

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 11. März 2016

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Hinwil vom 1. Februar 2016 (EK160002)

Erwägungen:

I.

Am 1. Februar 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil auf Begehren der Gläubigerin vom 4. Januar 2016 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über den Schuldner (act. 3 und 7). Dieser erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 10. Februar 2016 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, es sei die Konkurseröffnung aufzuheben (act. 2; vgl. act. 8/10). Er macht im Wesentlichen geltend, mittlerweile die Forderung der Gläubigerin getilgt zu haben und auch zahlungsfähig zu sein (act. 2 Rz. 9, 20 ff. und 27 ff.).

Mit Präsidialverfügung vom 12. Februar 2016 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens wurden vom Schuldner aufforderungsgemäss mit Fr. 750.– bevorschusst (act. 9 und 11/2). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1–11).

II.

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 Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Ent-

scheid eingetreten sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294, 139 III 491).

III.

Die in Betreuung gesetzte Forderung beläuft sich gemäss Zahlungsbefehl und Konkursandrohung auf Fr. 5'329.– zuzüglich 5 % Zins seit 1. September 2015 sowie Fr. 150.–; die Betreuungskosten betragen Fr. 160.60 (act. 8/3).

Die "aktuelle" Aufstellung der Gläubigerin über ihre Forderung "inkl. Teilzahlungen bzw. Gutschriften" im Konkursbegehren vom 4. Januar 2016 präsentiert sich wie folgt (act. 8/1):

<u>Aufstellung Gläubigerin</u>		<u>Zinsberechnung</u>
		<u>Beschwerde-</u>
		<u>instanz</u>
Kontokorrent	Fr. 5'329.00 nebst Zinsen zu 5 % seit 01.09.15	Fr. 111.00
Rückwirkende Mutation	Fr. -79.10 nebst Zinsen zu 5 % seit 01.09.15	Fr. -1.65
Einzahlung, 02.11.2015	Fr. -722.80 nebst Zinsen zu 5 % seit 02.11.15	Fr. -8.95
Einzahlung, 09.11.2015	Fr. -995.00 nebst Zinsen zu 5 % seit 09.11.15	<u>Fr. -11.35</u>
Kosten Zahlungsbefehl u. Konkursandrohung	Fr. 160.60	Fr. 89.05
"Betreibungs"- und Mahnkosten	<u>Fr. 150.00</u>	
	Fr. 3'842.70	
<i>Zins gemäss</i>		
<i>Berechnung</i>		
<i>Beschwerdeinstanz</i>	<u>Fr. 89.05</u>	
	Fr. 3'931.75	

Noch am Tag der Konkurseröffnung (aber nachdem diese erfolgt war) zahlte der Schuldner für die Gläubigerin beim Betreibungsamt Wetzikon den gemäss dessen Abrechnung ausstehenden Betrag von Fr. 3'931.55 (act. 2 Rz. 9, 21, act. 5/5). Damit ist die in Betreuung gesetzte Forderung samt Kosten und Zinsen getilgt.

Weiter hat der Schuldner am 4. Februar 2016 beim Konkursamt einen Kostenvorschuss von Fr. 1'700.– geleistet. Zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des diesem von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses von Fr. 1'800.– ist dieser Betrag hinreichend, um im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die konkursamtlichen Kosten zu decken und der

Gläubigerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss zurückzuerstatten (act. 2 Rz. 22 f.; act. 5/7).

Der Konkurs hinderungsgrund nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ist somit erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

IV.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. 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. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

2.

Den Akten lässt sich zu den Verhältnissen des Schuldners im Wesentlichen Folgendes entnehmen:

2.1. Er ist seit Mai 2006 als Inhaber des Einzelunternehmens "B._____" mit Sitz in C._____ im Handelsregister eingetragen. Registrierter Zweck des Unternehmens sind allgemeine Reinigungen (act. 2 Rz. 5, act. 5/3). Seit Oktober 2012 ist der Schuldner auch einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der "D._____ GMBH" mit Sitz in C._____, die ebenfalls Reinigungsdienstleistungen erbringt (act. 2 Rz. 6, act. 5/4).

2.2. Eine aktuelle, die Aktiven und Passiven des Schuldners ausweisende Bilanz liegt nicht vor. Auch eine Kreditorenliste hat der Schuldner nicht eingereicht. Seine kurzfristigen Verbindlichkeiten sind nicht bekannt. Für das Jahr 2013 wurde er von den Steuerbehörden mit Geschäftspassiven von Fr. 27'711.– veranlagt (act. 5/22, Berechnungsmitteilung S. 2).

2.3. Ein offensichtlich vom Betreibungsamt Wetzikon erstellter Auszug über offene, gegen den Schuldner gerichtete Betreibungen per 8. Februar 2016 nennt fünf Verfahren über Forderungen von insgesamt Fr. 52'092.50 (act. 5/15):

	<u>Betr. Nr.</u>	<u>Eingang</u>	<u>Verfahrensstand</u>	<u>Gläubiger</u>	<u>Abrechnungs-Betrag / Fr.</u>
a)	...	07.09.2015	Konkursandrohung	Stiftung Auffang-einrichtung BVG	3'954.70
b)	...	06.11.2014	Rechtsvorschlag	E. _____	2'548.40
c)	...	26.08.2014	Rechtsvorschlag	F. _____ AG	13'844.40
d)	...	21.07.2014	Rechtsvorschlag	G. _____ AG	22'330.35
e)	...	05.02.2014	Rechtsvorschlag	H. _____ AG	<u>9'414.65</u> 52'092.50

Der Beschwerdeschrift und den Beilagen lässt sich dazu Folgendes entnehmen:

Die Betreibung a führte zur Konkureröffnung. Der Schuldner hat die Schuld beim Betreibungsamt getilgt (Erw. III oben).

Betreibung b (E. _____):

Der Schuldner und die Betreuungsgläubigerin haben sich mit gerichtlichem Vergleich vom 8. Juli 2015 im Wesentlichen auf Herabsetzung der Forderung auf pauschal Fr. 1'800.– geeinigt, zahlbar in 6 monatlichen Raten von Fr. 300.–, erstmals per 1. August 2015 (act. 5/16). Die Behauptung des Schuldners, die Ausstände seien beglichen, ist nicht belegt (act. 2 Rz. 32).

Betreibung c (F. _____ AG):

Der Schuldner bestreitet die Forderung. Die Betreuungsgläubigerin wurde im Dezember 2015 im Handelsregister gelöscht, nachdem der am 7. August

2015 über sie eröffnete Konkurs am 20. August 2015 mangels Aktiven eingestellt worden war (act. 2 Rz. 32, act. 5/17).

Betreibung d (G. _____ AG):

Der Schuldner macht geltend, die in Zusammenhang mit einem Bauvorhaben stehende Forderung sei unbegründet. Die Betreuungsgläubigerin habe erfolglos versucht, auf dem (ihm und seiner Ehefrau gehörenden) Grundstück ... [Adresse] für diese Forderung ein Bauhandwerkerpfandrecht zu erwirken. Seither habe sie sich nicht mehr gemeldet (act. 2 Rz. 32). Zur Forderung hat sich das Einzelgericht im summarischen Verfahren aber nicht geäußert; es hat das Gesuch um vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandes mit Urteil vom 11. November 2014 abgewiesen, weil die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht habe, dass sie die gesetzliche Viermonatsfrist nach Art. 839 Abs. 2 ZGB eingehalten habe (act. 5/18).

Betreibung e (H. _____ AG):

Der Schuldner bestreitet die ebenfalls im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben stehende Forderung und behauptet, die Betreuungsgläubigerin habe sich seit seinem Rechtsvorschlag nicht mehr vernehmen lassen (act. 2 Rz. 32).

2.4. An kurzfristig verfügbaren Mitteln weist der Schuldner per 5. Februar 2016 drei Bankguthaben aus, die auf ihn und/oder seine Ehefrau lauten (act. 5/9, 5/11–12):

Kontokorrent-Konto B. _____:	Fr. 954.60
Privatkonto Eheleute:	Fr. 32.42
Privatkonto Ehefrau:	<u>Fr. 40'821.58</u>
	Fr. 41'808.60

Der Schuldner behauptet, das Konto der Ehefrau enthalte Sparguthaben bei der Ehegatten. Die Ehefrau bestätigt mit Schreiben vom 5. Februar 2016, der Schuldner könne und dürfe zur Führung seines Einzelunternehmens und zur Bestreitung der gemeinsamen Lebenshaltungskosten jederzeit uneingeschränkt auf das auf ihren Namen lautende Konto zugreifen (act. 2 Rz. 30, act. 5/13; vgl. act. 5/14). Per 31. Dezember 2014 hatten der Schuldner und

seine Ehefrau den Steuerbehörden Guthaben von Fr. 17'021.– deklariert (act. 5/23).

Zu den offenen Debitoren äussert sich der Schuldner nicht. Er hat zwar Kopien der im Jahre 2015 geschriebenen Rechnungen eingereicht (act. 5/21; vgl. act. 2 Rz. 37 f.). Wie weit sie noch offen sind, ist jedoch nicht ersichtlich.

2.5. Die Erfolgsrechnung des Schuldners für das Jahr 2014 und seine provisorische Rechnung für 2015 ergeben folgendes Bild (act. 5/19–20; Beträge in Fr.):

	<u>2014</u>	<u>2015</u>
<u>ERTRAG</u>	<u>229'789.54</u>	<u>276'177.61</u>
<u>AUFWAND</u>		
Materialaufwand Produktion	17'260.60	13'118.38
Maschinenmiete	698.70	1'101.35
Lohn I. _____		2'250.00
Lohn J. _____		34'221.00
Lohn K. _____		7'383.00
Lohn L. _____		43'418.00
Entsorgung	2'006.25	
Lohnaufwand	33'667.00	
AHV, IV, EO, ALV	2'532.40	4'195.10
Vorsorgeeinrichtungen		722.80
Unfallversicherung	172.05	6'799.60
Leistungen Dritter	37'750.00	197.50
Miete, Raumaufwand	340.00	720.00
Unterhalt, Reparaturen, Ersatz mobile Sachanlagen		129.58
Fahrzeug- und Transportaufwand	5'356.23	3'308.04
Fahrzeugleasing und -mieten		137.96
Sachversicherungen, Abgaben, Gebühren, Bewilligungen	4'979.20	7'074.43
Autoversicherung	6'020.00	5'208.67
Energie- und Entsorgungsaufwand		568.93
Verwaltungsaufwand	34.70	1'338.89
Treuhand	3'100.00	578.70
Telefon, Internet usw.	6'156.25	6'931.99
Werbeaufwand	1'335.80	189.91
Sonstiger betriebl. Aufwand, Arbeitskleider	1'308.05	3'124.66
Abschreibungen und Wertberichtigungen	1'800.00	
Finanzaufwand	275.25	329.42
Direkte Steuern	-1'980.40	
MWST 2014	12'423.50	
Total Aufwand	<u>135'235.58</u>	<u>143'047.91</u>
<u>Gewinn</u>	<u>94'553.96</u>	<u>133'129.70</u>

Der Schuldner bemerkt dazu, dass die BVG-, AHV- und SUVA-Abrechnungen per 31. Dezember 2015 noch nicht ganz abschliessend berücksichtigt seien. Eine massgebliche Veränderung sei indes kaum mehr zu erwarten (act. 2 Rz. 35). Nicht in die Rechnung eingesetzt ist indessen namentlich auch die Mehrwertsteuer.

2.6. Der Schuldner macht geltend, sein Lohn sei jeweils nicht als Aufwand verbucht; sein Einkommen entspreche dem jeweils ausgewiesenen Reingewinn des Unternehmens (act. 2 Rz. 36). In der Steuererklärung 2014 bezifferen er und seine Ehefrau die Einkünfte des Schuldners aus selbständiger Erwerbstätigkeit bei einem ausgewiesenen Gewinn von Fr. 94'553.96 allerdings nur mit Fr. 62'285.–. Daneben deklarierten sie Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit des Schuldners von Fr. 8'651.– und der Ehefrau von Fr. 36'113.– (act. 5/23). Das ergibt Einkünfte aus Erwerbstätigkeit von insgesamt Fr. 107'049.– (entsprechend Fr. 8'921.– p.m.).

2.7. Die Auslagen für sich und seine Familie beziffert der Schuldner wie folgt (act. 2 Rz. 43 ff.; in Fr.):

Hypothekarzins	744.00	(act. 5/24)
Gebäudeversicherung	32.00	(act. 5/25)
Krankenkassenprämien	637.70	(act. 5/26)
Unterhalt 11-jähriges Kind	947.00	
Unterhalt 13-jähriges Kind	1'267.00	
Grundbedarf Schuldner	850.00	
Lebensversicherung	<u>300.00</u>	(act. 5/27)
	4'778.00	

Namentlich der Grundbedarf seiner Ehefrau fehlt in dieser Aufstellung.

2.8. In der Steuererklärung 2014 vom 28. November 2015 deklarierten der Schuldner und seine Ehefrau Vermögenswerte von Fr. 638'521.–, darunter die Liegenschaft ... [Adresse] im Wert von Fr. 620'000.–, sowie Schulden von Fr. 496'000.– (act. 5/23). Das Wohnhaus auf dem Grundstück, ein Neubau aus dem Jahr 2014, ist bei der kantonalen Gebäudeversicherung für Fr. 700'000.– versichert (act. 5/25 Bl. 2). Die Schulden von Fr. 496'000.– entsprechen der auf der Liegenschaft lastenden Hypothek (act. 5/24).

3.

Aufgrund der vorstehend aufgeführten Behauptungen und Unterlagen bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu beurteilen:

Die Angaben zum Geschäftsvermögen des Schuldners sind dürftig. Das Verhältnis der kurzfristigen Verbindlichkeiten zu den kurzfristig verfügbaren Mitteln (namentlich Debitoren) ist nicht ersichtlich. Ein detaillierter Betreibungsregisterauszug fehlt. Einen gewissen Einblick in das Zahlungsverhalten des Schuldners gibt aber auch der von ihm eingereichte summarische Auszug. Die Aufstellung der fünf offenen Betreibungen lässt vermuten, dass der Schuldner den laufenden Verbindlichkeiten grundsätzlich nachkommt. Die jüngste Betreibung vom September 2015 hat zur Konkursöffnung geführt; die weiteren vier Verfahren über insgesamt Fr. 48'137.80 wurden im Jahre 2014 angehoben und sind durch Rechtsvorschlag gehemmt. Die Gläubigerin einer Forderung von Fr. 13'844.40 – eine Aktiengesellschaft – wurde mittlerweile im Handelsregister gelöscht. Zwei weitere namhafte Betreibungsgläubiger mit Forderungen von insgesamt Fr. 31'745.– haben sich laut Darstellung des Schuldners seit 2014 nicht mehr gemeldet; wie weit ihre Forderungen begründet sind, ist ungewiss. Angesichts des vom Schuldner und seiner Ehefrau für das Jahr 2014 deklarierten Einkommens und des Bankguthabens der Ehefrau darf davon ausgegangen werden, dass der Schuldner, wenn er sich mit seiner Familie einschränkt, in der Lage ist, den laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und die aufgelaufenen Schulden, soweit sie denn bestehen, in absehbarer Zeit abzutragen. Die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit ist deshalb zu bejahen. Sollte es erneut zu einer Konkursöffnung kommen, müsste der Schuldner damit rechnen, dass höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt würden.

V.

1.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt sind. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

2.

Der Schuldner hat für die Gläubigerin beim Betreibungsamt Fr. 3'931.55 bezahlt und damit seine Schuld einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten getilgt (Erw. III vorn). Um nichts zu versäumen hat er mit Posteingahlung vom 8. Februar 2016 bei der Obergerichtskasse Fr. 60.– hinterlegt (act. 2 Rz. 12, 25; act. 5/8, act. 11/1). Dieser Betrag ist ihm von der Obergerichtskasse zurückzuerstatten.

3.

Die Kosten beider Instanzen sind dem Schuldner aufzuerlegen, weil er die Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 1. Februar 2016, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den vom Schuldner bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 60.– an den Schuldner zurückzuerstatten.
3. 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. 300.– wird bestätigt und ebenfalls dem Schuldner auferlegt.

4. Das Konkursamt Wetzikon ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'700.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Wetzikon ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Betreibungsamt Wetzikon ZH und das Grundbuchamt ... ZH, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am:
11. März 2016