Bei den gesamthaft 43 Betreibungs-Positionen erfolgten 16 Betreibungen durch die Steuerbehörden und 13 Betreibungen durch die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich. Sodann wurden acht Betreibungen eingeleitet durch verschiedene private Versicherungsgesellschaften, zwei durch das Strassenverkehrsamt, eine durch die E._____, eine durch das Bundesamt für Kommunikation, eine durch das Stadtrichteramt sowie eine durch die F._____ Schweiz AG (act. 5/14). Entsprechend handelt es sich mehrheitlich um öffentlich-rechtliche Schulden i.S.v. Art. 43 SchKG, welche von der Konkursbetreibung ausgenommen sind.

5.2 Hinsichtlich der offenen Forderungen wurde am 10. Mai 2023 ein Betrag von Fr. 16'500.– bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 7/1, act. 5/16). Diesbezüglich gibt der Schuldner an, dieser Betrag sei von seiner Exfrau und weiterhin als Partnerin zur Seite stehenden G._____ in Anrechnung an naheheliche Ausgleichsansprüche bezahlt worden. Hierzu verweist der Schuldner auf eine von G._____ unterzeichnete Erklärung, wonach sie die Stundung des bezahlten Betrages von Fr. 16'500.– auf unbestimmte Zeit gewähre (vgl. act. 2 Rz. 9 S. 7; act. 5/17). Er habe sich demnach nicht neu verschuldet, sondern er habe dies familienintern mithilfe seiner Partnerin bzw. Exfrau gelöst. Diese Hinterlegung sei seines Erachtens notwendig gewesen, da bei ihm bereits das zweite Mal der Konkurs eröffnet worden sei, dies jedoch nachvollziehbarerweise nicht aus finanziellen Gründen, sondern wegen einer psychischen Ausnahmesituation nach dem Tod der geliebten Mutter. Damit eine solche Situation nicht mehr geschehen könne, habe er sich entschlossen, die in Betreibung gesetzten Ausstände auf einmal zu bezahlen und beantrage dem Obergericht, noch einmal Milde walten zu lassen (vgl. act. 2 Rz. 14 S. 9).

6.1 Zu berücksichtigen ist weiter die allgemeine finanzielle Situation des Schuldners.

6.2 Der Schuldner gibt an, Debitoren im Umfang von Fr. 3'187.80 zu haben (H. _____ - ..., Zürich). Demgegenüber habe er nur vereinzelt offene Rechnungen bzw. Kreditoren wie laufende Telefonrechnungen, Strom, EWZ und Krankenkasse, welche er innert den jeweiligen Zahlungsfristen begleichen werde. Als Beleg hierfür dient eine eigens erstellte und unterzeichnete Kreditoren- und Debitorenliste vom 12. Mai 2023 (act. 2 Rz. 8 S. 6; act. 5/13).

6.3 In Bezug auf sein Vermögen führt der Schuldner aus, Mitglied der Erbengemeinschaft I. _____ und J. _____ zu sein, welche Eigentümerin von zwei Liegenschaften an der K. _____-strasse 1 und 2 in ... Zürich sei. Als Beleg reicht der Schuldner zwei Grundbuchauszüge, beide vom 11. Mai 2023, ein (act. 5/8–9). Intern gehöre dem Schuldner ein Anteil in der Höhe der Hälfte. Die andere Hälfte stehe dem Bruder des Schuldners, L. _____, zu. Zur selben Erbengemeinschaft gehöre ebenso Eigentum an einer Stockwerkeinheit an der M. _____-strasse 3 in ... Zürich, welche als Ladenlokal der C'. _____ diene. Der Schuldner reicht als Beleg ein Grundbuchauszug vom 10. Mai 2023 ein (act. 5/10). Der Schuldner habe das Ladenlokal bis heute in unverändertem Zustand belassen aus Respekt vor dem Lebenswerk der Mutter, welche bis zuletzt den Wunsch gehegt habe, noch einmal in die C'. _____ zurückzukehren und wiederzueröffnen. Die auf den Liegenschaften lastenden Hypotheken würden sich derzeit lediglich auf gesamthaft Fr. 1'095'000.– belaufen. Hierzu reicht der Schuldner eine selber erstellte und unterzeichnete Übersicht ein (act. 5/11). Die Liegenschaften hätten laut Schuldner offensichtlich einen bedeutend höheren Wert, weshalb diesbezüglich eine hohe stille Reserve vorhanden sei. Die im Grundbuch eingetragenen Inhaber- und Namen-Schuldbriefe würden sich denn auch auf bloss Fr. 1'130'000.– belaufen (act. 2 Rz. 5 S. 5).

6.4 Hinsichtlich seines Einkommens bringt der Schuldner vor, er sei mittlerweile 58 Jahre alt und lebe von seiner Tätigkeit in einer ...-Schule, wo er als Lehrer einen Überschussanteil von der Miete erhalte und dann vor allem von den Mietzinseinnahmen der drei erwähnten Liegenschaften, bei denen zuerst die tiefen Hypothekarkosten bedient würden, kleinere Reparaturen finanziert und der Rest zwischen dem Schuldner und seinem Bruder aufgeteilt würden. Von diesen Einkünften

ten könne der Schuldner einerseits gut leben und andererseits habe er dank dem Immobilienbesitz ein gesundes finanzielles Polster (act. 2 Rz. 7 S. 6).

6.5 Der Schuldner reicht zwei aktuelle Kontoauszüge ein. Aus diesen geht hervor, dass er bei der PostFinance auf einem Privatkonto per 4. Mai 2023 über einen Saldo von Fr. 4'041.36 verfügt. Der Kontoauszug bezieht sich auf den Zeitraum vom letzten halben Jahr vor der Konkurseröffnung (1. November 2022 bis 4. Mai 2023) und weist für diese Periode Gutschriften in Höhe von Fr. 23'993.15 und Lastschriften in Höhe von Fr. 20'636.45 auf. Die einzelnen Gutschriften betreffen grösstenteils Beiträge für das ...-Training und Einnahmen für die ...-Miete. Grössere Gutschriften erfolgten auch durch die H._____ (act. 5/12). Der zweite Kontoauszug betrifft ein Geschäftskonto, lautend auf C._____+Co, und weist per 4. Mai 2023 einen Kontostand von Fr. 68.72 auf, wobei das Konto im letzten halben Jahr lediglich mit dem monatlichen Preis für die Kontoführung und für die PostFinance-Karte belastet wurde; Gutschriften bzw. sonstige Lastschriften gab es keine (vgl. act. 5/12).

6.6 Zur steuerlichen Situation des Schuldners liegen keine Belege vor. Der Schuldner gibt diesbezüglich an, in den letzten Jahren keine Steuererklärungen eingereicht zu haben, da er ein tiefes Einkommen, jedoch genügend Vermögen habe. Er lasse sich einschätzen (act. 2 Rz. 6 S. 6).

6.7 Ebenfalls fehlt eine Zusammenstellung der Lebenshaltungskosten des Schuldners. Aus den Angaben seines Privatkontos lässt sich lediglich schliessen, dass im Zeitraum vom 1. November 2022 bis 4. Mai 2023 die Einnahmen (Fr. 23'933.15) seine Ausgaben (Fr. 20'636.45) leicht überstiegen haben.

6.8 Schliesslich gibt der Schuldner an, es sei geplant, die Kollektivgesellschaft C._____+Co aufzulösen und die Immobilien zwischen ihm und seinem Bruder aufzuteilen bzw. zu verkaufen und so in Zukunft von den erheblichen finanziellen Mitteln zu leben (act. 2 Rz. 14 S. 9).

7. In Würdigung der geschilderten Umstände ist festzuhalten, dass der Schuldner zwar sämtliche offenen Betreibungsforderungen sichergestellt hat und dass

auch keine Verlustscheine vorliegen. Allerdings wirft der Umstand, dass der Schuldner regelmässig öffentlich-rechtliche Schulden i.S.v. Art. 43 SchKG, welche nicht der Konkursbetreibung unterliegen und aufgrund derer keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht, nicht bzw. erst nach einer Betreibung bezahlt, ein schlechtes Licht auf sein Zahlungsverhalten. Es ist mangels Angaben und Belegen des Schuldners sodann unklar, ob nach der (offenbar) geplanten Auflösung der Kollektivgesellschaft ein Überschuss verbleibt bzw. was für ein Erlös durch den Verkauf der Stockwerkeinheit an der M.____-strasse 3 in ... Zürich, die bis jetzt als Ladenlokal diente, zu erwarten ist. Weiter war es dem Schuldner nur mithilfe seiner Exfrau möglich, die offenen Betreibungen in Höhe von rund Fr. 16'500.– sicherzustellen. In diesem Zusammenhang ist unsicher, ob und wann er den Betrag an seine Exfrau zurückzahlen muss. Gestützt auf die unterzeichnete Stundungserklärung von G.____, wonach die Schuld auf "unbestimmte Zeit" gestundet sei, erscheint es jedoch glaubhaft, dass sie in nächster Zukunft keine Rückzahlung verlangen wird. Insofern resultiert zumindest kurzfristig eine verbesserte Zahlungsfähigkeit des Schuldners, dessen Einkünfte (...-Training, ...-Miete) unter Berücksichtigung seiner Kontoauszüge als gesichert erscheinen. Als glaubhaft erscheinen aufgrund vergangener Konto-Gutschriften auch dessen Debitoren-Angaben. Überdies kann aufgrund der zentralen Lage des Ladenlokals im Kreis ... der Stadt Zürich von einem Verkaufserlös ausgegangen werden, der es dem Schuldner – neben seinen weiteren Einkünften – ermöglichen sollte, wenigstens in den nächsten zwei Jahren seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Auch wenn es in den letzten fünf Jahren bereits zu mehreren Konkursöffnungen und -androhungen gekommen ist, ist angesichts der geschilderten Umstände, insbesondere der Tatsache, dass die offenen Betreibungen sichergestellt wurden, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners – bei grosszügiger Betrachtung und trotz knapper Angaben – einstweilen als wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit zu beurteilen. Der Schuldner muss sich aber darüber im Klaren sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen die Beurteilung so verändern könnten, dass eine weitere Beschwerde kaum mehr Aussicht auf Erfolg hätte.

8. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den für die Forderung der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 1'500.– in der Höhe von Fr. 1'487.30 der Gläubigerin und den verbleibenden Betrag dem Schuldner auszubezahlen. Den weiteren bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrag in der Höhe von Fr. 16'500.– ist wie vom Beschwerdeführer beantragt dem zuständigen Betreibungsamt zwecks Bezahlung der übrigen offenen Betreibungsforderungen zu überweisen. Ein allfälliger Restbetrag wird dem Schuldner zurückzuerstatten sein.

9. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Mai 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr 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. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 1'500.– der Gläubigerin Fr. 1'487.30 und den Rest dem Schuldner auszubezahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den vom Schuldner hinterlegten Betrag von Fr. 16'500.– an das Betreibungsamt Zürich 11 zur Begleichung der übrigen offenen Betreibungsforderungen zu überweisen. Ein allfälliger Restbetrag ist dem Schuldner zurückzuerstatten.
6. Das Konkursamt Oerlikon-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 geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin 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.
8. 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:

Dr. S. Scheiwiler

versandt am:
6. Juni 2023