

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210098-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 5. Juli 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Juni 2021 (EK210762)

Erwägungen:

I.

1.1 Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) eröffnete mit Urteil vom 1. Juni 2021 für eine Forderung von Fr. 267.70 und Fr. 11.20, je zzgl. 5% Zins seit 1. September 2020, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 85.– vom 24. Oktober 2020, Fr. 110.– administrative Kosten, Fr. 10.35 fällige Zinsen und Fr. 159.20 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 7) über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) den Konkurs (act. 9/8 = act. 3).

1.2 Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 10. Juni 2021 (überbracht) Beschwerde bei der Kammer und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/2-9 und act. 5/1-2). Er belegte, den üblichen Kostenvorschuss von Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt zu haben (act. 5/1).

1.3 Mit Verfügung der Kammer vom 10. Juni 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Mit Verfügung vom 14. Juni 2021 wurden dem Schuldner die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkurseröffnung (Art. 174 Abs. 2 SchKG), insbesondere die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit, erläutert und er wurde darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne (act. 12). Die Verfügung wurde dem Schuldner zwecks rascher Kenntnisnahme vorab per A-Post zugestellt (act. 12 S. 5).

1.4 Nach Eingang der erstinstanzlichen Akten (act. 9/1-11) wurde ersichtlich, dass die vorinstanzliche Zustellung des Konkursurteils an den Schuldner gescheitert war. Die Post retournierte die Sendung mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorinstanz (vgl. 9/11; vgl. auch act. 14).

Die Beschwerdefrist beginnt am Tag nach der förmlichen Zustellung des Konkursentscheides zu laufen (vgl. Art. 138 Abs. 1 ZPO und Art. 142 Abs. 1 ZPO). Stellt das Gericht einen Entscheid durch eingeschriebene Postsendung zu und wird die Postsendung nicht entgegengenommen, so gilt die Zustellung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Entgegen seiner Behauptung in der Beschwerdeschrift (act. 2 S. 1) konnte dem Schuldner die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden (act. 9/5 und act. 9/7). Er hatte somit Kenntnis vom Verfahren. Es bestand ein Prozessrechtsverhältnis und der Schuldner musste mit der Zustellung von behördlichen Akten rechnen. Gestützt auf Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ist daher von einer fiktiven Zustellung am letzten Tag der Abholfrist, d.h. am 9. Juni 2021 (act. 14) auszugehen (vgl. Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, N 52 ff. zu Art. 138 ZPO; BGE 130 III 396 Erw. 1.2.3). Die zehntägige Rechtsmittelfrist begann somit am Folgetag der fiktiven Zustellung, d.h. am 10. Juni 2021, zu laufen und endete am Montag, 21. Juni 2021 (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO), ohne dass der Schuldner seine Beschwerde ergänzt hätte.

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. Tilgung und Hinterlegung betreffen die Forderung samt Zinsen und Kosten. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe 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 hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Der Schuldner hat mittels Quittung der Zentralen Inkassostelle der Gerichte nachgewiesen, am 10. Juni 2021 für die Konkursforderung der Gläubigerin, welche sich inkl. Zinsen und Kosten auf Fr. 481.35 beläuft (vgl. act. 7), einen Betrag von Fr. 600.– hinterlegt zu haben (act. 5/2). Weiter hat der Schuldner gemäss Bestätigung des Konkursamtes Hottingen-Zürich vom 10. Juni 2021 die Kosten des Konkursgerichtes (Vorinstanz) und die aufgelaufenen Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit Zahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 4/2). Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt und bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit – d.h. innert etwa zwei Jahren – 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 ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Wie die Zahlungsfähigkeit im Einzelfall glaubhaft gemacht werden muss, lässt sich nicht allgemein sagen, da es auf die konkreten Verhältnisse ankommt.

4.2 In der Beschwerdeschrift vom 10. Juni 2021 machte der Schuldner geltend, die Konkursöffnung sei Folge einer Unachtsamkeit. Das Nichtbezahlen einer einzigen Monatsrate der Gläubigerin sei ein Versehen und auch auf seine spärlichen Deutschkenntnisse zurück zu führen. Als Inhaber der Einzelfirma C._____, Inh. A._____, welche ein ... [Küchenstil] Restaurant in Zürich führe, sei er immer bemüht, alle Rechnungen fristgerecht zu bezahlen. Auch in der schweren Corona-Zeit habe er die Einzelfirma erfolgreich führen können und sei seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber Mitarbeitern, Sozialpartnern und Lieferanten stets pünktlich nachgekommen. Mit einem Kontostand von Fr. 55'000.– könne er alle laufenden Ausgaben decken. Seine Rechnungen habe er stets bezahlt. Die

einzig offene Forderung gemäss Betreibungsregisterauszug werde bestritten, sei jedoch durch das Vermögen gedeckt. Es handle sich um eine Rechtsstreitigkeit mit seiner Ex-Frau wegen eines ausserehelichen Kindes. Sonstige verfallene Rechnungen bestünden keine. Wegen der Kontosperrung könne er die Rechnungen aus dem laufenden Geschäft, vor allem die Stundenlöhne für Mai 2021, nicht bezahlen (act. 2). Der Schuldner reichte zwei Betreibungsregisterauszüge (act. 4/8-9) sowie Bank- und Postkontoauszüge (act. 4/5-7) ein.

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 2 aus dem Register des Betreibungsamtes Olten-Gösgen vom 8. Juni 2021 wurden im Zeitraum 1. Oktober 2016 (Zuzug Schuldner) bis 18. Mai 2020 (Wegzug Schuldner) zwei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 6'270.– gegen den Schuldner eingeleitet (act. 4/8/1). Die Betreibungsforderung der D. _____ im Umfang von Fr. 1'770.– wurde bezahlt. Die Betreibung des Kantons Solothurn für eine Forderung von Fr. 4'500.– ist mit "Betreibung eingeleitet" vermerkt. Gemäss Auskunft Nr. 3 des Betreibungsamtes Zürich 7 (Zuzug Schuldner am 19. Mai 2020) bestehen drei Einträge: In der Betreibung des Kantons Solothurn für eine Forderungen von Fr. 4'500.– erfolgte die Befriedigung nach Verwertung. Es ist davon auszugehen, dass es sich um die gleiche Forderung handelt, welche die nämliche Gläubigerin am vormaligen Wohnsitz des Schuldners erhoben hatte. Nebst der sichergestellten Konkursforderung ist noch eine (bestrittene) Forderung des Kantons Solothurn in Höhe von Fr. 8'896.–, Betreibung Nr. 4, offen bzw. im Stadium der Pfändung (act. 4/8-9). Bei dieser Forderung handelt es sich gemäss Darstellung des Schuldners um eine Rechtsstreitigkeit mit seiner Ex-Frau, bei welcher es um ein nicht eheliches Kind gehe.

Die geringe Anzahl der Betreibungen lässt nicht auf offensichtliche Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners schliessen.

4.4 Zur finanziellen Situation des Schuldners lässt sich der Beschwerdeschrift und den Bank- bzw. Postbelegen einzig entnehmen, dass der Schuldner am 1. Juni 2021 über liquide Mittel von knapp über Fr. 55'000.– verfügte (act. 4/5-7). Der Schuldner reichte einen Kontoauszug des auf ihn lautenden Privatkontos

bei der D. _____ für den Zeitraum 10. Mai bis 8. Juni 2021 ein (Saldo am 1. Juni 2021: Fr. 4'004.36), einen Auszug des auf das Einzelunternehmen C. _____, Inh. A. _____, lautenden Business accounts bei der Zürcher Kantonalbank für den Zeitraum 1. bis 7. Juni 2021 (Saldo am 1. Juni 2021: Fr. 47'034.80) sowie einen Auszug des auf das Einzelunternehmen lautenden Geschäftskontos bei der Post Finance für den Monat Mai 2021 (Kontostand am 31. Mai 2021: Fr. 4'328.26) ein (act. 4/5-7).

4.5 Gemäss Handelsregisterauszug des Kantons Zürich erfolgte die Eintragung des Einzelunternehmens C. _____, Inh. A. _____, am tt.mm.2019. Der Zweck der Firma ist das Führen eines Restaurants und take away (act. 4/4). Dokumente, welche Aufschluss über die Entwicklung des Geschäftsgangs des Einzelunternehmens geben könnten, wurden nicht eingereicht. Der Schuldner machte geltend, er habe die Einzelfirma auch in der schweren Corona-Zeit erfolgreich führen können und sei seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber Mitarbeitern, Sozialpartnern und Lieferanten stets pünktlich nachgekommen (act. 2). Lediglich eine offene Betreuung und der Kontostand der beiden auf die Einzelfirma lautenden Konti, welche per Ende Mai/Anfang Juni 2021 einen Saldo von total über Fr. 51'000.– (act. 4/6-7) aufwiesen, lassen auf einen positiven Geschäftsgang schliessen, zumal take away Dienstleistungen auch während der massnahmenbedingten Schliessung von Restaurants angeboten werden konnten und gemäss Schuldner auch wurden.

Über die Höhe seiner monatlichen Lebenshaltungskosten und den von ihm bezogenen Lohn äusserte sich der Schuldner nicht. Dem Kontoauszug der D. _____ vom 8. Juni 2021 ist zu entnehmen, dass der Schuldner für den Monat Mai 2021 ein Salär von Fr. 4'000.– bezogen hat (act. 4/5). Das Konto weist über die (wenn auch nur kurz) ersichtliche Zeitspanne von einem Monat stets einen positiven Saldo aus.

4.6 Die Beurteilung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners ist schwierig, weil er weder Jahres-/Zwischenabschlüsse der Einzelfirma C. _____, Inh. A. _____, eingereicht, noch Ausführungen zu seinen Lebenshaltungskosten gemacht hat. Zu Gunsten des Schuldners fällt ins Gewicht, dass sein Geschäfts-

konto einen positiven Saldo aufweist und es ihm offenbar möglich ist, mit den laufenden Einnahmen die Kosten zu decken. In diesem Sinne machte er geltend, seinen finanziellen Verpflichtungen stets pünktlich nachgekommen zu sein und das Geschäft auch in der Corona-Zeit erfolgreich geführt zu haben. Er scheint auch seine Lieferanten bedienen zu können, da von den drei Betreibungsfordernungen keine mit dem Betrieb des Einzelunternehmens in Zusammenhang zu stehen scheint und überdies die einzige offene Forderung durch die liquiden Mittel bei Weitem gedeckt ist. Bei dem positiven Kontostand mit über Fr. 55'000.– an liquiden Mitteln und über die Zeitspanne der Monate Mai/Juni 2021 stets positivem Saldo besteht trotz fehlender detaillierter buchhalterischer Angaben und Informationen zu den Lebenshaltungskosten des Schuldners Anlass zur Annahme, dass der Konkurs nicht Folge von Zahlungsschwierigkeiten war, sondern wie der Schuldner geltend machte, Folge einer Nachlässigkeit, und dass der Schuldner somit sowohl den Betrieb des erst seit 2019 bestehenden Einzelunternehmens aufrecht zu erhalten als auch seine laufenden persönlichen Verpflichtungen zu decken vermag.

Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist somit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit. Zu beachten ist zudem, dass über den Schuldner erstmals der Konkurs eröffnet worden ist. Demzufolge erweist sich die Beschwerde trotz der fehlenden Unterlagen als begründet und ist der über den Schuldner am 1. Juni 2021 eröffnete Konkurs aufzuheben. Sollte es jedoch erneut zu einer Konkursöffnung kommen, so ist der Schuldner darauf hinzuweisen, dass dannzumal an den Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit ein strengerer Massstab anzulegen wäre.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft dargetan hat. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über den Schuldner am 1. Juni 2021 eröffneten Konkurses.

6. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. Juni 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 600.– der Gläubigerin Fr. 481.35 und den Rest von Fr. 118.65 dem Schuldner auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Hottingen-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 Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

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 Hottingen-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, 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. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
6. Juli 2021