

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180036-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 25. April 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 13. März 2018 (EK180015)

Erwägungen:

1.

Am 13. März 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über den Schuldner (act. 3 = act. 6 = act. 7/7). Gegen diesen Entscheid reichte der Schuldner mit nicht unterzeichneter Eingabe vom 14. März 2018 (Datum Poststempel) beim Obergericht des Kantons Zürich Beschwerde ein (vgl. act. 2). Mit Verfügung vom 15. März 2018 wurde der Schuldner aufgefordert, seine Eingabe zu unterzeichnen und die Beschwerde zu ergänzen. Ausserdem wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10). Am 20. März 2018 und 10. April 2018 reichte der Schuldner innert der Beschwerdefrist die unterzeichnete Beschwerdeschrift sowie ergänzende Ausführungen und weitere Unterlagen ein (act. 12; act. 13/1-7; act. 19; act. 21/1-7; zum Lauf der Beschwerdefrist siehe act. 7/8 sowie Art. 56 und Art. 63 SchKG). Der verlangte Kostenvorschuss wurde ebenfalls rechtzeitig geleistet (act. 16). Mit Verfügung vom 12. April 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Sie müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2. Der Schuldner belegt im Beschwerdeverfahren, dass er die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 14. März 2018 an das Betreibungsamt Dietikon

bezahlt hat (act. 4). Ferner reichte er eine Quittung des Konkursamtes Dietikon vom 20. März 2018 ein, wonach er die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sichergestellt hat (act. 13/1). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

2.3. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gegeben ist bzw. angenommen werden kann. 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 wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). 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 (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 E. 2.3). Zur finanziellen Lage des Schuldners ist der Beschwerdeschrift und den dazu eingereichten Unterlagen im Wesentlichen Folgendes zu entnehmen:

2.3.1. Der 69-jährige Schuldner ist seit dem tt.mm.1996 mit dem Einzelunternehmen A1._____ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss

Handelsregister bezweckt das Unternehmen den Sonnen- und Wetterschutz (act. 5). Der Schuldner bezieht zudem eine ordentliche AHV-Rente von Fr. 1'805.– monatlich (act. 21/2).

2.3.2. Gemäss dem eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 20. März 2018 (act. 13/2) wurde der Schuldner im Zeitraum vom 3. April 2013 bis 27. Februar 2018 insgesamt 50 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 78'940.–. Von diesen Betreibungen wurden – mit der Vorliegenden (Betreibungs-nr. 1) – 34 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 53'177.85 durch Zahlung an den Gläubiger oder an das Betreibungsamt erledigt. Weitere fünf Betreibungen sind erloschen. Gemäss Betreibungsregisterauszug sind noch elf Betreibungen offen.

Der Schuldner führt aus, vier davon (Nrn. 2, 3, 4, 5) seien mittlerweile bezahlt (act. 19 S. 4 Rz 9-11). Einen Beleg dafür reichte er jedoch nicht ein. Damit ist die Zahlung nicht hinreichend glaubhaft gemacht, weshalb diese Positionen nach wie vor als Schulden zu berücksichtigen sind.

Zu weiteren vier Betreibungen (Nrn. 6, 7, 8, 9) führt der Schuldner aus, es handle sich dabei um Forderungen von Lieferanten, mit welchen er nicht einverstanden sei (act. 19 S. 4 Rz 10). Der Schuldner hat in diesen Betreibungen Rechtsvor-schlag erhoben. Die Betreibungen Nr. 6 und Nr. 7 datieren vom 5. Dezember 2014 bzw. 6. Januar 2015. Die einjährige Frist der Gläubiger zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 Abs. 2 SchKG) ist diesbezüglich seit langem ab-gelaufen. Zu Gunsten des Schuldners ist daher anzunehmen, dass die Gläubiger diese nicht weiter verfolgen. Inwiefern die beiden weiteren Betreibungen (Nrn. 8, 9) unberechtigt wären, führt der Schuldner nicht aus. Diese sowie die weiteren drei Betreibungen (Nrn. 10, 11, 12), welche der Schuldner nicht bestreitet, sind daher bei der Schuldensituation zu berücksichtigen.

Es ist damit aktuell von noch offenen in Betreuung gesetzten Forderungen im Be-trag von höchstens Fr. 13'295.75 auszugehen. Gemäss Betreibungsregisteraus-zug bestehen zudem 22 nicht getilgte Pfändungsverlustscheine der letzten 20 Jahre im Gesamtbetrag von Fr. 42'462.15 (act. 13/2 S. 5). Dabei dürfte es sich

hauptsächlich um öffentlich-rechtliche Forderungen handeln (vgl. Art. 43 Ziff. 1 SchKG).

Nicht zu übersehen ist, dass der Schuldner in den letzten fünf Jahren für eine beträchtliche Anzahl von Forderungen betrieben wurde und der Betreibungsregis-
terauszug nach wie vor offene Betreibungen in einem namhaften Betrag aufweist. Positiv zu werten ist aber, dass der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre über Fr. 50'000.– an Schulden abbezahlen konnte, was rund zwei Drittel der Be-
treibungsschulden ausmacht.

2.3.3. Die vom Schuldner eingereichte Kreditorenliste führt drei weitere offene Rechnungen über insgesamt Fr. 13'308.65 auf (act. 13/5). Der Schuldner bringt dazu vor, er habe für die Rechnungen der B. _____ Versicherung (Fr. 4'591.85) und des Steueramtes der Stadt C. _____ (Fr. 7'942.90) die Ratenzahlung beantragt. Eine Genehmigung der Gläubiger liege jedoch noch nicht vor. Zudem habe er festgestellt, dass die Steuererklärung 2016 falsch ausgefüllt worden sei. So sei ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 11'251.– deklariert worden, obschon gemäss Bilanz/Erfolgsrechnung nur ein Gewinn von Fr. 9'255.66 erwirtschaftet worden sei. Die AHV-Rente des Schuldners betrage laut Rentenverfügung zudem lediglich Fr. 1'805.– monatlich, d.h. Fr. 21'660.– im Jahr. Die in der Steuererklärung deklarierten Fr. 66'662.– seien damit ebenfalls zu hoch. Die definitive Steuerveranlagung für das Jahr 2016 liege noch nicht vor, weshalb der Schuldner unverzüglich eine Korrektur beantragen werde. Es sei daher davon auszugehen, dass die Steuerschuld für das Jahr 2016 erheblich tiefer ausfallen werde als die in Rechnung gestellten Fr. 7'942.90 (act. 19 S. 5 Rz 18-20). Dass in der Steuererklärung 2016 ein zu hohes Einkommen angegeben wurde, erscheint anhand der eingereichten Beilagen einstweilen glaubhaft (act. 13/6-7; act. 21/2). Ginge man von den vom Schuldner geltend gemachten tieferen Zahlen aus, so wäre mit einer Steuerschuld von höchstens Fr. 2'000.– zu rechnen. Damit ist von noch offenen Kreditoren von rund Fr. 7'300.– auszugehen.

2.3.4. Zu seiner Liquidität führt der Schuldner aus, die aktuelle Debitorenliste samt zugehöriger Rechnungen belege, dass die Arbeiten ordentlich in Rechnung gestellt worden seien. Ein Vergleich mit der Debitorenliste vom 20. März 2018 zeige,

dass seither diverse Zahlungen von Kunden eingegangen seien. Weiter habe der Schuldner angefangene Arbeiten im Umfang von Fr. 4'507.85, welche noch nicht in Rechnung gestellt worden seien. Zudem habe er am 16. Januar 2018 für Fr. 7'603.60 an D._____ (Support ...) offeriert. Die Zusage sei noch pendent. Der Bankauszug des Schuldners zeige auf, dass in der Periode vom 7. März bis 9. April 2018 Zahlungseingänge in der Höhe von Fr. 23'450.– (darunter zwei AHV-Rentenzahlungen à Fr. 1'805.–) zu verzeichnen gewesen seien. Mit diesen Zahlungen sei der Schuldner in der Lage, seinen laufenden finanziellen Verpflichtungen nachzukommen (act. 19 S. 5 Rz 13-17).

2.3.5. Gemäss dem eingereichten Kontoauszug des UBS Firmenkontos verfügte der Schuldner per 9. April 2018 über ein Bankguthaben von Fr. 14'812.76 (act. 21/7). Die Debitorenliste weist per 6. April 2018 offene Debitoren im Betrag von Fr. 4'815.65 aus (act. 21/4). Ein Vergleich mit der per 20. März 2018 erstellten Debitorenliste sowie die im Kontoauszug ersichtlichen Kontobewegungen zeigen, dass im letzten Monat mehrere Zahlungseingänge von Kunden zu verzeichnen waren (vgl. act. 13/4; act. 21/7). Unter Berücksichtigung der demnächst erwarteten Debitoreneingänge stehen dem Schuldner aktuell liquide Mittel in der Höhe von rund Fr. 20'000.– zur Verfügung. Damit sind die offenen Betreuungsschulden und die Kreditoren knapp gedeckt. Die Liste der unfertigen Arbeiten und die Offertstellung an eine weitere Kundin zeigen sodann zumindest, dass es sich beim Einzelunternehmen des Beschwerdeführers um einen laufenden Betrieb handelt.

2.3.6. Aus der eingereichten Erfolgsrechnung ergeht, dass der Schuldner in der Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2016 einen Gewinn von Fr. 9'255.66 erzielen konnte. Der Ertrag belief sich auf Fr. 66'003.55. Der Aufwand wurde mit Fr. 56'747.89 verbucht, wovon Fr. 21'816.05 auf Waren und Rohmaterial entfielen (act. 13/7). Der Aufwand für Personal und Übriges (insb. Mietzins, Spesen, Unterhalt und Reparaturen Fahrzeug, Abschreibungen, Versicherungen, Büro- und Verwaltungskosten etc.) betrug Fr. 34'931.84 (vgl. act. 13/7). In der Bilanz ist der in der Erfolgsrechnung ausgewiesene Gewinn nicht ersichtlich. Den Aktiven von Fr. 5'962.88 steht ein Fremdkapital (bestehend aus Kreditoren, Darlehen und

transitorischen Passiven) in der Höhe von Fr. 46'618.70 gegenüber. Das Eigenkapital ist mit minus Fr. 40'655.82 bilanziert (act. 13/7). Dies lässt auf einen erheblichen Verlustvortrag aus früheren Jahren schliessen. Die Passiven übersteigen die Aktiven zudem bei weitem. Das Unternehmen ist überschuldet. Über die Geschäftsentwicklung in den Jahren 2017 und 2018 ist nichts bekannt. Ginge man von einem ähnlichen Geschäftsergebnis wie im Jahr 2016 aus, so stünden dem Schuldner mit der AHV-Rente monatlich Nettoeinnahmen von rund Fr. 2'600.– zur Verfügung. Mit diesen Einnahmen dürfte der Schuldner gerade in der Lage sein, für seine laufenden Rechnungen und Lebensunterhaltskosten aufzukommen. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung kann noch von einer knapp glaubhaft gemachten Zahlungsfähigkeit ausgegangen werden. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Konkurs ist aufzuheben. Der Schuldner ist jedoch darauf hinzuweisen, dass er bei einer erneuten Konkurseröffnung nicht mehr mit einer so wohlwollenden Würdigung rechnen könnte.

3.

Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 13. März 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. 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 auszusahlen.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 19, 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 Dietikon sowie an die Obergerichtskasse, 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:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:
26. April 2018