

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230176-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 4. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1. _____ AG

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 12. September 2023 (EK230368)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 12. September 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 691.05 nebst 5 % Zins seit 20. Februar 2023, Fr. 85.90 Leistungen KVG, Fr. 150.– Betreuungsspesen, Fr. 13.60 Zins, Fr. 12.– weitere Zustellkosten und Fr. 113.60 Betreuungskosten (act. 3).

1.2. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 23. September 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 27. September 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 11), welchen er innert Frist leistete (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1–9). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Die Konkurseröffnung 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).

3.1. Der Schuldner weist mittels Abrechnung nach, die Konkursforderungen samt Zinsen und Kosten am 18. September 2023 beim Betreibungsamt mit Zahlungen von total Fr. 1'119.75 beglichen zu haben (act. 5/2). Ferner hat der Schuldner beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 5/3). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung ist damit nachgewiesen.

3.2. 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). Nach der 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 schon bestehenden Schulden abtragen können wird (vgl. OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.3.1. Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Vorliegend weist der eingereichte Betreibungsregisterauszug 25 Einträge auf. Lässt man die nun getilgte Konkursforderung ausser Acht, sind davon noch fünf Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 24'784.95 offen. Davon befindet sich eine Beteiligung über Fr. 12'443.– im Stadium der Konkursandrohung. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 5/4).

3.3.2. Zu den drei offenen Beteiligungen des Gläubigers C._____ führt der Schuldner aus, diese seien Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens gewesen. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. Mai 2022 sei entschieden worden, dass nur ein Betrag von Fr. 526.36 geschuldet sei. Dieser Betrag sei mit der vom Gläubiger geschuldeten Parteientschädigung verrechnet worden, weshalb

keine Forderung mehr offen sei (act. 2 Rz. 11). Der Schuldner legt das entsprechende Gerichtsurteil bei (act. 5/5). Daraus ergibt sich, dass der Schuldner dem Gläubiger C._____ nur einen Betrag von Fr. 526.36 schuldet und für die drei in Betreuung gesetzten Forderungen keine Rechtsöffnung gewährt wurde. Es erscheint sodann glaubhaft, dass eine Verrechnung dieser Forderung mit der dem Schuldner zugesprochenen Parteientschädigung von Fr. 4'700.– erfolgte. Die drei Betreibungen des Gläubiger C._____ sind damit als getilgt zu beachten soweit sie überhaupt je gerechtfertigt waren.

Hinsichtlich der sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Betreuung der Gläubigerin D._____ AG gibt der Schuldner an, am 12. Juli 2023 im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens eine Ratenzahlungsvereinbarung abgeschlossen zu haben, wonach ihm das Recht eingeräumt worden sei, den Betrag von Fr. 12'443.– in 31 monatlichen Raten zu begleichen. Zum Zeitpunkt der Konkursöffnung sei noch ein Betrag von Fr. 6'168.40 offen gewesen. Diesen Betrag habe er am 18. September 2023 zzgl. Betreuungskosten beim Betreibungsamt bezahlt. Mit Schreiben vom 19. September 2023 habe die Gläubigerin den Rückzug der Betreuung erklärt (act. 2 Rz. 12). Der Schuldner legt die entsprechenden Unterlagen bei und belegt damit die Tilgung der entsprechenden Betreuungsforderung (act. 5/6–9).

Zur Betreuungsforderung der Gläubigerin E._____ AG gab der Schuldner an, diese am 11. September 2023 bereits beglichen zu haben (act. 2 Rz. 13). Er reicht diesbezüglich einen Screenshot ein, auf dem "E._____ AG Inkasso Zahlung QR-Rechnung, Valutadatum 11.09.2023" steht (act. 5/11). Wie hoch der einbezahlte Betrag ist, und ob es sich dabei um die im Betreibungsregister aufgeführte Betreuungsforderung von Fr. 601.30 (bzw. Fr. 672.60 gem. act. 5/10) handelt, lässt sich nicht beurteilen, zumal weder der Betrag ersichtlich ist, noch die Referenz-Nummern übereinstimmen (vgl. act. 5/10 u. 11). Damit ist die Tilgung dieser Forderung nicht hinreichend glaubhaft gemacht und es ist von einer offenen Betreuung in der Höhe von Fr. 601.30 auszugehen.

3.3.3. Zu seiner finanziellen Situation äussert sich der Schuldner nur insofern, als er erwerbstätig sei und aufgrund von Krankheit derzeit ein Taggeld von durch-

schnittlich Fr. 7'335.– pro Monat erhalte. Zudem sei er verheiratet und teile die Fixkosten mit seiner Ehefrau, welche einen Monatslohn von Fr. 3'974.35 inkl. 13. Monatslohn erziele (act. 2 Rz. 14). Seine Fixkosten beliefen sich auf Fr. 2'875.90 (Hypothekarzinsen Fr. 1'980.–, Fr. 39.35 Heizkosten, Fr. 15.90 Gebäudeversicherung, Fr. 19.75 Wasser/Abwasser, Fr. 259.60 Krankenkasse, Fr. 166.– Vorsorge 3b, Fr. 28.– Serafe, Fr. 58.95 Autoversicherung, Fr. 308.35 Steuern, act. 2 Rz. 15). Er reicht diesbezüglich Belege zu seinem Einkommen, dem Einkommen der Ehefrau sowie den Fixkosten ein (act. 5/12–14). Es ist damit glaubhaft, dass der Schuldner seine laufenden Fixkosten ohne Weiteres decken sowie die (allenfalls) noch offene Betreuung begleichen kann.

Es fehlen aber *jegliche* Angaben zur Einzelfirma des Schuldners, der A1._____, welche gemäss Handelsregistereintrag Beratungsdienstleistungen und Vermittlungen von Versicherungsprodukten erbringt. Ohne Angaben zum allgemeinem Geschäftsgang, zu den laufenden Verbindlichkeiten und insbesondere zu allfälligen Schulden sowie ohne Unterlagen, die über den Gewinn oder Verlust der letzten Jahre etwas aussagen würden, lässt sich die Zahlungsfähigkeit des Schuldners kaum beurteilen. Es fehlen auch Kontoauszüge, die über die vorhandenen liquiden Mittel Auskunft geben würden. Immerhin besteht angesichts des die Fixkosten klar übersteigenden Einkommens des Schuldners ein objektiver Anhaltspunkt dafür, dass liquide Mittel vorhanden sind, welche zur Deckung der laufenden Verbindlichkeiten und allfälligen Schulden verwendet werden können. Dafür spricht auch die während der Beschwerdefrist erfolgte Tilgung der (Rest-)Betreibungsforderung der Gläubigerin D.____ AG von Fr. 6'168.40. Im Sinne einer äusserst wohlwollenden Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist dem Schuldner auch zu Gute zu halten, dass er die Mehrheit der in Betreuung gesetzten Forderungen jeweils durch Zahlung an das Betreibungsamt beglich und um die Begleichung seiner Schulden bemüht schien (vgl. etwa die Abzahlungsvereinbarung act. 5/7). Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist daher gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Der Schuldner ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkureröffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde und an das Glaubhaftmachen seiner Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären.

3.4. Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

4. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren bei der Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 12. September 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Dietikon 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht 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 Geroldswil-Oetwil-Weiningen, 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 J. Camelin-Nagel

versandt am:
5. Oktober 2023