

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170148-O/U

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

Urteil vom 20. Juli 2017

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 27. Juni 2017(EK170206)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist als Inhaber des Einzelunternehmens "A._____ Service", welches Glasfaserinstallationen und die Erbringung aller damit zusammenhängenden Dienstleistungen bezweckt, im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 7/4).

2.1 Mit Urteil vom 27. Juni 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Kloten den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'071.80 nebst Zins zu 5 % seit 1. Mai 2016, Fr. 150.– Spesen sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 6 [= act. 3 = act. 7/10]). Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 5. Juli 2017 zugestellt (act. 7/11).

2.2 Mit Eingabe vom 17. Juli 2017 erhob der Schuldner rechtzeitig Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 S. 2). Der Kostenvorschuss für das vorliegende Verfahren wurde am 14. Juli 2017 bereits geleistet (act. 5/4). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

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 Konkurshindereungsgründe 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 am 14. Juli 2017 bei der Obergerichtskasse zu Handen der Gläubigerin Fr. 1'430.35 und damit den der Restforderung inkl. Zins und Kosten entsprechenden Betrag hinterlegen lassen (act. 5/3; vgl. act. 6 S. 2). Im Weiteren hat er am 3. Juli 2017 beim Konkursamt Bassersdorf zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 600.– sichergestellt (act. 5/2). Schliesslich hat der Schuldner am 14. Juli 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einzahlen lassen (act. 5/4). Der Konkurshindereungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung 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, 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, sys-
tematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die
Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkur-
siten 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 Ver-
pflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufen-
den Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH,
PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betrei-
bungsamtes Kloten vom 29. Juni 2017 ergeben sich neben der Konkursforderung
(Betreibung Nr. 1) 30 weitere Betreibungen, wobei in 24 dieser Betreibungen die
Betreibungsforderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. In zwei Be-
treibungen wurde der Gläubiger zudem nach Verwertung befriedigt. Damit ver-
bleiben 4 offene Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 9'328.55. Von
diesen vier Betreibungen befinden sich zwei (Gesamtbetrag Fr. 5'358.90) noch im
Einleitungsverfahren und bei zwei Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger
(Gesamtbetrag Fr. 3'969.65) läuft die Pfändung (act. 5/7).

Anzufügen ist an dieser Stelle, dass der Schuldner weder die Konkursforde-
rung, noch die Kosten des vorliegenden Verfahrens selbst bezahlt hat, sondern
dies vielmehr ein Dritter für ihn getan hat (vgl. act. 5/3-4). Der Schuldner führt da-
zu aus, dass er dem Dritten diese vorgeschossenen Beträge innerhalb der nächs-
ten zwei Monate zurückzahlen werde (act. 2 S. 5, Rz. 17).

2.4 Zum Grund der Konkursöffnung führt der Schuldner weiter aus, diese sei
nicht auf sein wirtschaftliches Unvermögen zurück zu führen. Vielmehr sei die
Zahlung der ausstehenden Krankenkassenrechnung aufgrund mangelnder Sorg-
falt nicht erfolgt. Dies gelte auch für die weiteren, im Betreibungsregister aufge-
führten, letztlich jedoch jeweils gegenüber dem Betreibungsamt beglichenen For-
derungen (act. 2 S. 5, Rz. 19). Die die Trennung von seiner Ehefrau im Jahr 2008

sowie die anschliessende Scheidung im Jahr 2010 hätten ihn in eine Lebenskrise gestürzt, in deren Zuge er zwar seiner Arbeit habe nachgehen können, im privaten Bereich jedoch die Zügel habe schleifen lassen. Rechnungen habe er regelmässig erst beglichen, nachdem ihm die Dringlichkeit der Situation mittels Zahlungsbefehl ins Bewusstsein gerufen worden sei. Immerhin sei anhand seines Betreibungsregisterauszuges ersichtlich, dass er durchaus in der Lage sei, seinen Verpflichtungen nachzukommen (act. 2 S. 5 f., Rz. 20 f.).

Zu seinen Einnahmen führt der Schuldner sodann aus, er verfüge über eine feste, unbefristete Anstellung bei der C. _____ GmbH und erziele dort aktuell ein Erwerbseinkommen von Fr. 5'827.– brutto, was einem Bruttojahreseinkommen von Fr. 69'925.– entspreche (act. 2 S. 5, Rz. 14). Sein monatliches Nettoeinkommen belaufe sich auf Fr. 3'976.– (act. 2 S. 5). Zum Beleg seines Einkommens reicht der Schuldner den Lohnausweis 2016 ein, gemäss welchem er im Jahr 2016 brutto Fr. 69'925.– bzw. netto Fr. 62'161.– verdient hat (vgl. act. 5/5). Dieses Nettoeinkommen würde einem monatlichen Nettolohn von Fr. 5'180.– entsprechen; der vom Schuldner angegebene Nettolohn von Fr. 3'976.– pro Monat ist anhand der eingereichten Unterlagen demgegenüber nicht nachvollziehbar.

Weiter macht der Schuldner geltend, sein monatliches Existenzminimum betrage Fr. 1'439.– zzgl. Fr. 800.– Mietkosten, Fr. 240.– Krankenkassenprämie sowie Fr. 500.– Kinderunterhaltsbeiträge, was insgesamt einen Betrag von Fr. 2'979.– ergibt. Damit verbleibe ihm ein monatlicher Freibetrag von Fr. 997.–, mit welchem er durchaus in der Lage sei, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen (act. 2 S. 5, Rz. 16 f.). Als Beleg reicht der Schuldner eine Existenzminimumsberechnung des Betreibungsamtes Kloten vom 8. Mai 2017 ins Recht, in welcher das Betreibungsamt vom vorgenannten Existenzminimum von Fr. 2'979.– (inkl. Mietzins, Krankenkasse und Kinderunterhaltsbeiträge) ausgegangen ist. Indes hat es festgehalten, dass die Kosten für die Miete von Fr. 800.–, die Krankenkassenprämie von Fr. 240.– sowie die Alimente von Fr. 550.– nur gegen Vorweisung der Quittung berücksichtigt würden. Ausgehend von einem variablen Nettomonatseinkommen von rund Fr. 4'300.– hat das Betreibungsamt so- dann das das monatliche Existenzminimum übersteigende Einkommen für die

Dauer von längstens einem Jahr und damit bis maximal 30. März 2018 gepfändet (act. 5/6).

2.5 Vorab festzuhalten ist, dass der Schuldner keinerlei Ausführungen zu allfälligen Einnahmen oder Ausgaben im Rahmen der im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung macht. Indes ergeben sich zumindest aus dem vom Schuldner eingereichten Betreibungsregisterauszug keine offensichtlich mit dieser Tätigkeit in Zusammenhang stehenden Betreibungen (vgl. act. 5/7), weshalb offen gelassen werden kann, ob der Schuldner neben seiner unselbständigen auch eine selbständige Tätigkeit ausübt. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass der Schuldner über offene Betreibungsforderungen von Fr. 9'328.55 (vgl. vorstehend Ziff. II.2.3) verfügt. Hinzu kommt der ihm von einem Dritten zur Sicherstellung der Konkursforderung sowie der Kosten des vorliegenden Verfahrens geliehene Betrag von Fr. 2'180.35 (Fr. 750.– + Fr. 1'430.35), wobei diesbezüglich festzuhalten ist, dass es aufgrund der laufenden Einkommenspfändung nicht möglich erscheint, dass der Schuldner die für das vorliegende Verfahren aufgenommenen Schulden – wie von ihm geltend gemacht – innert den nächsten zwei Monaten zurückzubezahlen vermag. Dennoch ist ausgehend von dem vom Schuldner selbst genannten Nettoeinkommen von Fr. 3'976.– pro Monat, welches unter dem für das Jahr 2016 ausgewiesenen Einkommen bzw. unter dem vom Betreibungsamt anlässlich der Einkommenspfändung angenommenen Einkommen liegt, sowie dem vom Betreibungsamt berechneten Existenzminimum von Fr. 2'979.– pro Monat (inkl. Mietzins, Krankenkasse und Kinderunterhaltsbeiträge) die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu bejahen, da der Schuldner gestützt auf diese Zahlen in der Lage ist, die offenen Betreibungsforderungen inkl. den für das vorliegende Konkursverfahren neu gemachten Schulden in rund einem Jahr abzubezahlen. Aufgrund dessen ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zumindest wahrscheinlicher, als seine Zahlungsunfähigkeit, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

III.

Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkureröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihm die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. 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 Bezirksgerichtes Bülach vom 27. Juni 2017 (Geschäfts-Nr. EK170206-C), 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. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 600.– 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 auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 1'430.35 der Gläubigerin auszusahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Kloten, 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:

M^hLaw N. Seebacher

versandt am: