

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210043-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 31. März 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 4. März 2021 (EK210157)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner ist seit mm.1997 als unbeschränkt haftendes Mitglied der C._____ & Partner im Handelsregister eingetragen (act. 6). Er unterliegt dadurch der Konkursbetreibung (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Am 4. März 2021 wurde über ihn auf Begehren der Gläubigerin der Konkurs eröffnet für eine Forderung von insgesamt Fr. 41'044.90 zuzüglich 5% Zins seit 1. Januar 2020 auf Fr. 5'538.– und Betreibungskosten (act. 7 [= act. 3 = act. 8/8]).

1.2. Am 19. März 2021 erhob der Schuldner rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil des Konkursgerichtes (act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 11). Mit Verfügung vom 22. März 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-12). Der Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (act. 11).

2.

2.1. Die Konkursöffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 139 III 491).

2.2. Der Schuldner belegt im Beschwerdeverfahren, dass er der Gläubigerin am 21. August 2020 eine Teilzahlung von Fr. 33'458.70 geleistet hat (act. 5/6-7). Gemäss Abrechnung des Betreibungsamtes war am 17. März 2021 noch ein Betrag von Fr. 8'027.60 inkl. Zins und Kosten offen (act. 5/6). Diesen hat der Schuldner mit Einzahlung vom 18. März 2021 beim Obergericht hinterlegt (act.

5/9). Zudem hat er beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 5/10). Damit wurde innert der Beschwerdefrist der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung nachgewiesen.

2.3. Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. 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 den Eindruck erhält, diese 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 E. 2.3).

2.4. Der Schuldner führt aus, im Jahr 2005 sei seine Ehefrau gestorben. Es seien weitere Schicksalsschläge gefolgt, welche ihn schwer getroffen hätten. Um das Jahr 2013 habe er die Geschäftstätigkeit aufgegeben und die Kommanditgesellschaft still gelegt. Danach sei er nicht mehr arbeitstätig gewesen, es habe ihm Kraft und Antrieb gefehlt. Er habe von seinem (noch heute) stattlichen Vermögen leben können. Seit 2017 sei er im Pensionsalter. Mit seiner Rente sowie Mietzins-einnahmen und dem vorhandenen Vermögen sei er in der Lage, die Schulden zu begleichen und für die regelmässigen Ausgaben aufzukommen (act. 2 S. 4 ff.).

2.5. Der Betreibungsregisterauszug des Schuldners zeigt, dass in den letzten fünf Jahren eine Vielzahl von Beteiligungen – auch für kleinere Forderungsbeträge – gegen ihn eingeleitet wurden. Insgesamt sind 86 Beteiligungen verzeichnet. Lässt man die nun bezahlte bzw. hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind noch 13 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 26'998.75 offen. Davon gelang-

ten bereits mehrere ins Stadium der Konkursandrohung. Verlustscheine oder frühere Konkurse sind keine registriert (vgl. act. 5/5 S. 8). Auch über die Kommanditgesellschaft wurde gemäss Handelsregisterauszug noch nie der Konkurs eröffnet (vgl. act. 6). Offenbar ist sie nun seit Jahren inaktiv (act. 2 S. 3). Es bestehen damit keine Anhaltspunkte dafür, dass bei dieser noch weitere offene Verpflichtungen bestehen, für welche der Schuldner belangt werden könnte.

2.6. Der Schuldner führt aus, die Betreibungen seien erfolgt, da er seine administrativen Verpflichtungen lange Zeit vernachlässigt habe. Er sei sich bewusst, dass er diesbezüglich Hilfe in Anspruch nehmen müsse und werde dies auch tun. Mit seinem Vermögen könne er die offenen Schulden problemlos begleichen, was er zeitnah in Angriff nehmen werde (act. 2 S. 8-9).

Der Schuldner ist Alleineigentümer eines Einfamilienhauses mit Einliegerwohnung in D._____, das er seit dem Jahr 1989 bewohnt (act. 5/11; act. 5/12 S. 7). Dem Grundbuchauszug lässt sich entnehmen, dass die Liegenschaft im Januar 1989 mit einer Hypothek von Fr. 900'000.– belastet war (act. 5/11). Aktuell besteht gemäss Vermögensauszug der E._____ [Bank] noch eine Hypothek von Fr. 650'000.– (act. 5/14). Der Schuldner geht von einem Verkehrswert der Liegenschaft von rund Fr. 1.7 Mio. aus (act. 2 S. 6). Auch wenn hierfür keine Belege vorliegen, ist immerhin glaubhaft, dass der Verkehrswert die Hypothekarbelastung übersteigt. Dieses Vermögen ist aber ohnehin gebunden und steht nicht unmittelbar zur Schuldentilgung zur Verfügung. Die drei Konten des Schuldners bei der F._____ wiesen per 5. März 2021 ein Kontoguthaben von insgesamt Fr. 24'190.– auf (act. 5/13). Bei der E._____ verfügt der Schuldner ausserdem über Barvermögen von Fr. 64'133.– und Wertschriften von Fr. 824'975.– (act. 5/13-14). Damit verfügt er ohne Weiteres über genügend liquide Mittel, um die offenen Schulden zu begleichen.

2.7. Der Schuldner ist im Pensionsalter und erhält monatliche BVG-Renten von total Fr. 2'475.90 (act. 2 S. 7; act. 5/13). Er gibt ausserdem an, er generiere monatliche Mietzinseinnahmen aus der Vermietung der Einliegerwohnung von Fr. 1'740.– (act. 2 S. 2). Entsprechende Zahlungseingänge sind nur für die Monate Januar bis April 2020 belegt (act. 5/16). Zugunsten des Schuldners kann aber

davon ausgegangen werden, dass er die Einliegerwohnung weiterhin zu einem Mietzins in dieser Höhe wird vermieten können. Damit kann er mit regelmässigen monatlichen Einkünften von Fr. 4'216.– rechnen. Ausserdem kann davon ausgegangen werden, dass der Schuldner Anspruch auf eine AHV-Rente hat. Gemäss Schuldner werde ihm diese noch nicht ausbezahlt, weil er sich noch nicht um die dafür notwendigen Formalitäten gekümmert habe; er werde dies aber demnächst nachholen (act. 2 S. 8). Die Höhe der AHV-Leistungen ist damit noch unbekannt. Seine monatlichen Lebenshaltungskosten schätzt der Schuldner auf insgesamt rund Fr. 3'727.– (bestehend aus Grundbetrag Fr. 1'200.–, Hypothek Fr. 1'020.–, Nebenkosten Fr. 500.–, Krankenkasse Fr. 461.–, Kommunikation Fr. 211.–, Serafe Fr. 35.– und Varia Fr. 300.–; act. 2 S. 10). Diese Zusammenstellung erscheint auch anhand der eingereichten Kontoauszüge plausibel (act. 5/13; act. 5/16). Hinzu kommen noch die Steuern. Ausgehend vom eingereichten Einschätzungsentscheid für das Jahr 2018 (act. 5/15) dürften sich diese auf monatlich Fr. 200.– bis Fr. 300.– belaufen. Diese laufenden Verpflichtungen wird der Schuldner mit seinen Einkünften damit decken können. Für allfällige unvorhergesehene Kosten könnte er zudem auf das erwähnte Vermögen zurückgreifen.

2.8. Insgesamt ist damit glaubhaft, dass die gegen den Schuldner angehobenen Betreibungen sowie die Konkursöffnung auf eine Vernachlässigung der administrativen Angelegenheiten und nicht auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten zurück zu führen sind. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist daher hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, und das Konkursbegehren ist abzuweisen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass bei einer weiteren Konkursöffnung in einem zweiten Beschwerdeverfahren in der Regel strengere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Kosten beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, da er das Verfahren durch die Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. März 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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 Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– 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 auszuführen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Schuldner einbezahlten Betrag in der Höhe von Fr. 8'027.60 an die Gläubigerin ausbezahlen.
5. 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 Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 10, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
1. April 2021