

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180119-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 12. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ (Schweiz) AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 21. Juni 2018 (EK180192)

Erwägungen:

1.1 Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt.mm.2016 eingetragenen Einzelunternehmens "C.____", welche im Wesentlichen den Betrieb einer Reitanlage bezweckt (vgl. act. 5).

1.2 Mit Urteil vom 21. Juni 2018, 09:00 Uhr (act. 7/5 = act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dielsdorf-Nord für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 87'510.12 nebst 8.05 % Zins seit 11. Juli 2017 und Fr. 206.60 Betreuungskosten, abzüglich Teilzahlungen von insgesamt Fr. 5'121.25 (vgl. act. 7/1) den Konkurs über den Schuldner.

1.3 Mit Beschwerde vom 29. Juni 2018 (überbracht, vgl. act. 4/5) beantragte der Schuldner rechtzeitig (vgl. act. 7/5 i.V.m. act. 2) die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Auf entsprechenden Hinweis am 29. Juni 2018 seitens der Kammer (vgl. act. 8) reichte der Schuldner gleichentags Unterlagen zur Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit ein (vgl. act. 9/1-6). Mit Verfügung vom 2. Juli 2018 (act. 10) wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt. Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hatte (vgl. act. 4/2).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-6). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit dem Einlegen des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzli-

chen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2 Der Schuldner hat am 28. Juni 2018 beim Konkursamt Niederglatt zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 500.– sichergestellt (act. 4/3). Des Weiteren überwies der Schuldner gemäss den eingereichten Banküberweisungsbelegen Valuta 28. Juni 2018 der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 90'000.– (act. 4/2), womit sowohl die Konkursforderung samt Zinsen und die Betriebskosten als auch der Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren hinterlegt sind. Damit gelingt es dem Schuldner, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen.

2.3.1 Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. etwa OGer ZH PS10111 vom 12. Juli 2011, E. 2 und OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016, E. 4). 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 hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (vgl. BGE 132 III 715 ff., E. 3.1; 132 III 140 ff., 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 alten Schulden wird abtragen können (vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Dielsdorf-Nord vom 22. Juni 2018 (vgl. act. 4/4) weist – neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreuung – insgesamt 36 offene, zwischen 3. Mai 2017 und 12. Juni 2018 eingeleitete Betreibungen aus, von denen jedoch in 13 Fällen (Gesamtbetrag Fr. 27'137.20) entweder die Forderung an das Betreibungsamt oder den Gläubiger bezahlt wurde oder eine Befriedigung des Gläubigers nach Verwertung resultierte. Von den übrigen 23 Betreibungen befinden sich 11 im Stadium der Konkursandrohung (Gesamtbetrag Fr. 21'764.20), 4 im Stadium der Verwertung (Gesamtbetrag Fr. 19'610.20), 2 im Stadium der Pfändung (Gesamtbetrag Fr. 3'992.50) und 6 im Einleitungsstadium (Gesamtbetrag Fr. 7'499.40). Insgesamt ergeben sich aus dem Betreibungsregister offene Betreibungsforderungen von Fr. 52'866.30 (Fr. 21'764.20 + Fr. 19'610.20 + Fr. 3'992.50 + Fr. 7'499.40). Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 4/4).

2.3.3 Der Schuldner macht in Bezug auf die offenen Betreibungsforderungen geltend, er habe abgesehen von der Konkursforderung seit anfangs 2018 Betreibungsforderungen im Umfang von insgesamt Fr. 19'862.– (Fr. 8'612.– + Fr. 11'250.–) abbezahlt (vgl. act. 9/6/1). Damit habe er im Umfang von Fr. 8'612.– die bis zur Konkursandrohung gediehene Forderung über Fr. 12'137.65 in der Betreuung Nr. 2 getilgt. Hierzu reicht der Schuldner entsprechende Banküberwei-

sungsauszüge ein, mit welchen er die entsprechenden Abzahlungen belegt (vgl. act. 9/6/6, verbuchte Zahlungsaufträge über je Fr. 4'306.– vom 21. März 2018 und vom 15. Mai 2018). Im Umfang von insgesamt Fr. 11'250.– (was der Summe aller Teilzahlungen bis Ende Juni 2018 entspricht) habe er drei Betreibungen im Verwertungsstadium über einen Forderungsbetrag von insgesamt Fr. 15'835.20 (Fr. 3'922.40 [Betreibung Nr. 3] + Fr. 8'000.– [Betreibung Nr. 4] + Fr. 3'912.80 [Betreibung Nr. 5]) abbezahlt (vgl. act. 9/6/1-5), für welche er je eine Aufschubsbewilligung erhalten habe. Die eingereichten Aufschubsbewilligungen stellen mangels unterschriftlicher Bestätigung der entsprechenden Teilzahlungen keine Quittungsbelege dar. Da die einzelnen, der Aufschubsbewilligung angefügten Teilzahlungsabrechnungen jedoch nicht von jenem Datum sind, welches auf den Aufschubsbewilligungen für die jeweilige Teilzahlung als Fälligkeitsdatum vorgesehen ist, sondern von anderen, früheren Daten (vgl. act. 9/6/3-5), spricht dies dafür, dass diese Quittungsvorlagen nicht vorgedruckt und dem Schuldner vor Bezahlung der entsprechenden Teilzahlungen ausgehändigt wurden, sondern dass dem Schuldner nach Bezahlung der jeweiligen Raten diese Teilzahlungsabrechnungen ausgestellt wurden. Auch wenn damit die Zahlungen nicht belegt sind, sind die Teilzahlungen bis Ende Juni 2018 zumindest glaubhaft gemacht worden. Es ist daher davon auszugehen, dass sich die entsprechenden Forderungen der betroffenen Gläubiger um Fr. 10'748.70 (entsprechend der Summe aller an diese ausbezahlten Beträge: Fr. 2'893.80 [Betreibung Nr. 3] + Fr. 4'961.10 [Betreibung Nr. 4] + Fr. 2'893.80 [Betreibung Nr. 5]) reduziert haben. Die gemäss der eingereichten Quittung per 5. Juni 2018 vom Schuldner dem Betreibungsamt bezahlte "Quote Juni 2018" von Fr. 1'800.– (vgl. act. 9/1) entspricht der Summe der erwähnten Teilzahlungen (von je Fr. 600.–) für die erwähnten drei Betreibungen für Juni 2018; die übrigen in act. 9/1 eingereichten Quittungen betreffen alleamt Betreibungen, welche auf dem Betreibungsregisterauszug als "Bezahlt" figurieren. Weiter bringt der Schuldner vor, eine Betreibung im Einleitungsstadium über Fr. 643.25 sei von seinen Eltern am 4. September 2017 direkt an den Gläubiger bezahlt und dem Betreibungsamt nicht gemeldet worden (vgl. act. 9/6/2 S. 2, Betreibung Nr. 6). Dies bleibt jedoch eine blosser Behauptung und ist weder belegt noch glaubhaft gemacht.

Nach dem Gesagten reduzieren sich aufgrund der beigebrachten Banküberweisungsbelege die sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Betreibungen auf Fr. 13'152.20 (Fr. 21'764.20 - Fr. 8'612.–). Betreffend diejenige im Stadium der Verwertung machte der Schuldner glaubhaft, dass nur noch Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 8'861.50 (Fr. 19'610.20 - Fr. 10'748.70) offen sind. Es ist somit davon auszugehen, dass nicht mehr im Umfang von Fr. 52'866.30, sondern nur noch im Umfang von total Fr. 33'505.60 (Fr. 52'866.30 - Fr. 8'612.– - Fr. 10'748.70) Betreibungen offen sind.

2.3.4 In seiner Beschwerde führt der Schuldner aus, er habe bis Ende August 2017 "im Nebenamt" und auf eigene Rechnung einen Pferdepensionsbetrieb betrieben. Das Geschäft habe sich finanziell sehr schlecht entwickelt, aufgrund dessen seien seine Schulden entstanden. Ende August 2017 habe er sich aus diesem Geschäft zurückgezogen (vgl. act. 2 S. 2). Damit macht der Schuldner sinngemäss geltend, die Einzelunternehmung sei faktisch inaktiv. Liquidiert wurde diese jedoch (noch) nicht (vgl. act. 5).

Der Schuldner erwirtschaftet als Bankangestellter bei der Raiffeisenbank ... [Ort] ein monatliches Einkommen, welches ihm aktuell zur Abzahlung der offenen Schulden zur Verfügung steht. Mit dieser Tätigkeit erziele er ein Einkommen von Fr. 7'000.– brutto, zzgl. 13. Monatslohn (vgl. act. 9/2/1), was (exkl. Bonus) einem Nettoeinkommen von rund Fr. 6'447.65 pro Monat (exkl. 13. Monatslohn) resp. Fr. 6'984.95 (inkl. 13. Monatslohn) entspricht (vgl. act. 9/2/5-6). Im Jahr 2017 erzielte der Schuldner ein Nettoeinkommen von Fr. 7'469.10 pro Monat (inkl. Bonus von brutto Fr. 10'000.–, vgl. act. 9/2/2-3 und 9/2/8).

Zu seinen monatlichen Ausgaben führt der Schuldner aus, sein Budget betrage total Fr. 4'500.– pro Monat, wobei er mit Fr. 850.– für den Lebensunterhalt rechne (vgl. act. 2). Für die Miete würden lediglich Fr. 500.– pro Monat anfallen, was dem hälftigen Mietzins für die Dachwohnung bei den Eltern seines Lebenspartners entspreche. Da es nur einen mündlichen Mietvertrag gebe, reichte der Schuldner monatlichen Überweisungsbelege von je Fr. 1'000.– von einem Konto lautend auf den Schuldner und D. _____ an E. _____ ein (vgl. act. 9/3). Die Versicherung für das Auto koste ihn monatlich Fr. 126.80 und zusammen mit den Un-

terhalts- und Benzinkosten würden Fahrzeugkosten von geschätzt Fr. 900.– pro Monat anfallen (vgl. act. 9/4). Die Krankenkassenprämien würden sich auf Fr. 288.80 pro Monat belaufen und für die Privathaftpflicht-/Hausrat-/Vorsorge-/Rechtsschutzversicherung rechne er mit insgesamt Fr. 500.– pro Monat. Dazu kämen die Steuern, welche er vorsichtshalber auf Fr. 1'000.– pro Monat geschätzt habe (vgl. act. 9/6 und act. 2). Ebenfalls hinzu kämen noch die Telefonkosten von Fr. 120.– pro Monat und Fr. 370.– für Diverses und Unvorhergesehenes (vgl. act. 2). Auf der Ausgabenseite ist zu berücksichtigen, dass der Schuldner im Rahmen der Aufschiebung(en) für den Monat Juli 2018 noch Fr. 1'850.– (Fr. 600.– + Fr. 600.– + Fr. 650.–) und danach bis Dezember 2018 noch Abzahlungen im Umfang von Fr. 650.– pro Monat zu leisten hat, wenn er den Aufschub der Verwertung aufrecht erhalten will.

2.3.5 Ob die Einzelunternehmung faktisch inaktiv ist, wie der Schuldner geltend macht, kann mangels entsprechenden (Buchhaltungs-)Belegen mindestens über die letzten Einnahmen und Ausgaben sowie die Vermögenslage der Einzelunternehmung (vgl. Art. 957 OR) nicht beurteilt werden. Allein aus den dem Betreibungsregisterauszug zu entnehmenden Betreibungen lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Auch erscheint plausibel, dass sich der Schuldner wie angegeben aufgrund der aus dem Betrieb einer Pferdepension resultierenden Betreibungen im August 2017 aus diesem Geschäft zurückgezogen hat.

2.3.6 Es bleibt festzuhalten, dass es sich um die erste Konkureröffnung gegen den Schuldner handelt. Auch vermochte der Schuldner bei der Obergerichtskasse Fr. 90'000.– zu hinterlegen und in den letzten eineinhalb Jahren Abzahlungen von insgesamt über Fr. 100'000.– zu leisten. Zudem weist er einen beträchtlichen monatlichen Einkommensüberschuss aus seiner Tätigkeit als Bankangestellter auf, mit welchem er monatliche substantielle Abzahlungen leisten kann und in Bezug auf die drei erwähnten im Stadium der Verwertung befindlichen Betreibungen offenbar bereits auch geleistet hat und leistet. Darüber hinaus gibt der Schuldner an, er habe und werde bei der Schuldenbegleichung auch auf die Unterstützung seiner Eltern zählen können (vgl. act. 2 S. 2). Obwohl sich Betreibungen im Umfang von Fr. 13'152.20 im Stadium der Konkursandrohung und Fr. 8'861.50 sich

im Stadium der Verwertung befinden, rechtfertigt es sich nach dem Gesagten gerade noch, von einem lediglich vorübergehenden finanziellen Engpass des Schuldners auszugehen. Es erscheint wahrscheinlicher, dass es dem Schuldner – gegebenenfalls auch mit der Unterstützung seiner Eltern – gelingen wird, nach den Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung und der Verwertung auch die weniger dringlichen Forderungen beispielsweise durch Abzahlungsvereinbarungen mit den entsprechenden Gläubigern aufzuschieben und abzuwenden, zumal ein Gläubiger sich (nach Ablauf von 20 Tagen seit der Zustellung der Konkursandrohung) grundsätzlich bis 15 Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls Zeit lassen kann, um das Konkursbegehren (noch) zu stellen (vgl. Art. 166 SchKG).

Damit hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit gerade noch glaubhaft gemacht. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 21. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EK180192-D) über den Schuldner eröffneten Konkurses. Als erstes wird der Schuldner die sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Betreibungsforderungen zu tilgen haben, um eine erneute Konkurseröffnung zu verhindern. Sollte es dennoch zu einer erneuten Konkurseröffnung kommen, wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen.

3. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem vom Schuldner geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 21. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. EK180192-D), 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 Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 500.– 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 auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr einbezahlten Totalbetrag von Fr. 90'000.– zur Tilgung der Konkursforderung an die Gläubigerin Fr. 89'194.35 auszubezahlen und den Rest (Fr. 55.65) dem Schuldner zurückzuerstatten.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten)
 - das Konkursamt Niederglatt,je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse und mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Dielsdorf-Nord.
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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: