

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS200176-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## **Urteil vom 17. September 2020**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**Sammelstiftung B.** \_\_\_\_\_ **für berufliche Vorsorge,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. September 2020 (EK200275)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Schuldner) war Inhaber des am tt.mm.2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_. Am 30. März 2020 wurde das Einzelunternehmen im Handelsregister gelöscht (vgl. act. 5/1). Der Schuldner ist sodann Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ Gipsergeschäft GmbH, welche am tt.mm.2018 in das Handelsregister eingetragen wurde (vgl. act. 5/2). Mit Urteil vom 1. September 2020 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 12'325.95 nebst Zins zu 5% seit 19. Juni 2018 sowie Betreuungskosten von Fr. 221.60 (vgl. act. 3).

1.2. Mit Eingabe vom 5. September 2020 (Datum Poststempel) erhob der Schuldner Beschwerde gegen das Urteil vom 1. September 2020. Er beantragte die Zurückweisung der Forderung sowie die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Mit Verfügung vom 7. September 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und der Schuldner wurde darauf hingewiesen, dass er innert der Beschwerdefrist seine Eingabe ergänzen könne (vgl. act. 7). Innert Frist reichte der Schuldner eine ergänzte Beschwerdeschrift samt diversen Beilagen ein (vgl. act. 10, act. 11/1-34 und act. 14/2-2a). Der Schuldner hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (vgl. act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren, unterliegen, nachdem die Streichung durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekanntgemacht worden ist, noch während sechs Monaten der Konkursbetreibung (Art. 40 Abs. 1 SchKG). Stellt die Gläubigerin wie hier vor Ablauf dieser Frist das Fortsetzungsbegehren, so wird die Betreibung auf dem Weg des Konkurses fortgesetzt (vgl. Art. 40 Abs. 2 SchKG).

2.2. 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. 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 (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.3. Der Schuldner hat mit Überweisung vom 14. September 2020 für die der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderung samt Zinsen und Betriebskosten einen Betrag von Fr. 14'906.80 beim Obergericht hinterlegt (vgl. act. 11/5 und act. 11/6). Weiter hat der Schuldner am 14. September 2020 dem Konkursamt Höngg-Zürich für die Sicherung der Kosten bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'800.– überwiesen (vgl. act. 14/2). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.4.

2.4.1. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die beste-

henden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den 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 (vgl. BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). Da das Einzelunternehmen gelöscht wurde, geht es hier um die Frage, ob der Schuldner mit seinem Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit sowie seinem Vermögen seine laufenden Verpflichtungen erfüllen und in absehbarer Zeit die noch offenen Schulden abbezahlen kann.

2.4.2. Der Schuldner hat einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Regensdorf vom 3. September 2020 eingereicht (vgl. act. 11/30). Darin aufgeführt werden zwei Forderungen der Sammelstiftung B. \_\_\_\_\_ für berufliche Vorsorge, also der Gläubigerin der Konkursforderung. Gemäss Angaben der Gläubigerin besteht zurzeit noch eine Forderung gegenüber dem Schuldner von total Fr. 6'398.10 (vgl. act. 11/4a und act. 15). Der Schuldner hat diesen Betrag sichergestellt und zusätzlich Fr. 8'508.70 der Kasse des Obergerichts überwiesen (vgl. act. 11/5 und act. 11/6). Gemäss Betreibungsregisterauszug bestehen weiter drei Forderungen der E. \_\_\_\_\_ Versicherung AG in Höhe von total Fr. 2'264.10: zwei Beteiligungen in der Höhe von Fr. 361.20 und Fr. 494.20, gegen die der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat, sowie eine Beteiligung in der Höhe von Fr. 1'408.70, bei der bereits der Konkurs angedroht wurde. Gemäss Schuldner betreffen die Forderungen den Zeitraum von 2018 bis 2020. Die Verträge, auf welche sich diese Forderungen stützten, seien jedoch mit der Beendigung der Selbständigkeit per 31. Dezember 2017 erloschen, und die Forderungen deshalb nicht gerechtfertigt (vgl. act. 10 S. 4). Da sich aus den Akten jedoch nicht ergibt, ob die Forderungen eine Berechtigung haben, und da gemäss Auskunft der E. \_\_\_\_\_ Versicherung AG diese drei Forderungen weiterhin bestehen (vgl. act. 15), sind sie hier als offene Schulden zu berücksichtigen.

Zur im Betreibungsregistrauszug aufgeführten Forderung der F.\_\_\_\_\_ über Fr. 618.– liegt ein E-Mail im Recht, wonach die Rechnungen für das Einzelunternehmen sistiert würden, die Betreuung allerdings erst gelöscht werde, wenn die offenen Betreuungskosten bezahlt würden (vgl. act. 11/22). Das ist inzwischen geschehen (vgl. act. 11/27 und act. 11/28). Hinsichtlich der weiteren im Betreibungsregistrauszug aufgeführten Forderungen der G.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 3'746.35 (Konkurs angedroht) und der Schweizerischen Eidgenossenschaft von Fr. 4'328.40 (Pfändung vorgenommen) macht der Schuldner die gleichen Einwände wie bei den Forderungen der E.\_\_\_\_\_ Versicherung AG geltend (vgl. act. 2 S. 4); auch hier bleibt jedoch unklar, ob die Forderungen berechtigt sind. Sodann liegen entgegen der Ansicht des Schuldners keine Belege über einen Gläubigerverzicht im Recht (vgl. act. 2 S. 4). Die beiden Forderungen sind deshalb zu beachten – ebenso die vom Schuldner anerkannte Forderung der G.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr. 1'213.70 (Konkurs angedroht, vgl. act. 2 S. 5). Damit ergeben sich aus dem Betreibungsregistrauszug offene Forderungen von Fr. 11'552.55. Hinzu kommen gemäss Auszug neun Verlustscheine im Gesamtbetrag von Fr. 10'186.20. Diesen Schulden stehen einerseits die Fr. 8'508.70 gegenüber, welche der Schuldner beim Obergericht zu viel einbezahlt hat, sowie andererseits ein Vermögen des Schuldners von Fr. 29'402.27 bei der I.\_\_\_\_\_ Bank AG (vgl. act. 11/8a-d).

2.4.3. Aufgrund des vorhandenen Vermögens, welches die Schulden klar übersteigt, sowie aufgrund des monatlichen Nettoeinkommens des Schuldners bei der D.\_\_\_\_\_ Gipsergeschäft GmbH von Fr. 6'068.15 zzgl. Kinderzulagen von Fr. 900.– (vgl. act. 11/7) scheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie seine Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, als gegeben. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über den Schuldner.

Der Schuldner ist jedoch auf Folgendes hinzuweisen: Bei den Forderungen der E.\_\_\_\_\_ Versicherung AG von Fr. 1'408.70, der G.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 3'746.35

sowie der H.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr. 1'213.70 wurde wie dargelegt bereits der Konkurs angedroht. Um ein baldiges neues Konkursbegehren zu verhindern, muss der Schuldner diese Beträge entweder sofort bezahlen oder mit den Gläubigern eine Lösung finden oder gerichtlich feststellen lassen, dass die Forderungen nicht bestehen (vgl. Art. 85a SchKG).

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 angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. September 2020 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.– (Fr. 1'800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 14'906.80 der Gläubigerin Fr. 6'398.10 und dem Schuldner Fr. 8'508.70 auszubezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Regensdorf, 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:

MLaw R. Jenny

versandt am:  
18. September 2020