

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180044-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 6. April 2018

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. März 2018 (EK180055)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf (fortan Vorinstanz) vom 20. März 2018, 09.00 Uhr, wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) der Konkurs eröffnet für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/6 = act. 3 S. 2):

CHF	1'012.35	nebst Zins zu 5 % seit 04.12.2017
CHF	210.00	Admin. Kosten
CHF	17.45	fällige Zinsen
CHF	161.60	Betriebskosten

1.2. Mit Beschwerde vom 28. März 2018 (überbracht am 29. März 2018) beantragte der Schuldner rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 29. März 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 5/2 und act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

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 Konkurs hinderungsgründe (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. 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 belegt, am 27. März 2018 Fr. 1'416.10 und damit die Konkursforderung samt Zinsen, administrativen Kosten und Betreuungskosten bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/1). Mit Zahlung vom selben Datum hat der Schuldner zudem den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 5/2). Im Weiteren hat der Schuldner mit Zahlung vom 28. März 2018 beim Konkursamt Niederglatt zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 500.00 sichergestellt (act. 4/1). 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 der finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb 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 hat, die Behauptungen 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 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 Altlasten wird abtragen können (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 Auszug über offene Beteiligungen des Beteiligungsamtes Niederhasli-Niederglatt vom 27. März 2018 weist – ohne die hinterlegte Konkursforderung – insgesamt 23 offene, zwischen dem 9. September 2015 und dem 8. März 2018 eingeleitete Beteiligungen aus (act. 4/3). In der Beteiligung-Nr. 1 über Fr. 1'564.00 hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben. Aufgrund des im Beteiligungsregister vermerkten Beteiligungsdatums vom 9. September 2015 ist wahrscheinlich, dass die Beteiligung nach der Erhebung des Rechtsvorschlages nicht weiterverfolgt wurde resp. die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens bereits abgelaufen ist (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG). Es ist dementsprechend von noch offenen Beteiligungen in der Höhe von insgesamt Fr. 37'866.28 auszugehen. Davon wurde in vier Beteiligungen über eine Summe von Fr. 18'382.80 der Zahlungsbefehl zugestellt. In 13 Beteiligungen über insgesamt Fr. 14'819.13 besteht eine Lohnpfändung und fünf Beteiligungen über Fr. 4'664.35 sind bereits bis zur Konkursandrohung vorgedrungen.

2.3.3. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem 17. August 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____". Das Unternehmen ist mit folgendem Zweck im Handelsregister eingetragen: Angebot von Dienstleistungen in den Bereichen der Biotechnologie, der Forschung und Entwicklung, Betrieb von analytischen Laboratorien sowie Wartung und Service an Maschinen und Geräten, Durchführung von Bauarbeiten und Vermittlung von Firmenaufträgen (act. 6). Der Schuldner erklärt, er habe sich verschuldet, weil er in den letzten zwei Jahren keinen festen Job gehabt habe. Heute sei er als selbständiger Service-Techniker tätig und erhalte als (quasi) Subunternehmer täglich Aufträge von der Firma D._____, welche ihren Hauptsitz in E._____/D habe, weltweit über 50'000.00 Mitarbeiter beschäftige und führende Anbieterin für die globale ...-Industrie sei. Bei der Firma D._____ werde er laufend geschult und weitergebildet. Sein Arbeitsgebiet liege vor allem in Zürich und der Umgebung. Im System der Firma D._____ sehe er seine Aufträge zwei Wochen im Voraus. Jeweils 30 Tage nach verrichteter Arbeit erhalte er die Bezahlung. Er erziele ein Einkommen von durchschnittlich mehr als Fr. 9'000.00 im Monat. Seine Ehefrau

sei seit November 2017 nicht mehr erwerbstätig. Sie habe im mm.2018 das erste Kind zur Welt gebracht und sei nun beim RAV ... angemeldet, habe aber noch keine Auszahlung erhalten. Zu seinen Auslagen führt der Schuldner aus, es werde ihm für die Verrichtung seiner Arbeit von der Firma D._____ grundsätzlich alles zur Verfügung gestellt. Jede Arbeits-, jede Fahrstunde und jeder Kilometer würden ihm bezahlt. An Arbeitsauslagen fielen nur die Benzinkosten von monatlich Fr. 150.00 an. Das Fahrzeug, mit welchem er zu den diversen Laboratorien fahre und Wartungen, Reparaturen sowie Installationen an Laborgeräten ausführe, habe er von seinem Vater zur Verfügung gestellt bekommen. Sein Büro befinde sich bei ihm zu Hause und er mache die Buchhaltung selber, so dass keine zusätzlichen Kosten entstünden. Der Schuldner hält fest, es sei sein Ziel, so schnell wie möglich alle Schulden abzubezahlen. Mit der bestehenden Lohnpfändung sei er daher einverstanden. Das ihm und seiner Familie belassene Existenzminimum von Fr. 2'100.00 (Fr. 700.00 Mietkosten, Fr. 600.00 Krankenkasse, Fr. 150.00 Benzin, Fr. 300.00 Lebensmittel/Pampers usw., Fr. 350.00 diverse Rechnungen wie Handy/Internet/etc.) sei zwar gering, aber dank der Unterstützung seiner Familie reiche es zum Leben, bis die Schulden abbezahlt seien. Er erwarte, dass die Betreuungsforderungen – mit Ausnahme der Betreuung Nr. 2 über Fr. 15'580.80 – bis Ende April beglichen seien. Dies durch sein Vermögen von Fr. 9'120.95, dem bereits erfolgten Pfändungsvollzug des Betreibungsamtes Niederhasli von Fr. 4'420.15 sowie den noch ausstehenden Zahlungen der Firma D._____ von Fr. 14'277.65 bis Ende April. Bei der Betreuung Nr. 2 handle es sich dabei um eine Rechnung seines Bruders und Vermieters. Der familiäre Streitfall werde noch geschlichtet. Komme es nicht zu einer Einigung, werde er natürlich auch seinem Bruder den in Betreuung gesetzten Betrag zurückerstatten (act. 2 und act. 4/3).

2.3.4. Der Schuldner hat im Zeitraum von September 2015 bis März 2018 eine beträchtliche Anzahl an Betreibungen auflaufen und es davon in fünf Betreibungen bis zur Konkursandrohung resp. in einer bis zur Konkurseröffnung kommen lassen, was auf erhebliche finanzielle Schwierigkeiten hindeutet. Die bestehende Lohnpfändung schränkt seine Liquidität bzw. Möglichkeit zur Begleichung der laufenden Verbindlichkeiten erheblich ein; das vom Betreibungsamt festgelegte Existenzminimum berücksichtigt nur gerade die Grundbeträge für ein Ehepaar

(Fr. 1'700.00) und ein Kind (Fr. 400.00) gemäss Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend Kreisschreiben; act. 4/2). Damit es nach Aufhebung der vorliegenden Konkursöffnung nicht sogleich zur nächsten Konkursöffnung kommt, müssen zunächst kurzfristig abrufbare finanzielle Mittel in der Höhe von Fr. 4'664.35 vorhanden sein, um die fünf Betreibungen (umgehend) zu begleichen, in welchen bereits die Konkursandrohung erging. Dass der Schuldner über solche Mittel verfügt, belegt er durch Einreichung seines Kontoauszugs vom 27. März 2018, welcher einen Kontostand von Fr. 9'120.95 ausweist (act. 4/5). Daneben ist zugunsten des Schuldners zu berücksichtigen, dass er in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten über Fr. 1'416.10 zu begleichen, beim Konkursamt Fr. 500.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschüssen (vgl. act. 4/1 und act. 5/1-2). Der Konto-Auszug des Betreibungsamtes Niederhasli-Niederglatt für die Periode vom 1. Januar 2018 bis 28. März 2018 gibt einen Saldo von Fr. 4'420.15 wieder (act. 4/6). Der Schuldner weist des Weiteren nach, dass noch Rechnungen an die Firma D._____ für die Monate Februar und März 2018 von insgesamt rund Fr. 14'300.00 offen sind (act. 4/9). Dieser Betrag sollte ihm in nächster Zeit zufließen und zusammen mit seinem Kontoguthaben bei der Zürcher Kantonalbank sowie dem Saldo gemäss Konto-Auszug des Betreibungsamtes zur Deckung von Betreibungsforderungen im Umfang von rund Fr. 27'800.00 dienen können (act. 4/3). Es ist zu berücksichtigen, dass die Einzelunternehmung des Schuldners erst seit 17. August 2017 im Handelsregister eingetragen ist (act. 6) und sich noch in der Aufbauphase befinden dürfte. Die vorgelegten, von der Firma D._____ bereits bezahlten und noch ausstehenden Rechnungsbeträge für Januar bis März 2018 über gesamthaft gegen Fr. 29'000.00 (act. 4/7-8) zeichnen das Bild eines guten Geschäftsganges. Gestützt auf die Rechnungsbelege erscheint die Angabe des Schuldners, dass er Einkünfte von durchschnittlich mehr als Fr. 9'000.00 im Monat zu erzielen vermag, glaubhaft. Die monatlichen Fixkosten des Schuldners scheinen sich dagegen in relativ geringem Rahmen zu halten. Selbst wenn man realistisch betrachtet von einem (knappen) monatlichen Familienbedarf von zirka Fr. 3'800.00 (Grundbeträ-

ge gemäss Kreisschreiben von Fr. 2'100.00, Miete Fr. 700.00 [act. 4/4], Krankenkasse Fr. 600.00 und Benzin Fr. 150.00 [act. 2 S. 2], Telefon Fr. 150.00, Radio/TV Fr. 38.00, Hausrat-/Haftpflichtversicherung Fr. 40.00), ausgeht, stünden dem Schuldner bei (Brutto-)Einkünften von etwa Fr. 9'000.00 noch monatlich gegen Fr. 5'000.00 für die Schuldentilgung zur Verfügung. Angesichts dessen ist anzunehmen, dass es dem Schuldner möglich sein wird, neben der Bedienung der dringendsten Verpflichtungen, die noch offenen Betreibungen über rund Fr. 38'000.00 innert längstens zwei Jahren abzutragen. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich damit gerade noch als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht die Möglichkeit nicht ausschliesst, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Sollte es jedoch diesen Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre dies als ein starkes Indiz für eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu werten.

2.4. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde folglich gutzuheissen und der über den Schuldner am 20. März 2018 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

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.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 20. März 2018, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.00 (Fr. 500.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Schuldner einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 1'416.10 an die Gläubigerin auszubehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Niederhasli-Niederglatt, 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. K. Würsch

versandt am:
6. April 2018