

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180058-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
MLaw C. Funck

Urteil vom 18. Mai 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. April 2018 (EK180078)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. April 2018 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) von Fr. 11'675.81 nebst Zins zu 5 % seit 20. Februar 2018 sowie Fr. 290.97 Zins bis 19. Februar 2018 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/8; nachfolgend zitiert als act. 7). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 30. April 2018 (Datum Poststempel) fristgerecht (vgl. act. 5/2 und act. 8/9) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 2. Mai 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 9). Der Vorschuss wurde fristgerecht bezahlt (act. 10/1 und act. 12). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-9). 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 einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Der Schuldner legte einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Dietikon vom 23. April 2018 ins Recht, welcher die Forderung, die der zur Konkursöffnung führenden Betreibung zugrunde liegt, als an die Gläubigerin bezahlt

aufführt (act. 5/5, vgl. auch act. 8/2/1). Ausserdem liegen Quittungen für Ratenzahlungen zwischen dem 2. März 2018 und dem 12. April 2018 über insgesamt Fr. 17'389.50 an die Gläubigerin vor (act. 5/4). Damit ist davon auszugehen, der Schuldner habe die Konkursforderung einschliesslich der Zinsen bis zur Konkursöffnung im Umfang von total Fr. 12'046.73 mittlerweile vollumfänglich beglichen. Ausserdem leistete der Schuldner beim Konkursamt Dietikon einen Vorschuss von Fr. 1'000.–, der nach der Bestätigung des Konkursamtes Dietikon vom 20. April 2018 ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamtes sicherzustellen (act. 5/6). Der Schuldner weist somit den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nach.

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. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (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 aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind,

seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Der Schuldner ist als Inhaber der Einzelunternehmung "B1._____" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist "B2._____" aufgeführt (act. 5/7). Der Schuldner bringt vor, bislang seinen Zahlungsverpflichtungen stets nachgekommen zu sein und Betreibungen jeweils voll bezahlt zu haben. Zur Konkursöffnung sei es nur deshalb gekommen, weil er ein Durcheinander mit den Ratenzahlungen an die Gläubigerin gehabt habe, weshalb diese wegen Nichteinhaltung des Tilgungsplans schliesslich die Betreibung fortgesetzt habe (act. 2 S. 4).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreibung Nr. 1 noch sieben Betreibungen im Umfang von Fr. 15'425.20 offen sind. Gegen eine davon über Fr. 100.– erhob der Schuldner Rechtsvorschlag, die übrigen von insgesamt Fr. 15'325.20 wurden erst eingeleitet. Die restlichen zwischen 2013 und 2017 eingeleiteten 25 Betreibungen sind alle durch Zahlungen an das Betreibungsamt oder aus sonstigen Gründen erloschen. Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/5). Zu den noch offenen Betreibungen ist im Einzelnen Folgendes zu sagen:

a) Betreibung Nr. 2 vom 29. Oktober 2015

Gegen diese Forderung von Fr. 100.– des Kantons Zürich erhob der Schuldner Rechtsvorschlag, wobei er in seiner Beschwerde keine Gründe dafür angibt. Dass die Forderung aber bislang nicht weiterverfolgt wurde, lässt vermuten, sie sei entweder bezahlt oder vom Gläubiger fallen gelassen worden.

b) Betreibung Nr. 3 vom 18. Oktober 2016

Angesichts des Einleitungsdatums dieser Betreibung über Fr. 362.70 der C.____ AG, in welcher nach der Zustellung des Zahlungsbefehls von der Gläubigerin keine weiteren Betreibungshandlungen mehr unternommen wurden, ist

davon auszugehen, diese Forderung sei entweder bezahlt oder (nachdem der Zahlungsbefehl erloschen ist, vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG) von der Gläubigerin fallen gelassen worden.

c) Betreuung Nr. 4 vom 27. Oktober 2017

Zu dieser Betreuung der D. _____ des Kantons Zürich über Fr. 12'265.50 bringt der Schuldner vor, er habe mit der Gläubigerin Ratenzahlungen vereinbart und gewisse Raten auch bereits geleistet (act. 2 S. 4). Zum Nachweis reicht der Schuldner eine Zahlungsvereinbarung mit der D. _____ des Kantons Zürich vom 6. April 2017 ein, wonach ihm für die Lohnbeiträge 2016 von total Fr. 14'418.40 ein Zahlungsaufschub gewährt werde und monatliche Ratenzahlungen von je Fr. 1'201.55 bewilligt würden, zahlbar erstmals am 31. Mai 2017 und danach monatlich jeweils per Ende Monat bis zum 30. April 2018 (act. 5/14). Gemäss dem von der D. _____ des Kantons Zürich am 23. April 2018 erstellten Kontoauszug leistete der Schuldner Ratenzahlungen über jeweils Fr. 1'201.55 am 17. Juni 2017, am 26. September 2017 sowie nach Betreuungseinleitung zwei am 22. November 2017 und eine am 22. Januar 2018. Offen sind noch Fr. 8'764.15 (act. 5/8).

d) Betreibungen Nr. 5 vom 26. Februar 2018, Nr. 6 vom 9. März 2018, Nr. 7 vom 14. März 2018 und Nr. 8 vom 21. März 2018

Diese Betreibungen über Fr. 840.55 der D. _____ des Kantons Zürich, Fr. 247.80 der E. _____ GmbH, Fr. 840.30 der F. _____ AG und Fr. 768.35 der G. _____ AG wurden erst eingeleitet, sind aber noch offen, und der Schuldner äussert sich nicht explizit dazu. Es ist davon auszugehen, dass die den Betreibungen zugrunde liegenden Schulden noch bestehen.

4.4. Zusammenfassend ist folglich von noch offenen, in Betreuung gesetzten Forderungen von Fr. 11'461.15 auszugehen, wobei der Schuldner keine Rechtsvorschläge erhob. Entsprechend müssen bald Zahlungen erfolgen, damit es nicht zu neuen Konkursandrohungen kommt. Zu prüfen ist daher weiter, ob der Schuldner über ausreichende liquide Mittel verfügt, um die aufgeführten Forde-

rungen begleichen und darüber hinaus auch seinen laufenden Verbindlichkeiten nachkommen zu können.

4.5. Zu seinen finanziellen Verhältnissen führt der Schuldner nichts Näheres aus, vielmehr beschränkt er sich darauf vorzubringen, er habe "offensichtlich genügend Einkünfte und auch flüssige finanzielle Mittel", um die offenen Betreibungen zu begleichen und anderen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (act. 2 S. 5). Dies ist unzureichend, insbesondere auch deshalb, weil über ihn nun bereits zum zweiten Mal Konkurs eröffnet wurde – der erste, am 16. März 2016 eröffnete Konkurs wurde auf Beschwerde des Schuldners hin mit Urteil der Kammer vom 21. April 2016 aufgehoben (vgl. OGer ZH PS160056).

4.6. Allerdings reicht der Schuldner gewisse Belege zu seiner finanziellen Situation ein. Demgemäss verfügt er über ein Konto bei der H._____, welches per 30. April 2018 ein Guthaben von Fr. 970.95 aufwies (act. 5/9). Ausserdem hat der Schuldner ein Konto bei der I._____ AG, dessen Saldo am 30. April 2018 Fr. 9'997.95 betrug (act. 5/10). Sodann liegen die unterzeichnete Bilanz per 31. Dezember 2017 und die ebenfalls unterschriebene Erfolgsrechnung des Jahres 2017 vor (act. 5/11-12), ferner das unterzeichnete Kontoblatt per 31. Dezember 2017 betreffend das Fremdkapital (act. 5/13). Demgemäss erzielte der Schuldner im Jahr 2017 einen Gewinn von Fr. 109'090.50 und im Jahr zuvor von Fr. 2'717.55. Weiter ist ersichtlich, dass der Schuldner per 31. Dezember 2017 über flüssige Mittel von Fr. 76'739.22 verfügte, wobei sich diese zum grössten Teil in der Kasse und nur im Umfang von Fr. 470.71 auf dem Konto bei der H._____ befanden. Es bestanden kurzfristige Verbindlichkeiten von total Fr. 36'421.55 und eine langfristige Verbindlichkeit von Fr. 24'870.– (act. 5/11), wobei sich Letztere anfangs 2017 noch auf Fr. 87'000.– belaufen hatte und vom Schuldner im Laufe des Jahres 2017 durch Ratenzahlungen verringert wurde (act. 5/13). Der Schuldner bezahlte sich einen Lohn von rund Fr. 60'000.– aus (act. 5/12) und muss damit den erwirtschafteten Gewinn nicht zwingend zur Bestreitung seiner Lebenshaltungskosten einsetzen, sondern kann diesen vielmehr für seinen Betrieb verwenden. Über die aktuelle Auftrags- und Schuldensituation sowie die laufenden Kosten des schuldnerischen Betriebes ist nichts bekannt. Insbesondere liegen

weder Angaben zum derzeitigen Kassenguthaben vor noch Debitoren- und Kreditorenlisten. Immerhin kann aber bei einer sehr grosszügigen Betrachtungsweise grundsätzlich noch auf die aus der Jahresrechnung 2017 bekannten Verhältnissen abgestellt werden, weil seit dann erst rund viereinhalb Monate vergangen sind. Allerdings sind gewisse Änderungen zu berücksichtigen. Die in der Bilanz per 31. Dezember 2017 noch mit Fr. 15'592.20 verbuchte Verbindlichkeit gegenüber der Gläubigerin ist nun getilgt (vgl. act. 5/11 und act. 5/13, ferner E. 3). Im Gegenzug stellt sich hingegen die Frage, ob die mit Fr. 1'875.05 ausgewiesenen Forderungen gegenüber der D. _____ des Kantons Zürich (vgl. act. 5/11 und act. 5/13) nicht höher sind. Es ist von mindestens Fr. 8'764.15 auszugehen, wobei dieser Betrag bereits bei den in Betreuung gesetzten Forderungen berücksichtigt ist (vgl. E. 4.3.c). Abgesehen davon bestehen somit noch kurzfristige Verbindlichkeiten von Fr. 18'954.30 (Fr. 36'421.55 - Fr. 15'592.20 - Fr. 1'875.05).

4.7. Mit den vorhandenen Kontoguthaben kann der Schuldner die noch bestehenden Betreibungen zum grössten Teil begleichen, ungedeckt sind lediglich Fr. 492.25 (Fr. 11'461.15 - Fr. 970.95 - Fr. 9'997.95). Mit dem mutmasslichen bestehenden Kassenguthaben bzw. aus dem Gewinn des Jahrs 2017 lässt sich dieser Restbetrag aber ebenfalls bezahlen und es sind auch die übrigen – kurz- und langfristigen – Verbindlichkeiten von insgesamt Fr. 43'824.30 (Fr. 18'954.30 + Fr. 24'870.–) an sich zurückzahlbar. Auch wenn die Angaben des Schuldners zu seinem Geschäftsgang sehr dürftig sind, darf aus dem Umstand, dass er in den beiden vergangenen Jahren jeweils einen Gewinn erzielte, geschlossen werden, dies werde auch zukünftig so sein und der Schuldner werde entsprechend in der Lage sein, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachkommen zu können. Zudem zahlte der Schuldner bereits in der Vergangenheit sowohl seine kurz- als auch die langfristigen Schulden ab und versuchte, seine Schuldensituation zu bereinigen. Dies spricht nicht nur für seine Zahlungsfähigkeit, sondern auch für seine Bereitschaft, seine Gläubiger zu befriedigen. Der aus dem Betreibungsregistrauszug gewonnene Eindruck des Zahlungsverhaltens des Schuldners deutet sodann nicht auf eine für unabsehbare Zeit bestehende Illiquidität hin. Weder liess der Schuldner Konkursandrohungen anhäufen noch erhob er systematisch Rechtsvorschlag. Zwar kam es wiederholt zu Betreibungen, die dann aber stets begli-

chen wurden; es sind keine Verlustscheine vorhanden. Das Problem des Schuldners scheint in einer Unordnung in seiner Buchhaltung zu liegen, sodass immer wieder das Bezahlen einzelner Rechnungen untergeht. Nach dem Gesagten erscheint die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, dessen wirtschaftliche Lebensfähigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, zur Zeit noch wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Es ist ihm jedoch dringendst anzuraten, Ordnung in seine Buchhaltung zu bringen und nötigenfalls einen Dritten hierfür beizuziehen, zumal sich die Folgen dieser Unordnung im Wesentlichen bei Forderungen sozialversicherungsrechtlicher Art bzw. Steuern einstellen, was ernste Zweifel erweckt. Das systematische Aufschieben von Zahlungen in diesem Bereich deutet auf Zahlungsschwierigkeiten tiefgehender Art, weshalb bei einer erneuten Konkursöffnung aufgrund solcher Forderungen nur noch mit triftigen Gründen eine Zahlungsfähigkeit angenommen werden könnte.

5. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen. 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 Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. April 2018, 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. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt Dietikon 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dietikon, 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:

MLaw C. Funck

versandt am: