

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120086-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti
Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 4. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X. _____

gegen

Sammelstiftung BVG B. _____

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. _____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 23. April 2012 (EK120441)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 23. April 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 17'445.60 nebst 5% Zins seit 1. Januar 2011 abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 17'365.60 vom 22. September 2011 zuzüglich Fr. 300.-- Umtriebsspesen und Fr. 227.-- Betriebskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sodann reichte er zahlreiche Beilagen ein (act. 5/3-39). Am 10. Mai 2012 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Nach Ablauf der Beschwerdefrist gelangte der Schuldner mit einer weiteren Eingabe samt diversen Zahlungsbelegen an die Kammer (act. 11 und 12/1-11).

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. Gestützt auf die Abrechnung der Gläubigerin hatte der Schuldner am 7. Februar 2012 unter Berücksichtigung der erbrachten Teilzahlung noch Fr. 1'437.05 zu leisten, wobei dieses Total zufolge eines Rechnungsfehlers um Fr. 200.-- zu hoch ausfällt. Der Zins wurde allerdings nur bis zum 7. Februar 2012 und nicht bis zur Konkursöffnung berücksichtigt und damit um rund Fr. 20.-- zu tief ausgewiesen (act. 2 S. 11, act. 5/27). Die Überweisung des Schuldners von

Fr. 1'437.05 am 3. Mai 2012 an die Gläubigerin übersteigt demzufolge die geschuldete Restforderung samt Zinsen und Kosten auf jeden Fall (act. 5/28). Weiter stellte der Schuldner die allfälligen Kosten des Konkursamtes sowie die erstinstanzliche Gerichtsgebühr sicher (act. 5/3-4). Somit liegt der Konkurshinderungsgrund der Tilgung vor. Ferner erklärte die Gläubigerin bereits mit Schreiben vom 30. April 2012, mithin nach der Konkursöffnung gegenüber der Vorinstanz ihr Desinteresse an der Konkursöffnung (act. 2 S. 9, act. 8/8-9, act. 5/25-26). Bei der Obergerichtskasse bezahlte der Schuldner sodann einen Barvorschuss von Fr. 3'000.-- für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 750.--, den noch offenen Anteil des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses sowie Unvorhergesehenes (act. 2 S. 11 f., act. 5/29). Mit seiner Bestätigung machte das Konkursamt indes deutlich, dass der von der Gläubigerin vor Vorinstanz erbrachte Vorschuss bereits durch die vom Schuldner beim Konkursamt geleistete Zahlung sichergestellt ist. Der beim Obergericht eingegangene Vorschuss muss dafür nicht beansprucht werden.

4. Überdies hat der Schuldner 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 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.

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. 5/8) wurden seit 1. Januar 2009 bis 3. Mai 2012 45 Beteiligungen eingeleitet, wovon fünf erloschen und 21 durch Zahlung an das Betreibungsamt oder direkt an den jeweiligen Gläubiger erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in elf Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen getilgt bzw. verzichtete die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses. Damit sind gegenwärtig noch 18 Beteiligungen in Höhe von Fr. 38'371.27 offen. Im Beschwerdeverfahren wies der Schuldner die Bezahlung der Beteiligungen Nr. ..., Nr. ..., Nr. ..., Nr. ..., Nr. ... und Nr. ... von insgesamt Fr. 4'652.-- nach (act. 5/9-12). In den übrigen 12 Beteiligungen erfolgten innerhalb der Beschwerdefrist noch keine Zahlungen. Gemäss den provisorischen Abrechnungen des Betreibungsamtes C._____ beläuft sich der noch offene Totalbetrag auf Fr. 35'564.17 (act. 2 S. 7 f., act. 5/13-24). Bei den Beteiligungen Nr. ... und Nr. ... der Eidgenössischen Steuerverwaltung handelt es sich nach schuldnerischen Angaben um Mehrwertsteuerschulden. Da er wegen Überlastung die Mehrwertsteuerabrechnungen nicht eingereicht habe, sei ihm ein höherer Betrag in Rechnung gestellt worden, als tatsächlich angefallen sei. Effektiv seien rund Fr. 12'000.-- und nicht die betriebenen Fr. 24'687.-- zu bezahlen (act. 2 S. 9). Da jedoch weder Unterlagen zum vom Schuldner behaupteten Jahresumsatz von Fr. 150'000.-- noch eine Bestätigung bzw. bereinigte Abrechnung der Steuerverwaltung vorliegt, kann dieser Einwand nicht berücksichtigt werden. Damit verbleiben offene in Beteiligung gesetzte Forderungen von Fr. 35'564.17. Die nachgereichten Zahlungsbelege müssen, da die Zahlungsfähigkeit wie dargelegt innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen ist, für die Prüfung der Liquidität unbeachtet bleiben.

b) Der Schuldner war Inhaber der Einzelfirma D._____. Wegen gravierender persönlicher und gesundheitlicher Probleme vernachlässigte er die administrativen Angelegenheiten. Da er der Belastung nicht mehr standzuhalten vermochte, gab er die Selbständigkeit auf und trat am 1. November 2011 bei der

E. _____ AG eine Stelle als Offsetdrucker an. Seine neue Arbeitgeberin kaufte ihm auch das Inventar und die Kundschaft ab. Die Lokalitäten seiner Einzelunternehmung sind inzwischen geräumt und abgegeben (act. 2 S. 5 f., act. 5/6-7). Infolgedessen sah der Schuldner davon ab, einen Jahresabschluss vorzulegen. Ebenso wenig reichte er seine Steuererklärung ein. Als weiteren Ausstand erwähnt er eine BVG-Prämie von Fr. 18'883.--. Er bezahlte einen Teilbetrag von Fr. 10'000.--, für die Restanz habe ihm die Gläubigerin telefonisch Aufschub gewährt (act. 2 S. 14, act. 5/30-31). Damit sind hier noch Fr. 8'883.-- offen. Weiter verweist der Schuldner auf einen Betriebskredit der Bank F. _____ von Fr. 30'000.--, der per 26. April 2012 mit Fr. 29'804.40 beansprucht war. Gemäss seinen Angaben ist der Kredit durch eine prämienbefreite Lebensversicherung im Wert von Fr. 40'000.-- gesichert (act. 2 S. 14, act. 5/32-33). Im eingereichten Vermögensausweis der Bank F. _____ per Ende 2011 erscheinen zwar der Kredit und die Versicherungspolice (lautend auf den Schuldner und G. _____, wohl seine getrennt lebende Ehefrau; act. 2 S. 5), über die behauptete Kreditlimite von Fr. 30'000.-- und Sicherung gibt er hingegen keinen Aufschluss. Aufgrund der Unterlagen erscheinen die schuldenrischen Angaben jedoch glaubhaft. Im Falle einer Kündigung des Kredits zufolge Geschäftsaufgabe könnte die F. _____ somit im ungünstigsten Fall die Sicherheit beanspruchen; die Liquidität des Schuldners würde nicht tangiert. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, dürfte dieser aber in der Lage sein, den Kredit aus seinen Barmitteln und Guthaben zurückzuzahlen. Somit hat er offene Verbindlichkeiten von Fr. 44'447.17. Anhaltspunkte für weitere nennenswerte Verpflichtungen, namentlich Ansprüche seiner Ehefrau, sind keine ersichtlich. Demgegenüber führt der Schuldner per 4. Mai 2012 Debitoren von Fr. 25'980.-- gegen seine Arbeitgeberin aus dem Verkauf der Firma an (act. 5/7). Es ist anzunehmen, dass ihm dieser Betrag innert nützlicher Frist zufließen wird, zumal ihm am 31. Januar und 26. März 2012 bereits je Fr. 15'000.-- ausbezahlt wurden. Hinzu kommt ein Guthaben gegenüber der H. _____ aus der Beendigung des Mietverhältnisses für die Geschäftsräumlichkeiten in Höhe von Fr. 12'954.--, bestehend aus Fr. 10'000.-- Genossenschaftsanteilen und Fr. 2'954.-- Depositen (act. 2 S. 15 f., act. 5/36-37). Das Konto des Schuldners bei der Bank I. _____ wies per 3. Mai 2012 einen Saldo von Fr. 41'891.75 aus (act. 5/34). Auf seinem Postkonto lagen am 25. April

2012 Fr. 6'020.65 (act. 5/35). Somit hat der Schuldner – ohne Berücksichtigung der bei der Beschwerdeinstanz zuviel sichergestellten Fr. 2'250.-- – Guthaben und liquide Mittel von Fr. 86'846.40. Diese vermögen seine Verbindlichkeiten klar zu decken; dies umso mehr, wenn die Mehrwertsteuerrechnungen, wie vom Schuldner erwartet, nach unten korrigiert würden bzw. er Rückzahlungen erhielte (act. 2 S. 9, 13 f. und 16). Mit dem Überschuss könnte er wohl wie angesprochen den Betriebskredit der F. _____ zurückzahlen.

Der Schuldner erzielt ein Jahreseinkommen von Fr. 91'000.--, ausbezahlt in 13 Monatslöhnen. Somit verdient er netto Fr. 5'944.80 monatlich (act. 5/6, act. 5/38). Für seine Vorstandstätigkeit in einer Genossenschaft erhält er jährlich Fr. 2'959.40, was Fr. 246.60 pro Monat ergibt (act. 5/39). Bei einem geltend gemachten Bedarf von Fr. 3'191.40 (act. 2 S. 17) – der Schuldner lebt offenbar allein und hat keine Unterstützungspflichten – verbleiben knapp Fr. 3'000.--, welche ebenfalls zur Schuldentilgung herangezogen werden können. 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. Die Konkureröffnung dürfte demnach in der Tat zur Hauptsache auf die durch die schwierige private Situation hervorgerufene Überlastung und nicht auf mangelnde Liquidität des Schuldners zurückzuführen sein (act. 2 S. 5 und 20). Zu seinen Gunsten ist schliesslich zu berücksichtigen, dass er im Hinblick auf das Beschwerdeverfahren innert Kürze Fr. 10'000.-- aufzubringen vermochte und – für die Liquiditätsprüfung allerdings unbeachtlich – am 16. Mai 2012, abgesehen von noch zu bereinigenden Mehrwertsteuerforderungen, sämtliche noch offenen Betreibungen in Höhe von Fr. 12'459.80 bezahlte (act. 11 und 12/1-11).

Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Guttheissung 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 er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. April 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 verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, von dem bei ihr einbezahlten Betrag von Fr. 3'000.-- dem Schuldner Fr. 2'250.-- zurückzuzahlen.
4. Das **Konkursamt J._____** wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- 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.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich und das Konkursamt J._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: