

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120222-O/U

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

## Urteil vom 18. Dezember 2012

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B. \_\_\_\_\_ AG, Inkasso,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 13. November 2012 (EK120464)

### **Erwägungen:**

1. Mit Urteil vom 13. November 2012 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach für eine Forderung von Fr. 2'065.20 nebst 5% Zins seit 15. September 2010 zuzüglich Fr. 140.-- Bearbeitungsgebühren und Fr. 188.-- Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt dieser die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Auf spezielle Massnahmen zum Schutz von weiteren Gläubigern sei zu verzichten. Er weist darauf hin, dass C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, die das Konkursbegehren unterzeichneten, gemäss Handelsregisterauszug weder zeichnungsberechtigt noch Organ der Gläubigerin sind und auch keine auf diese Personen lautenden Vollmachten vorliegen (act. 2). Sodann legte er zahlreiche Beilagen vor unter dem Vorbehalt, weitere Erkenntnisse oder Erläuterungen nachzureichen (act. 5/2-12).

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. 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. Gemäss dem mit der Beschwerdeschrift eingereichten E-Mail der Gläubigerin vom 19. November 2012 stellte diese dem Schuldner im Falle der Überweisung von Fr. 3'385.80 eine Verzichtserklärung in Aussicht. Dieser Betrag entspreche dem aktuellen Ausstand in der der Konkurseröffnung zugrundeliegenden Betreuung Nr. ... unter Einbezug des ihrerseits vor Vorinstanz geleisteten

Kostenvorschusses von Fr. 1'800.-- sowie unter Berücksichtigung einer Teilzahlung von Fr. 1'032.60 (act. 2 S. 3 ff., act. 5/7-8, act. 17/20). Noch am 19. November 2012 überwies der Schuldner der Gläubigerin Fr. 3'385.80 (act. 5/10). Bereits am 14. November 2012 stellte er die beim Konkursamt anfallenden sowie die erstinstanzlichen Gerichtskosten sicher (act. 5/6). Damit erfolgte eine doppelte Sicherstellung der Fr. 1'800.-- durch den Schuldner: Einerseits bezahlte er den Betrag mit der Konkursforderung direkt an die Gläubigerin, andererseits deponierte er ihn beim Konkursamt. Da sich somit der Konkurshinderungsgrund der Tilgung innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht hat, wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 20. November 2012 einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt. Weiter wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass auch eine Verzichtserklärung innert der Rechtsmittelfrist abgegeben werden müsste und er seine Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises eines Konkurshinderungsgrundes sowie der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Ferner wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 750.-- für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten und der Gläubigerin eine solche zur Einreichung einer schriftlichen Genehmigung des Konkursbegehrens durch zeichnungsberechtigte Personen angesetzt (act. 9).

Mit Eingabe vom 21. November 2012 und damit noch innert Frist reichte der Schuldner die in Aussicht gestellte Verzichtserklärung der Gläubigerin sowie eine Saldoerklärung der ... nach (act. 11 und 12/13-14). Damit liegt nun zusätzlich der Konkurshinderungsgrund des Verzichts vor. Des Weiteren leistete er den Vorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 13, act. 17/33). Am 27. November 2012 genehmigten E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, beide mit Kollektivunterschrift zu zweien, das Konkursbegehren (act. 14 und 15/1-2). Ebenfalls noch rechtzeitig gelangte der Schuldner schliesslich am 27. November 2012 mit einer weiteren Eingabe und zahlreichen Dokumenten an die Kammer (act. 16 und 17/15-33). Er stellt den prozessualen Antrag, die Eingabe sowie die Beilagen seien der Gläubigerin nicht zur Kenntnis zu bringen, oder in Anwendung von Art. 156 ZPO seien Vorkehren zum Schutz seiner Privatsphäre zu treffen.

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) Vorab ist der prozessuale Antrag des Schuldners zu prüfen, es sei der Gläubigerin seine Eingabe vom 27. November 2012 samt Beilagen nicht zur Kenntnis zu bringen, oder es seien unter Anwendung von Art. 156 ZPO Vorkehrungen zum Schutz seiner Privatsphäre zu treffen. Diesen Antrag begründet der Schuldner mit der Verzichtserklärung der Gläubigerin. Damit habe diese ihr Interesse bekundet, weshalb kein Anlass mehr bestehe, ihr die äusserst vertraulichen Informationen zur Kenntnis zu bringen (act. 16 S. 2).

b) Gemäss Art 53 Abs. 2 ZPO haben die Parteien grundsätzlich ein Akteneinsichtsrecht. Werden aber durch die Beweisabnahme schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter gefährdet, trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen (Art. 156 ZPO). Art. 156 ZPO verlangt eine konkrete Gefährdung, eine bloss abstrakte genügt nicht. Die gerichtlich angeordneten Schutzmassnahmen müssen sodann verhältnismässig sein. Dabei ist das Interesse einer Partei auf Akteneinsicht und Wahrung ihres rechtlichen Gehörs gegenüber dem Schutzinteresse der Gegenpartei oder des betroffenen Dritten abzuwägen. Als Schutzobjekte fallen Persönlichkeitsrechte und Geschäftsgeheimnisse, mithin sämtliche

privaten oder öffentlichen Interessen, die als schutzwürdig erscheinen, in Betracht (KUKO ZPO-Schmid, Art. 156 N 2 ff.; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 156 N 6 ff.).

c) Art. 174 Abs. 2 SchKG schreibt die Prüfung der Zahlungsfähigkeit durch das Gericht vor, falls sich der Schuldner auf einen der Aufhebungsgründe von Abs. 2 beruft. Dies bedingt zwangsläufig die Offenlegung seiner finanziellen Verhältnisse. Gestützt auf dessen Vorbringen und die eingereichten Dokumente muss sich das Gericht ein Gesamtbild über die Vermögenslage des Schuldners verschaffen. Die gewonnenen Erkenntnisse hat es in seine Erwägungen einfließen zu lassen, ansonsten es seiner Begründungspflicht nicht nachkommt. Die Ausführungen in der Eingabe vom 27. November 2012 (act. 16) betreffen die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schuldners. Diese sind für den Entscheid wesentlich und müssen demnach – soweit erforderlich – wiedergegeben werden. Weder tut der Schuldner dar noch ergibt sich aus den Akten, inwiefern durch deren Preisgabe besonders schützenswerte Interessen konkret verletzt würden. Sein allgemeiner Einwand, zufolge dem durch die Verzichtserklärung bekundeten Desinteresse der Gläubigerin bestehe kein Anlass mehr zur Offenlegung der privaten Informationen, rechtfertigt nach dem Gesagten keine Massnahmen nach Art. 156 ZPO. Der entsprechende Antrag des Schuldners ist demnach abzuweisen.

6.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss einer ersten vorgelegten – allerdings unvollständigen – Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes G. \_\_\_\_\_ (act. 5/5) wurden vom 22. Januar 2009 bis zum 20. September 2012 22 Beteiligungen eingeleitet, wovon drei durch Zahlung erledigt und fünf erloschen sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass in fünf Fällen die Konkursandrohung erfolgte, lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Gemäss der im Beschwerdeverfahren vom Schuldner vorgelegten Saldoerklärung der ... hat er alle Zahlungen geleistet, weshalb die ... ihre Beteiligungen zurückzog und das Betreibungsamt um deren Löschung ersuchte (act. 11 und 12/14, act. 17/15). Entsprechend weist der nachgereichte bereinigte Beteiligungsregisterauszug unter Einbezug der dem Konkursbegehren

zugrundeliegenden Betreuung Nr. ... 11 Betreibungen über Fr. 13'669.50 aus (act. 17/17). Da die Konkursforderung inzwischen wie dargelegt bezahlt wurde bzw. die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtete, sind gegenwärtig noch zehn Betreibungen von total Fr. 11'464.30 offen. Sieben davon sind gemäss dem Schuldner auf Unstimmigkeiten mit der Gläubigerin betreffend seine von ihr offenbar wegen Zahlungsausständen nicht akzeptierten Kündigung zurückzuführen. Diese Forderungen seien strittig (act. 2 S. 3 f., act. 16 S. 4 f., act. 17/19). Der Schuldner erhob allerdings nur in einer der Betreibungen der Gläubigerin (Betreibung Nr. ...) Rechtsvorschlag. Diese Betreuung kann unberücksichtigt bleiben, da hier seit mehr als zwei Jahren keine weiteren Inkassoschritte unternommen worden sind. Die weiteren Betreibungen der Gläubigerin sind hingegen als offen zu betrachten, zumal der Schuldner selbst davon ausgeht, die Forderungen seien nach Abschluss des Konkursverfahrens zu bereinigen (act. 16 S. 4 f.). In Abzug zu bringen ist allerdings eine weitere Teilzahlung von Fr. 1'032.60, welche die Gläubigerin ihrer Betreuung Nr. ... gutschrieb (act. 2 S. 3 ff., act. 5/7-8, act. 17/20). Sodann wurden zwei Betreibungen von der Gemeinschaftspraxis ... eingeleitet: Während die Betreuung Nr. ... im Oktober 2011 beglichen wurde (act. 17/18), ist die Betreuung Nr. ... umstritten. Da auch diese Teil der Differenzen zwischen dem Schuldner und der Gläubigerin ist und ersterer hier einen Rechtsvorschlag unterliess, kann sie nicht ausser Acht gelassen werden (act. 16 S. 4). Demgegenüber ist die Betreuung Nr. ... der H. \_\_\_\_\_ AG durch Rechtsvorschlag gehemmt. Das Verfahren wurde seitens der H. \_\_\_\_\_ AG nicht fortgesetzt, weshalb es sich rechtfertigt, diese Betreuung nicht weiter zu berücksichtigen. Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von Fr. 5'670.90.

b) Der Schuldner reichte weder eine Debitoren- noch eine Kreditorenliste ein. Er habe keine solche, da er jeweils per Jahresende abrechne (act. 16 S. 5). Dem Jahresabschluss per 31. Dezember 2010 kommt mangels Aktualität nur beschränkte Aussagekraft zu (act. 17/30). Ende 2010 wies der Schuldner kurzfristiges Fremdkapital (Kreditoren und Mehrwertsteuerschulden) von Fr. 56'256.37 aus. Zusätzlich erscheinen transitorische Passiven von Fr. 14'469.10. Transitorische Passiven dienen einzig der buchhalterischen Zuordnung der Verbindlichkei-

ten in die richtige Rechnungsperiode, ändern aber nichts in deren Bestand. Das langfristige Fremdkapital von Fr. 508'100.-- kann im Rahmen der Liquiditätsprüfung unberücksichtigt bleiben, zumal der grösste Posten mit Fr. 450'000.-- auf das "Kontokorrent I. \_\_\_\_\_" entfällt. Diese Position erschien schon im Vorjahr in gleicher Höhe und ist wohl auch aufgrund der Nähe von I. \_\_\_\_\_ zum Schuldner nicht kurzfristig zurückzuzahlen. Damit liegen keine Angaben zu derzeitigen weiteren Ausständen des Schuldners vor. Es ist aber anzunehmen, dass neben den betriebenen noch andere Verbindlichkeiten anfallen. So bleibt insbesondere offen, ob sämtliche fälligen Mehrwertsteuerschulden von durchschnittlich rund Fr. 19'000.--/Quartal gemäss den eingereichten Abrechnungen bezahlt sind (act. 17/21-27). Der Schuldner hat damit offene Verpflichtungen von mindestens Fr. 5'670.90. Demgegenüber dürften auch Debitoren vorhanden sein, deren aktueller Stand indes ebenfalls unbekannt ist. Im Jahr 2010 wurden unter Berücksichtigung eines Delkrederes von 10% solche in Höhe von Fr. 47'933.80 sowie transitorische Aktiven von Fr. 33'446.35 bilanziert (act. 17/30). Das Konto des Schuldners wies per 15. November 2012 einen Saldo von Fr. 106'954.87 aus (act. 5/4). Das im Abschluss aufgeführte Anlagevermögen (Maschinen, Betriebseinrichtungen und Fahrzeuge) ist für den Betrieb wohl grösstenteils erforderlich und stellt kaum einen kurzfristig realisierbaren Wert dar. Damit vermögen allein die flüssigen Mittel die Verbindlichkeiten selbst dann klar zu decken, falls noch weitere Schulden in der Grössenordnung derjenigen per Ende 2010 hinzukommen sollten, zumal wie erwogen auch mit Debitoren zu rechnen ist. Stellt man gestützt auf die Bilanz dem Fremdkapital (Fr. 578'825.47) die Aktiven (Fr. 260'184.16) gegenüber, so ergibt sich keine Deckung. Dies ist angesichts der Gesamtvermögenslage unerheblich (vgl. nachstehend).

Aufgrund der dargelegten Verhältnisse scheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen sowie seine Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, als gegeben. So liegt gemäss den Mehrwertsteuerabrechnungen ein konstanter Geschäftsgang mit Umsätzen von über Fr. 290'000.-- pro Quartal vor (act. 17/21-27). Im Jahr 2010 resultierte denn auch ein beachtlicher Gewinn von Fr. 299'087.55 (act. 17/30-31). Zusätzlich erzielt der Schuldner regelmässige Einnahmen aus der Vermietung

seines Mehrfamilienhauses, das er vor einigen Jahren zusammen mit seiner Ehefrau für rund Fr. 2.3 Mio. erworben hat (act. 2 S. 3, act. 5/2). Die Liegenschaft warf 2010 einen Gewinn von Fr. 132'150.67 und 2011 einen solchen Fr. 126'683.76 ab (act. 17/28-29). Damit erzielte der Schuldner 2010 jährliche Einkünfte von über Fr. 400'000.-- (17/31). Weiter führte er in der Steuererklärung 2010 unter Berücksichtigung der Liegenschaft ein Vermögen von Fr. 1'588'880.-- auf. Selbst wenn über seine Lebenshaltungskosten nichts bekannt ist, sprechen sein Einkommen und sein Vermögen sowie nicht zuletzt der Umstand, dass die Liegenschaft mit Fr. 1'380'000.-- – in der Steuererklärung erscheinen gar nur Fr. 600'000.-- Hypothekarschulden – tief belastet ist (act. 17/28-29, act. 17/31), für seine Liquidität. Demgegenüber lässt die provisorische Steuerrechnung für das Jahr 2012 entgegen der Ansicht des Schuldners keine Rückschlüsse auf seine aktuelle finanzielle Situation zu, weil sie auf den dem Steueramt zuletzt bekannten Faktoren beruht. Der Schuldner hat die Steuererklärung 2011 noch nicht erstellt (act. 16 S. 7), weshalb dieser Rechnung wiederum die Zahlen des Jahres 2010 zugrunde liegen. Ob er schliesslich, wie er behauptet, bereits drei Raten geleistet hat, bleibt offen, da auf den eingereichten Einzahlungsscheinen zwar ein Betrag eingetragen ist, diese indes nicht mit einem Poststempel versehen sind (act. 17/32).

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 über den Schuldner eröffneten Konkurses.

7. 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. Der prozessuale Antrag des Schuldners, seine Eingabe vom 27. November 2012 (act. 16) sei samt Beilagen der Gläubigerin nicht zur Kenntnis zu bringen, oder es seien unter Anwendung von Art. 156 ZPO Vorkehrungen zum Schutz seiner Privatsphäre zu treffen, wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. November 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
4. Das Konkursamt J.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.-- (Fr. 500.-- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen. Die Fr. 1'800.-- wurden der Gläubigerin vom Schuldner bereits ersetzt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2, 11 und 16, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt J.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt G.\_\_\_\_\_, 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 Be-

schwerde 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: