

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170251-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 12. Dezember 2017

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.\_\_\_\_ AG, Inkasso,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 27. Oktober 2017 (EK171619)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem 25. Juni 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_, Inhaber A.\_\_\_\_\_". Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen den Betrieb einer Metzgerei, Handel mit Fleischprodukten, Lebensmitteln und Backwaren sowie Handel mit Waren aller Art (act. 7).

1.2. Mit Urteil vom 27. Oktober 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 558.80 nebst 5 % Zins seit 13. Mai 2017, Fr. 12.45 Zinsen, Fr. 60.00 Mahngebühren und Fr. 106.60 Betreibungskosten (act. 3 = act. 6/10).

1.3. Gegen das Urteil vom 27. Oktober 2017 (zugestellt am 2. November 2017, act. 6/13) erhob der Schuldner mit Eingabe vom 13. November 2017 (Datum Poststempel, eingegangen am 15. November 2017) fristgerecht Beschwerde (act. 2 und act. 5/2-16). Er beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, ihm in diesem Verfahren keine Kosten aufzuerlegen und der Gläubigerin keine Parteientschädigung zuzusprechen, und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihm mit Verfügung vom 16. November 2017 (act. 8) gewährt wurde.

1.4. Da der Schuldner bereits am 6. November 2017 Fr. 750.– an die Obergerichtskasse überwiesen hatte (vgl. act. 5/4), konnte von einer Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses abgesehen werden. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 6/1-13). Eine Beschwerdeantwort war nicht einzuholen; das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung 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. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

2.2. 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 Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen nicht gewährt (BGE 136 III 294 E. 3. S. 294 ff. und 139 III 491 E. 4 S. 492 ff.).

3.

3.1. Der Konkureröffnung liegt eine Forderung von Fr. 750.65 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 558.80 vom 13. Mai 2017 bis 27. Oktober 2017 sowie Fr. 106.60 Betriebskosten, Fr. 12.45 Zinsen und Fr. 60.00 Mahngebühren) zu Grunde (act. 3). Der Schuldner belegt mittels Abrechnung des Betriebsamtes Zürich 4, diese Forderung am 1. November 2017 bezahlt zu haben (act. 5/2). Damit hat der Schuldner die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betriebsamtes Zürich 4) samt Zinsen und Betriebskosten bezahlt. Im Weiteren hat der Schuldner am 1. November 2017 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– an das Konkursamt Aussersihl-Zürich bezahlt. Das Konkursamt bestätigte gleichentags, dass dieser Betrag sowohl die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens als auch die konkursamtlichen Kosten zu decken vermöge, falls der Beschwerde gegen die Konkureröffnung die aufschiebende Wirkung erteilt oder das Urteil der Vorinstanz aufgehoben werde (vgl. act. 5/3).

Ebenso hat der Schuldner, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 5/4, oben E. 1.4). Der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) wurde damit innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.2. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, welcher beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner hingegen noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

3.3. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte aktuelle Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 4 führt nebst der dieser Konkursöffnung zugrunde liegenden, nun bezahlten Forderung noch eine weitere Forderung derselben Gläubigerin auf, welche der Schuldner mittlerweile ebenfalls bezahlt hat. Offen sind somit drei Forderungen der SVA des Kantons Zürich im Gesamtbetrag von Fr. 6'250.30 sowie eine Forderung des Steueramtes der Stadt Zürich in Höhe von Fr. 2'519.30 (vgl. act. 5/5). Gemäss Auszug über die offenen Betreibungen des Betreibungsamtes, ebenfalls vom selben Datum, belaufen sich die offenen Forderungen per 6. November 2017 insgesamt auf Fr. 8'662.35. Für zwei dieser Forderungen (Forderung des Steueramtes und Forderung der SVA in Höhe von Fr. 1'183.50) wurde bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt. Der Schuldner führt dazu aus, am 10. November 2017 eine Zahlung von Fr. 1'642.85 an die SVA geleistet zu haben (vgl. act. 2 S. 2 und act. 5/6). Die Schuld hat sich damit seiner Ansicht nach auf insgesamt Fr. 7'019.50 reduziert. Trotz entsprechendem Zahlungsbeleg kann jedoch aus den eingereichten Unterlagen nicht abschliessend beurteilt werden, ob es sich bei der Zahlung um eine Abzahlung der offenen, im Betreibungsregister erfassten Schulden, oder aber um die Bezahlung einer weiteren, neuen Forderung der SVA handelt. Belegt ist hingegen, dass der Schuldner sich bei der SVA über die Möglichkeit von Ratenzahlungen erkundigte und die SVA ihm mit (noch nicht näher bekannten) Zahlungserleichterungen entgegenkommen will (vgl. act. 5/8). Es ist daher aktuell von offenen Forderungen gegenüber dem Schuldner von zwischen rund Fr. 7'020.00 und Fr. 8'665.00 auszugehen. Was die Aktiven des Schuldners betrifft, so verweist er auf sein Postfinance Konto mit einem Saldo von Fr. 2'511.08 per 10. November 2017 (vgl. act. 5/9). Ebenso weist er darauf hin, dass die Einzelunternehmung per Ende Oktober 2017 einen Gewinn von Fr. 2'313.81 aufweise (act. 5/10). Aus den eingereichten Jahresrechnungen für die Jahre 2015 und 2016 ergibt sich ein Gewinn von gerundet knapp Fr. 21'000.00 im Jahr 2015 (wobei in diesem Jahr keine Löhne ausgerichtet wur-

den) und Fr. 20'725.00 im Jahr 2016. Im Sinne einer "Sanierungsmassnahme" reicht der Schuldner eine Erklärung seiner Frau ein, welche bestätigt, bei der Einzelunternehmung in einem 50%-Pensum angestellt zu sein und während eines Jahres eine Kürzung ihres Lohnes von Fr. 1'700.00 auf Fr. 1'200.00 hinzunehmen (jährliche Ersparnisse von Fr. 6'000.00). Der Schuldner, welcher offenbar im Einzelunternehmen nicht operativ tätig ist, bestätigt, dass von seinem Lohn, welchen er aus einer Anstellung beim Restaurant Pizzeria D. \_\_\_\_\_ in E. \_\_\_\_\_ verdiene (Fr. 4'387.00 netto, vgl. act. 5/15 und 5/16), künftig im Sinne einer "freiwilligen Lohnpfändung", erstmals per Ende November und für die Dauer eines Jahres, Fr. 500.00 direkt an das Betreibungsamt Zürich 4 bezahlt werde (vgl. act. 5/11). Mit dieser direkten Zahlung von Fr. 500.00 monatlich an das Betreibungsamt wird der Schuldner seine offenen Forderungen in einem Jahr um Fr. 6'000.00 abtragen können. Auch wenn die freiwillige Vereinbarung mit dem Arbeitgeber theoretisch widerrufen werden könnte, zeigen die verschiedenen Massnahmen des Schuldners zumindest dessen Bemühungen, sich für das wirtschaftliche Fortkommen seiner Einzelunternehmung und für die Begleichung der offenen Schulden einzusetzen. Zu würdigen ist weiter, dass der Schuldner unabhängig von seiner Einzelunternehmung bei einem anderen Arbeitgeber den besagten Lohn verdient und in den letzten Betriebsjahren mit seiner Einzelunternehmung einen Gewinn erzielen konnte.

3.5. Kann die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit (vgl. oben E. 3.3) gestellt werden (BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Zusammengefasst ist nach dem Dargestellten daher glaubhaft, dass der Schuldner mit dem erwarteten Gewinn für das Jahr 2017 sowie seinen "Sparmassnahmen" die offenen Betreibungen innert nützlicher Frist ratenweise abtragen können. Die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten erscheint daher wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit; die bloss temporäre Illiquidität des Schuldners ist hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der am 27. Oktober 2017 über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

4.

Was die Kostenfolge betrifft, so hat der Schuldner trotz der Gutheissung seiner Beschwerde die Kosten beider Instanzen zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. Oktober 2017, 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. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– 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.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Aussersihl-Zürich und die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Zürich 4 und das Betreibungsamt Dietikon, je gegen Empfangsschein.
5. 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. Menghini-Griessen

versandt am: