

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170230-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli
Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 2. November 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **Krankenversicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 4. Oktober 2017 (EK170315)

Erwägungen:

1. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon eröffnete am 4. Oktober 2017 für eine Forderung der B._____ Krankenversicherung AG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 323.80 nebst Zins zu 5 % seit 8. Mai 2017 zuzüglich Fr. 90.– administrative Kosten, Fr. 7.05 fällige Zinsen und Fr. 168.95 Betreibungskosten (in der Betreibung Nr.1 des Betreibungsamtes Dietikon) über A._____ (Schuldner und Beschwerdeführer, nachfolgend Schuldner), den Konkurs (act. 7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 i.V.m. act. 7 und act. 8/8). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 20. Oktober 2017 entsprochen (act. 9).
2. a) 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat.
- b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner mit der Einreichung der Abrechnung des Betreibungsamtes Dietikon die Zahlung der Konkursforderung innert der Beschwerdefrist belegt (act. 5/6). Er stellte ausserdem innert laufender Rechtsmittelfrist beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 5/7).

Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Tilgung) dargetan. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete der Schuldner einen Barvorschuss (act. 5/5).

3. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit 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 vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen 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 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

- b) Der Schuldner ist Inhaber des Einzelunternehmens "C._____", welches seit tt. April 2012 mit dem Firmenzweck "Betrieb von Autoreparaturwerkstätten, Autoservicestationen und Handel mit Personen- und Nutzfahrzeugen" im Handelsregister eingetragen ist (act. 6). Der Beschwerdeführer brachte

vor, die noch offenen Betreibungen hätten ihren Hintergrund darin, dass er im letzten Winter seinen Garagenstandort von D._____ nach E._____ verlegt habe. Der Standortwechsel habe zu übermässigen und vorhersehbaren Kosten und administrativen Aufwänden geführt. Weiter hätten in den letzten Monaten viele Kunden für ihre erhaltenen Leistungen erst viel später oder bis heute gar nicht bezahlt. Grundsätzlich handle es sich aber bei der Garage um ein gesundes Unternehmen mit einem grossen Kundenstamm und genügend Aufträgen. Er sei in der Lage, die Forderungen seiner Gläubiger zu erfüllen. Insbesondere auch die betragsmässig tiefe Forderung, die den Anlass für die Konkureröffnung gegeben habe. Der Grund für die Konkureröffnung liege viel eher darin, dass er in administrativen Angelegenheiten nicht sehr behände sei und das ganze ein wenig "schleifen lasse" (act. 2 S. 5).

4. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss Auszug aus dem Register des Betreibungsamtes Dietikon vom 6. Oktober 2017 (act. 5/8) wurden in den letzten fünf Jahren 17 Betreibungen eingeleitet, wovon 8 durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt worden sind. Unter Berücksichtigung der Zahlung der vorliegenden Konkursforderung sind demnach noch 8 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 11'073.90 offen. Fünf davon befinden sich im Stadium der Einleitung (Gesamtbetrag Fr. 8'721.85) und für drei Betreibungsforderungen erging eine Konkursandrohung (Gesamtbetrag Fr. 2'352.02) (act. 5/8). In der Zwischenzeit hat der Schuldner bis auf die zwei Forderungen der Ausgleichskasse SVA Zürich in der Höhe von Fr. 7'720.80 alle Betreibungsausstände beim Betreibungsamt bezahlt (act. 5/11 betreffend Betreibung Nr. 2; act. 5/12 betreffend Betreibung Nr. 3; act. 5/14 betreffend Betreibung Nrn. 4 und 5; act. 5/15 betreffend Betreibung Nr. 6; act. 5/13 betreffend Betreibung Nr. 7 Forderungsbetrag von Fr. 700.- einmal an Gläubiger direkt und einmal an das Betreibungsamt zuzügl. weiterer Kosten bezahlt). Für die Betreibungsforderungen der Ausgleichskasse SVA Zürich liegt eine Abzahlungsvereinbarung mit der Gläubigerin vor (act. 5/10 S. 1-4). Der Schuldner belegte, dass er bis zur Rechts-

mitteleingabe alle fälligen Raten beglich (act. 5/10). Die Betreibungsforderung der Ausgleichskasse für persönliche Beiträge 2015 (Betreibung Nr. 8) wurde vollständig getilgt. Aktuell sind noch 5 Ratenzahlungen à Fr. 750.—, insgesamt Fr. 3'750.—, betreffend die Betreibung Nr. 9 (für Lohnbeiträge 2016) zu leisten.

b) Der Schuldner verfügte per 18. Oktober 2017 auf dem Geschäftskonto bei der PostFinance über ein Guthaben von Fr. 4'805.55 (act. 5/16). Eine Zwischenbilanz reichte der Schuldner nicht ein, jedoch Debitorenlisten (ab Rechnungsstellung 17. Juni 2017) per 13. und per 18. Oktober 2017 (act. 5/9). Die Debitorenliste vom 18. Oktober 2017 weist einen Ausstand von Fr. 23'343.15 (Fr. 25'312.75 abzüglich bereits geleisteter Teilzahlungen von Fr. 1'969.60) aus. Im Vergleich zur Debitorenliste per 13. Oktober 2017 wurden 8 Rechnungen vollständig bezahlt (Fr. 2'560.50) und eine zusätzliche Ratenzahlung im Umfang von Fr. 1'224.60 geleistet. Total gingen in diesen fünf Tagen demnach Fr. 3'785.10 ein, und es wurden 15 weitere Rechnungen im Betrag von Fr. 12'771.50 in Rechnung gestellt. Aufgrund dieser Zahlungen darf zugunsten des Schuldners mit weiteren Zahlungseingängen in absehbarer Zeit gerechnet werden. Eine Kreditorenliste reichte der Schuldner auch nicht ein, eben so wenig Auszüge des Geschäftskontos, anhand derer sich der Aufwand des Schuldners berechnen liesse. Damit lässt er die Aufwandseite seiner Gesellschaft völlig im Dunkeln. Aus der AHV-Rechnung geht immerhin hervor, dass für 2016 Lohnbeiträge (AHV-Beiträge) im Umfang von Fr. 5'999.70 (vgl. act. 5/10 S. 3) zu bezahlen waren. Da die Lohnbeiträge 12,45% des Bruttolohnes entsprechen und der Arbeitgeber davon die Hälfte zu übernehmen hat, liegen die Netto-Jahreslohnkosten offenbar in der Höhe von ca. Fr. 45'191.—. Je nach Pensum der Angestellten sind bei den Lohnkosten auch noch Beiträge an die Pensionskasse zu berücksichtigen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu bezahlen haben. Die persönlichen AHV-Beiträge für den Schuldner beliefen sich für das Jahr 2015 auf Fr. 1'867.70 (vgl. act. 5/10 S. 1), was unter Berücksichtigung der Sozialabzüge für Selbständigerwerbende (=9,65%) ohne BVG-Beiträge einem jährlichen Bruttolohn von ca. Fr. 19'355.— entsprechen

dürfte. Weitere Aufwandpositionen wie Materialkosten und Raummiete lassen sich nicht ermitteln. Ist der Jahresumsatz aus steuerbaren Leistungen niedriger als Fr. 100'000.–, ist keine Mehrwertsteuer geschuldet. Da der Schuldner gemäss UID-Register (UID CHE...) MWSt-pflichtig ist (vgl. act. 11), ist davon auszugehen, dass der Jahresumsatz über Fr. 100'000.– liegt. Einzelunternehmen mit einem Umsatzerlös unter Fr. 500'000.– unterliegen der eingeschränkten Buchführungspflicht. Sie müssen lediglich über die Einnahmen und Ausgaben sowie über die Vermögenslage Buch führen (Art. 957 Abs. 2 und Abs. 2 Ziff. 1 OR). Nur bei einem Nettoerlös bis Fr. 100'000.– kann auf die Einnahmen und Ausgaben ohne zeitliche Abgrenzung abgestellt werden (Art. 958b Abs. 2 OR). Die fehlenden Unterlagen hinsichtlich der Buchführungspflicht werfen ein ungünstiges Licht auf die Geschäftstätigkeit des Schuldners.

Unter Berücksichtigung, dass der Schuldner bis auf fünf Ratenzahlungen alle Betreibungsforderungen begleichen konnte und der ausgewiesenen Debitorenausstände scheint die Möglichkeit des Schuldners gegeben, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen und seine restlichen Ratenzahlungsausstände zu bezahlen. Der Umstand, dass der Schuldner mit seinen Ratenzahlungen gegenüber der Ausgleichskasse (SVA Zürich) mehrheitlich im Rückstand war (vgl. act. 5/10), zeigt aber, dass der Liquiditätsengpass noch nicht ganz überwunden ist. Das liegt u.a. darin, dass sein Guthaben zur Hauptsache in Debitoren besteht. Es trifft wohl zu, dass er sich nicht genügend um die administrativen Sachen, insbesondere Rechnungsstellung und Überwachung der Zahlungseingänge, gekümmert hat. Die Tatsache, dass das Betreibungsamt in Abschlagszahlungen eingewilligt hat, zeigt aber, dass es die wirtschaftliche Lage des Schuldners nicht als aussichtslos erachtet.

Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich gerade noch als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG dargetan. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über den Schuldner. Der Schuldner ist allerdings darauf hinzuweisen, dass bei

einer erneuten Konkursöffnung in den nächsten Jahren eine Zahlungsfähigkeit ohne Einreichung weiterer Unterlagen nicht mehr leichthin angenommen werden könnte.

5. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 4. Oktober 2017, 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. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren 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, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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 Be-

schwerde 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
2. November 2017