

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110190-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Urteil vom 7. Dezember 2011

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **Vorsorgestiftung,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Horgen vom 5.
Oktober 2011 (EK110293)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Horgen eröffnete mit Urteil vom 5. Oktober 2011, ... Uhr, über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) den Konkurs (act. 2). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 17. Oktober 2011 (Datum Poststempel, act. 7/11/1+2) liess der Schuldner die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 19. Oktober 2011 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– angesetzt (act. 8), welchen letzterer fristgemäss bezahlte (act. 12).

2. 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. 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 sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

- 3.1 Der Schuldner beglich gegenüber der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) deren – den Konkurs auslösende – Forderung inklusive Zinsen, Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten im Umfang von Fr. 10'741.75 (act. 2 und 13) durch Zahlung von Fr. 10'312.10 am 5. Oktober 2011 und Fr. 441.55 am 14. Oktober 2011 (act. 5/3-5). Die von den Parteien genannten Forderungsbeträge von Fr. 10'753.65 bzw. Fr. 10'312.10 (vgl. act. 1 S. 4 bzw. act. 5/2) erweisen sich als unzutreffend, was jedoch angesichts der um Fr. 11.90 zu hohen Zahlungen des Schuldners unbeachtlich ist (vgl. act. 5/3-5 und act. 13).

Überdies leistete der Schuldner gemäss Bestätigung des Konkursamtes C. _____ vom 14. Oktober 2011 die geforderten Sicherheiten (Gebühren und Auslagen inklusive erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 300.–) im Umfang von Fr. 850.– (act. 5/6). Am 28. Oktober 2011 bezahlte er zudem – wie bereits ausgeführt – den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren gemäss Art. 98 und Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 1 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts von Fr. 750.– (act. 12). Der Konkurshinderungsgrund der vollständigen Tilgung innert Beschwerdefrist ist somit ausgewiesen. Damit ist nachfolgend zu prüfen, wie es um die Zahlungsfähigkeit des Schuldners bestellt ist.

3.2.1 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, 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 wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass 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 (KUKO-SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N 13).

3.2.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Betreibungsamtes D. _____ vom 17. Oktober 2011 sind im Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 17. Oktober 2011 15 Beteiligungen verzeichnet (act. 5/15). Deren zwei waren im Zeitpunkt der Registerauskunft durch Rechtsvorschlag gehemmt, deren vier durch Zahlung an das Betreibungsamt getilgt und eine erloschen (act. 5/15 S. 2). Die übrigen betriebenen Forderungen – einschliesslich der konkursaushlösenden (siehe 3.1) – hat der Schuldner teils vor Konkurs-

öffnung (Betr. Nr. ... oder ... [nur eine ist belegt] und ... durch die E._____, act. 5/8-11, vgl. act. 1 S. 6; Betr. Nr. ... durch die F.____ AG, act. 5/12-14, wobei hier aufgrund der Belege – insbesondere der G.____[Bank]-Referenz – nicht zweifelsfrei ersichtlich ist, ob es sich bei act. 5/12 bzw. 5/13 um ein und dieselbe Buchung handelt; Betr. Nr. ... und ... durch die H.____ AG, act. 5/16; Betr. Nr. ... durch I._____, act. 5/20, wobei die Tilgung eines Restbetrags von mindestens Fr. 8'000.– aus der zweitletzten Rate nicht belegt ist, da act. 5/19 mehr als zwei Monate vor act. 5/17 datiert), teils während laufender Rechtsmittelfrist beglichen (Betr. Nr. durch die B.____ Vorsorgestiftung, act. 5/3-5). Somit kann allein aufgrund der Akten nicht darauf geschlossen werden, der Schuldner habe – wie von ihm behauptet – die gegen ihn in Betreuung gesetzten Forderungen allesamt restlos getilgt. Er hat jedoch belegt, einen überwiegenden Grossteil der nicht strittigen Beträge innert kurzer Zeit erhältlich gemacht und beglichen zu haben. Betreffend die durch Rechtsvorschlag eingestellten Verfahren ist darauf hinzuweisen, dass diese allesamt vor mehr als einem Jahr angehoben wurden und seither keine weiteren aktenkundigen Inkassoschritte unternommen worden sind (act. 5/15 S. 2). Gegen den Schuldner sind sodann keine offenen Verlustscheine vorhanden (act. 5/15). Dies zeigt, dass der Schuldner insgesamt in der Lage war, in Betreuung gesetzte Forderungen von über Fr. 120'000.– innert weniger Monate abzutragen.

Der Schuldner ist Inhaber einer seit dem tt.mm.2002 im Zürcher Handelsregister eingetragenen Einzelfirma, unter welcher er Inserate verkauft und Ortsinformationen sowie Vereinsbücher herausgibt (act. 5/7). Er finanziert sich durch Abonnementsverträge für Inserate mit jeweils dreijähriger Laufzeit. Gemäss Bilanz per 31. Dezember 2010 wies der Schuldner aus dem Betrieb seiner Einzelunternehmung bei einer Bilanzsumme von Fr. 671'996.11 einen Gewinn von Fr. 136'834.35 und Debitoren von Fr. 636'600.– aus, welche offensichtlich den Hauptanteil seiner Aktiven ausmachen, wobei insbesondere diese Bilanzposition eine markante Verbesserung gegenüber 2009 ausweist (act. 5/21 S. 1). Demgegenüber haben sich von 2009 auf 2010 auch die kurzfristigen Verbindlichkeiten des Schuldners aus Lieferungen und Leistungen sowie die kurzfristigen Finanzverbindlichkeiten stark, jedoch in verhältnismässig geringerem Ausmass als die

Debitoren – woraus der für 2010 ausgewiesene Gewinn zur Hauptsache resultieren dürfte – erhöht (act. 5/21 S. 2). Der Schuldner konnte 2010 den Bruttoertrag um rund Fr. 146'000.– steigern. Hier hat der Schuldner gegenüber 2009 also tatsächlich mehr Einnahmen generiert. Gesamthaft betrachtet hielten sich per Ende 2010 die Verbindlichkeiten des Schuldners gegen Dritte (unter Ausklammerung der Vorausleistungen von Kunden) mit seinen Forderungen gegenüber Kunden in etwa die Waage und die Bilanz präsentiert sich, wenn auch nicht rosig, so doch einigermaßen ausgeglichen (act. 5/21). Per 11. Oktober 2011 wiesen die Geschäftsbücher des Schuldners ein Debitorentotal von Fr. 887'371.45 auf (act. 5/22), was angesichts der Vor- bzw. Vorvorjahreszahlen (dort allerdings per Ende Jahr) einer rund 30 bzw. 70 % besseren Auftragslage entspricht. Dies spiegelt sich auch in den diversen per 2011 offenbar neu akquirierten Aufträgen gemäss Debitorenliste (act. 5/22: insbesondere ADLISWIL U. UMG. S. 2 ff. und LINKES ZÜRICHSEEUFER S. 3 f.). Eine aktuelle Aufstellung zur Kostenentwicklung und den Passiven der Einzelunternehmung wurde vom Schuldner nicht eingereicht. Dennoch ist aufgrund des bisherigen Geschäftsganges davon auszugehen, dass sich die Erträge im Vergleich zu den Kosten überproportional entwickelt haben und erstere von letzteren nicht weggefressen wurden. Die ins Recht gelegten G.____-Kontokorrentbelege zeigen auf, dass dem Schuldner 2011 im Februar und von Mai bis und mit September immer wieder grössere Bargeldbeträge zugegangen sind, durchschnittlich ca. Fr. 60'000.– pro Monat (act. 5/24, 5/26-31, act. 5/23 und 5/25 datieren vom Vorjahr), die der Schuldner – wie aus den Detailauszügen hervorgeht – zu einem grossen Teil zur Zahlung seiner geschäftlichen Verbindlichkeiten verwendet hat. Der Schuldner lässt geltend machen, für ihn, seine Lebenspartnerin und seinen Sohn betrage der monatliche Bedarf rund Fr. 7'000.–, wozu seine Lebenspartnerin Fr. 1'000.– beitrage (act. 1 S. 9 f.). Dies scheint den Verhältnissen prima vista angemessen und macht deutlich, dass, auch wenn der Lebenskostenanteil der Lebenspartnerin strenggenommen nicht zu berücksichtigen wäre, dem Schuldner aus seinen durchschnittlichen Einnahmen – neben dem Bedarf seiner Familie – monatlich mehr als Fr. 50'000.– zur Verfügung stehen, um seine Geschäftsgläubiger zu bedienen. Damit ist für den bisherigen Verlauf des aktuellen Geschäftsjahres, gestützt auf die positive Auftragsentwicklung, von ei-

ner Verbesserung der finanziellen Lage des Schuldners auszugehen. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass es ihm möglich war, alle grösseren betriebenen Forderungen (grösstenteils belegt) noch vor Konkurseröffnung zu begleichen.

3.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner die Konkursforderung inklusive Zinsen, Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten bezahlt, die nötigen Sicherheiten für die Kosten des Konkursamtes und die gerichtlichen Verfahren geleistet und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft und mit Belegen dargetan hat. Es ist daher davon auszugehen, dass seine Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehender Natur waren. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und der über den Schuldner am 5. Oktober 2011, 9.30 Uhr, eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

4. Die Kosten beider Instanzen hat – trotz Gutheissung der Beschwerde – 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 Konkursgerichtes des Bezirkes Horgen vom 5. Oktober 2011, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt C. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'350.– (Fr. 850.– 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.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Horgen und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: