

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190073-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 7. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. April 2019 (EK190434)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung B._____ Kiosk, A._____, welche den Betrieb eines Kioskes bezweckt (act. 5).

2. Mit Urteil vom 2. April 2019 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) für die nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 3):

Fr.	374.40	nebst Zins zu 5 % seit 13.12.2018
Fr.	100.00	Betreibungskosten
Fr.	50.00	Mahnkosten
Fr.	8.28	5% Verzugszins vor Betreuung
Fr.	106.60	Betreibungskosten

3. Mit Eingabe vom 10. April 2019 erhob der Schuldner rechtzeitig (vgl. act. 7/12) Beschwerde gegen dieses Urteil (act. 2) und reichte am 12. April 2019 weitere Unterlagen ein (act. 8/1-5). Mit Verfügung vom 12. April 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum 2. Mai 2019 (Ablauf der Beschwerdefrist) ergänzen könne (act. 9). Am 2. Mai 2019 reichte der Schuldner weitere Unterlagen ein (act. 11/1-5). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. 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 Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner belegt mit Bestätigung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 2. April 2019, dass er die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betr. Nr. 1) am 2. April 2019 bezahlt hat (act. 4/2). Ferner hat der Schuldner beim Konkursamt Aussersihl-Zürich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 4/3). Zudem hat er den Kostenvorschuss für das vorliegende Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– am 12. April 2019 bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 8/1). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er

über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 10. April 2019 lassen sich neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreuung (Betr. Nr. 1) 39 weitere Betreibungen entnehmen, von denen jedoch in 31 Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. Zwei Betreibungen sind zudem erloschen. Von den übrigen sechs Betreibungen befinden sich fünf (Gesamtbetrag Fr. 6'665.85) im Einleitungsstadium und in einer Betreuung (Fr. 46'887.45) wurde dem Schuldner bereits der Konkurs angedroht (act. 4/5).

a) Zu den fünf sich noch im Einleitungsstadium befindlichen Betreibungen (Betreibung-Nrn.: 2 über Fr. 401.85; 3 über Fr. 668.80; 4 über Fr. 2'227.40; 5 über Fr. 2'299.65, Betreuung-Nr. 6 über Fr. 1'068.15), welche allesamt von der SVA Zürich eingeleitet wurden, führt der Schuldner aus, diese Betreibungen würden gelöscht und mit einem Guthaben, welches ihm gegenüber der SVA zustehe, verrechnet (act. 4/6). Hierzu legt er zwei Schreiben der SVA vom 12. März 2019 bei, gemäss denen er bei der SVA über ein Guthaben von Fr. 5'353.75 verfügt. Die SVA teilt in diesen Schreiben ausserdem mit, dass ihm die Guthaben in den nächsten Tagen ausbezahlt würden, sofern keine bereits in Rechnung gestellten

Beträge ausstehend seien (act. 4/7/3-4). Es ist deshalb glaubhaft, dass sich die Schulden des Schuldners bei der SVA zumindest um Fr. 5'353.75 reduzieren.

b) Ausserdem führt der Schuldner aus, er bezahle sei dem 1. Januar 2017 monatlich Fr. 1'000.– an die C._____ AG, wobei er belegt, am 30. April 2018 (zwei Zahlungen), am 11. Juni 2018 und am 14. Januar 2019 entsprechende Zahlungen geleistet zu haben (act. 8/2). Festzuhalten ist, dass es sich bei der C._____ AG um diejenige Gläubigerin handelt, welche dem Schuldner in der Betreuung-Nr. 7 über Fr. 46'887.45 bereits den Konkurs angedroht hat (vgl. act. 4/5 S. 3). Die entsprechende Betreuung wurde am 6. Dezember 2017 eingeleitet. Aufgrund dessen, dass in dieser Betreuung bis anhin noch nicht der Konkurs über den Schuldner eröffnet wurde, ist – wie vom Schuldner sinngemäss behauptet – glaubhaft, dass zwischen der entsprechenden Gläubigerin und dem Schuldner eine Abzahlungsvereinbarung besteht. Bei monatlicher Bezahlung von Fr. 1'000.– seit Einleitung der Betreuung im Dezember 2017 müsste sich die Forderung von (bei Einleitung der Betreuung) zwischenzeitlich Fr. 46'887.45 inzwischen (bis Mai 2019) um Fr. 17'000.– reduziert haben. Wie viel der in Betreuung gesetzten Forderung indes tatsächlich abbezahlt wurde, wurde vom Schuldner weder darlegt noch belegt.

2.5 Zu den zur Konkursöffnung führenden Umständen führt der Schuldner aus, er habe die Rechnung der Konkursgläubigerin nicht beglichen, weil der Arbeitnehmer, für welchen die Gläubigerin Rechnung für BVG Beiträge gestellt habe, im Jahr 2018 gar nicht mehr bei ihm angestellt gewesen sei, was er der Stiftung Auffangeinrichtung gemeldet habe (vgl. act. 4/7/4). Er sei deshalb davon ausgegangen, dass die Rechnung zurückgezogen werde. Als er zur Konkursverhandlung vorgeladen worden sei, habe er die Forderung zwar am 2. April 2019 (Tag der Konkursöffnung) beglichen; er sei jedoch zu spät zur Verhandlung gekommen (act. 2).

2.6 Aus den vom Schuldner eingereichten Steuerklärungen für die Jahre 2017 und 2018 beigehefteten Bilanzen ergibt sich, dass der Schuldner mit seiner Einzelunternehmung in diesen beiden Jahren je einen Gewinn von rund Fr. 54'000.–

erzielt hat (vgl. act. 8/4-5); hierzu kamen im Jahr 2018 Naturalbezüge und Privatanteile aus Unkosten von Fr. 6'780.– (act. 8/4).

Der Schuldner macht geltend, zusammen mit den Einnahmen seiner Frau aus ALV und Mutterschaftsentschädigung stehe der Familie ein jährliches Einkommen von Fr. 67'994.– zur Verfügung, wobei diesen Einnahmen jährliche Ausgaben von Fr. 65'700.– (inklusive Fr. 20'400.– Alimente und Fr. 12'000.– Darlehen D._____) gegenüber stünden (act. 11/3). Zwar hat der Schuldner die von ihm geltend gemachten Zahlen nicht (vollständig) belegt, hinsichtlich der regelmässigen Ausgaben (Allg. Lebenskosten, Miete, Steuern, Krankenkasse, Versicherung, Telefon) ist jedoch anzumerken, dass sich diese im Rahmen des Üblichen bewegen und deshalb als glaubhaft anzusehen sind. Ferner belegt der Schuldner, dass er per 2. Mai 2019 über ein Guthaben von Fr. 10'010.42 auf seinem Konto bei der Post verfügte (act. 11/1-2).

2.7 Insgesamt ist aufgrund der vom Schuldner eingereichten Unterlagen glaubhaft, dass die Betreibungsforderungen der SVA Zürich grösstenteils mit zwei dem Schuldner gegenüber der SVA zustehenden Guthaben verrechnet werden können. Zudem ist glaubhaft, dass der Schuldner mit seiner Hauptgläubigerin, der C.____ AG, eine Abzahlungsvereinbarung geschlossen und in deren Rahmen bereits Zahlungen geleistet hat. Da gegen den Schuldner keine weiteren offenen Beteiligungen bestehen, ist zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass ihm zumindest nicht unmittelbar eine weitere Konkursöffnung droht. Für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners spricht weiter, dass er auf seinem Konto derzeit über ein Guthaben von rund Fr. 10'000.– verfügt. Aufgrund dessen sowie aufgrund der vom Schuldner dargestellten Einnahmen und Ausgaben, bei welchen insgesamt ein kleiner Überschuss resultiert, ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft, bzw. zumindest als wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit anzusehen. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. April 2019 (EK190434), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und das Konkursbegehren der Gläubigerin abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich 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 Barvorschusses) 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 einer Kopie von act. 2;
- das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten,
- das Konkursamt Aussersihl-Zürich,

ferner mit besonderer Anzeige an:

- das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
- das Betreibungsamt Zürich 4,

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 N. Seebacher

versandt am: