

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## Urteil vom 28. März 2012

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 1. März 2012 (EK120027)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 1. März 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Affoltern für eine Forderung von Fr. 2'871.30 nebst 5% Zins seit 31. März 2001 zuzüglich Fr. 50.-- Mahn- und Fr. 100.-- Inkassokosten sowie Fr. 155.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 5). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt dieser (sinngemäss) die Aufhebung des Konkursdekretes. Er bestreitet unter anderem den Zinsenlauf seit dem 31. März 2001 und erklärt, der Verzugszins dürfe erst ab 31. März 2011 berechnet werden. Sodann reichte er einen Beleg ein, wonach er am 6. März 2012 Fr. 3'500.-- an die Gläubigerin zahlte (act. 1, act. 3/2-3, act. 11/3).

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. 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. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Am 9. März 2012 wurde der Schuldner telefonisch darauf hingewiesen, dass seine Beschwerde unvollständig sei, er sie aber bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Er müsse die gesamte Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten begleichen und seine Zahlungsfähigkeit nachweisen (act. 7). Da die Konkursforderung noch nicht vollständig bezahlt war und somit kein Konkurshinderungsgrund vorlag, wurde der Beschwerde mit gleichentags erlassener Verfügung die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert. Weiter wurde dem

Schuldner Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für das zweitinstanzliche Verfahren angesetzt (act. 8).

Mit Eingabe am 12. März 2012 und damit noch innert Frist belegte der Schuldner per Postquittung die Zahlung von weiteren Fr. 1'300.-- an die Gläubigerin (act. 11/4). Damit ist die Konkursforderung von total Fr. 4'744.90 nunmehr beglichen und es liegt der Konkurshinderungsgrund der Tilgung vor. An dieser Stelle ist der Schuldner darauf hinzuweisen, dass der Konkursrichter den Bestand der Konkursforderung einschliesslich der betriebenen Zinsen nicht überprüfen kann. Weiter stellte der Schuldner die allfälligen Kosten des Konkursamtes sowie die zweitinstanzlichen Gerichtskosten in Höhe von Fr. 750.-- sicher (act. 11/5-6, act. 12). Schliesslich reichte er verschiedene Unterlagen zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit ein (act. 11/7-10). Mit Verfügung vom 19. März 2012 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

4. Der Schuldner hat zusätzlich zur Tilgung 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 abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch derart konkret dargelegt werden, dass so glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der vorgelegten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_

(act. 11/7) wurden vom 1. Januar 2010 bis 9. März 2012 34 Betreibungen eingeleitet, wovon 20 durch Zahlung erledigt sind und eine erloschen ist. In der Betreibung Nr. ... erfolgte eine Pfändung mit genügender Deckung. Gemäss Angaben des Schuldners wurde sein Lastwagen, offenbar kein Kompetenzstück, gepfändet (act. 1 S. 2). Die Anzahl Betreibungen sowie die Pfändung lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Betreibung Nr. ... inzwischen getilgt. Damit sind gegenwärtig noch 11 Betreibungen von total Fr. 107'185.75 offen. Hierzu nahm der Schuldner in seiner ergänzenden Eingabe wie folgt Stellung (act. 10): Die Betreibungen Nr. ..., ... und ... seien erledigt, aber nicht zurückgezogen worden. Da indes keine entsprechenden Belege eingereicht wurden, müssen diese Betreibungen in Höhe von Fr. 5'096.70 nach wie vor als offen betrachtet werden. In den Betreibungen Nr. ..., ..., ... und ... von insgesamt Fr. 67'310.20 stehe er mit den betreffenden Gläubigern zwecks Vereinbarung von Teilzahlungen in Kontakt. Unterlagen, die das näher belegen, fehlen. Quittungen für allenfalls bereits erbrachte Raten liegen nicht vor. In der Betreibung Nr. ... kam gemäss dem Schuldner bereits ein Abzahlungsplan zustande. Im Jahr 2011 habe er Fr. 4'500.-- beglichen, die noch offene Schuld habe er im Januar 2012 mit Taggeldguthaben verrechnet. Die Schlussrechnung sei angefordert. Da indes weder die behaupteten Zahlungen noch die Verrechnung durch sachdienliche Unterlagen belegt wurden, ist auch diese Betreibung weiterhin zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für die Betreibungen Nr. ... und ..., welche vom Schuldner bestritten werden. Weder sind sie durch Rechtsvorschlag gehemmt noch legt der Schuldner Unterlagen vor, wonach sie nicht kurzfristig zu zahlen oder gar nicht mehr geschuldet wären. In der Betreibung Nr. ... der D. \_\_\_\_\_ von Fr. 22'576.35 erhob er hingegen Rechtsvorschlag. Seit der Schlichtungsverhandlung warte er auf eine korrigierte Abrechnung. Da offenbar keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden sind, rechtfertigt es sich, diese Betreibung unberücksichtigt zu lassen. Somit verbleiben gegenwärtig offene in Betreibung gesetzte Forderungen von Fr. 84'609.40.

b) Der Schuldner reichte weder eine Kreditoren-/Debitorenliste noch Kontoauszüge ein. Die im erst provisorischen Zwischenabschluss 2011 (act. 11/9) aufgeführten kurzfristigen Verbindlichkeiten von rund Fr. 146'000.-- dürften

- ev. abgesehen vom nicht näher erklärten "Lohndurchlaufkonto" in Höhe von Fr. 10'384.20 - aufgrund der unterschiedlichen Stichtage von Betreibungsregisterauszug und Bilanz nicht zusätzlich zu den bereits erwähnten Ausständen anfallen. Weiter erscheinen in der Bilanz Darlehen der E.\_\_\_\_\_ und der F.\_\_\_\_\_ Bank von insgesamt Fr. 70'439.62, welche wohl nicht kurzfristig zurückzuzahlen sind. Anhaltspunkte für weitere Schulden liegen nicht vor. Somit hat der Schuldner ohne das erwähnte Lohndurchlaufkonto offene Verbindlichkeiten von rund Fr. 85'000.--. Demgegenüber sind per Ende 2011 unter Berücksichtigung eines Delkrederes von Fr. 2'500.-- (2.3%, was etwas tief erscheint) Debitoren von Fr. 104'665.95 ausgewiesen. Obwohl deren Fälligkeits- oder Rechnungsstellungsdaten nicht bekannt sind, darf zugunsten des Schuldners in absehbarer Zeit von Zuflüssen in ungefähr dieser Grössenordnung ausgegangen werden. Gemäss der Bilanz wies sein zweites Konto bei der E.\_\_\_\_\_ per Ende 2011 einen Saldo von Fr. 1'824.15 auf. Der Stand des sowohl auf der Aktiv- als auch auf der Passivseite geführten F.\_\_\_\_\_ Kontos betrug rund Fr. 41'500.--. Demnach hatte der Schuldner Ende letzten Jahres liquide Mittel von ca. Fr. 43'300.--. Das in der Bilanz aufgeführte Anlagevermögen in Form von Maschinen, Mobiliar, EDV und Fahrzeugen ist für den Betrieb wohl grösstenteils erforderlich und daher für die Liquiditätsprüfung unbeachtlich. Im Übrigen scheint der Lastwagen wie erwähnt gepfändet. Demnach vermögen die Gutschriften und flüssigen Mittel, selbst wenn sie gegenwärtig etwas tiefer sein sollten, die offenen Verbindlichkeiten klar zu decken. Stellt man gestützt auf den provisorischen Abschluss dem Fremdkapital (Fr. 216'540'27) die Aktiven (Fr. 245'502.96) gegenüber, so ergibt sich eine Deckung. Eine Überschuldung liegt somit im Gegensatz zu den beiden Vorjahren (act. 11/8) nicht mehr vor, wobei zu beachten ist, dass für das Jahr 2011 noch keine Abschreibungen vorgenommen worden sind. Damit scheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten regelmässig nachzukommen sowie seine Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, aufgrund der dargelegten Verhältnisse als gegeben. Dies deckt sich auch mit der eingereichten Budgetplanung, gemäss welcher er seinen Gewinn von Fr. 83'703.-- per Ende 2011 (2010 resultierte noch ein Verlust von Fr. 43'269.--) auf beachtliche Fr. 157'377 per Ende 2013 steigern will. Dies will er einerseits mit einer Umsatzsteigerung im Trans-

portgeschäft und andererseits durch die Vermietung von Räumlichkeiten an Dritte erreichen (act. 11/10). Zur Veranschaulichung dieses doch erheblichen Wachstums von zunächst 16%, dann immerhin 10% reichte er die Ertragsaussichten pro Kunde ein (act. 11/10 S. 3). Auch wenn der Schuldner es unterliess, die einzelnen Verträge - namentlich den offenbar neu abgeschlossenen Jahresvertrag mit der Firma G.\_\_\_\_\_ mit Vertragsbeginn Mai 2012 über pauschal Fr. 545.-- pro Tag - vorzulegen, erscheint seine Aufstellung plausibel. Gestützt darauf sowie auf die eingereichten Abschlüsse ist glaubhaft, dass der Liquiditätsengpass insbesondere auf im Jahr 2010 getätigte Investitionen zurückzuführen ist. Aus der bilanzierten Position "A.\_\_\_\_\_ Eigenkapital" lässt sich ein Mindestbezug von Fr. 10'000.-- entnehmen (act. 11/9), im Übrigen liegen zu den Privatbezügen und Lebenshaltungskosten des Schuldners keinerlei Angaben vor. Massgebend ist indes, dass er 2011 seine Schulden in grösserem Umfang zu reduzieren vermochte, was gemäss ihm vor allem auf neue Aufträge zurückzuführen ist (act. 10 S. 3, act.11/9). Er scheint bemüht, seine finanzielle Situation zu bereinigen und die vernachlässigte Buchhaltung in Ordnung zu bringen (act. 1 und act. 10 S. 3).

Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich damit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über den Schuldner eröffneten Konkurses.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil dieser das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 1. März 2012, 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 verrech-

net. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.

3. Das Konkursamt H.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.-- (Fr. 1'200.-- 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. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Affoltern und das Konkursamt H.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, 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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: