

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130043-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzensten, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 17. April 2013

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Stiftung B.**\_\_\_\_\_,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 12. März 2013 (EK130061)

## Erwägungen:

### I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem tt. November 1994 als Inhaber des Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Einzelunternehmung bezweckt die Betreuung und Verwaltung von Versicherungsportefeuilles, vorwiegend von Industriebetrieben (act. 6).

2. Mit Urteil vom 12. März 2013 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (Gläubigerin) von Fr. 39'573.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Januar 2009 sowie Inkassokosten, weiteren bisherigen Kosten und Betreuungskosten von Fr. 100.00, Fr. 136.00 und Fr. 224.00 (act. 3).

Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 27. März 2013 beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 28. März 2013 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Schuldner aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen (act. 9). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 11).

### II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1

SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). 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 sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2. / 2.1 Der Schuldner tilgte die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten gemäss Abrechnung des Betreibungsamts in Wahrung der Beschwerdefrist mit Bezahlung von Fr. 50'322.15 an das Betreibungsamt am 21. März 2013 (act. 5/5).

Die Gläubigerin bestätigte daraufhin gegenüber dem Schuldner mit Schreiben vom 27. März 2013, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt sei. Gleichzeitig verzichtete die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses und erklärte den Rückzug des Konkursbegehrens (act. 5/6).

2.2 Wie bereits in den Erwägungen zur Verfügung vom 28. März 2013 festgehalten, ist im vorliegenden Fall (Verzicht der Gläubigerin auf die weitere Durchführung des Konkursverfahrens und Rückzug des Konkursbegehrens) keine Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts erforderlich (vgl. act. 9).

Mit der rechtzeitigen Verzichts- und Rückzugserklärung der Gläubigerin hat der Schuldner somit einen Konkurshinderungsgrund nachgewiesen.

Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* des Schuldners:

3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26).

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 ihn 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. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Beteiligungsregisterauszug des Schuldners vom 21. März 2013 über die Periode vom 1. Januar 2011 bis 21. März 2013 weist neben der getilgten Konkursforderung lediglich eine weitere Position aus. Dabei handelt es sich um eine Forderung der ... im Betrag von Fr. 743.55. Auch diese Beteiligung wurde durch Zahlung an das Beteiligungsamt erledigt (act. 5/7). Aktuell sind somit gegen den Schuldner gemäss dem vorliegenden Beteiligungsregisterauszug keine Beteiligungen mehr offen.

3.2 Zu seinen weiteren finanziellen Verhältnissen weist der Schuldner zunächst auf seine Bilanz und Erfolgsrechnung 2011 hin. Die entsprechenden Unterlagen betreffend das Jahr 2012 sind nach der Schilderung des Schuldners noch in Bearbeitung (act. 2 S. 5).

3.2.1 Aus der Bilanz für das Jahr 2011 ergibt sich, dass den Aktiven der Einzelunternehmung im Umfang von Fr. 42'661.45 kurzfristiges Fremdkapital im Betrag von Fr. 131'228.00 gegenübersteht (act. 5/8). Indessen handelt es sich

beim Hauptanteil der Positionen unter "kurzfristiges Fremdkapital" um einen Kontokorrentkredit auf Basis eines langjährigen Kreditvertrags mit der D.\_\_\_\_\_, der einen Saldo im Betrag von Fr. 116'211.30 aufweist (vgl. act. 5/9 sowie act. 5 S. 2), und damit an sich eher um langfristiges Fremdkapital. Der Kredit ist nach den Angaben des Schuldners mit einem Betrag von Fr. 37'003.20 auf einem Sperrkonto gesichert (act. 2 S. 5). Dazu kommen unter dem Titel kurzfristiges Fremdkapital Rückstellungen im Umfang von Fr. 15'016.70 (act. 5/8). Danach ist davon auszugehen, dass es sich bei den als kurzfristiges Fremdkapital bezeichneten Schulden nicht um solche handelt, welche der Schuldner in kurzer Frist zurückzubezahlen hat.

Der Schuldner macht dazu im Übrigen geltend, er wolle die Kreditschuld in den nächsten zwei Jahren ohnehin auf 0 reduzieren. Er habe bereits Massnahmen eingeleitet, um die Fixkosten zu senken. So sei er zu diesem Zweck in gleichwertige, aber wesentlich günstigere Büroräumlichkeiten in E.\_\_\_\_\_ umgezogen, wo er eine monatliche Miete von nur noch Fr. 850.00 bezahle (act. 2 S. 6; act. 5/10). Der Schuldner gibt zwar nicht an, welchen Betrag er vor dem Umzug von F.\_\_\_\_\_ nach E.\_\_\_\_\_ im Oktober 2011 (act. 5 /3) für die Büromiete aufwendete. Aus der zu den Akten gereichten Erfolgsrechnung 2011 ergibt sich indessen, dass für das ganze Jahr 2011 noch ein Mietaufwand von Fr. 13'609.90 anfiel (act. 5/8). Aktuell müsste sich ausgehend von den ausgewiesenen Mietkosten ein jährlicher Aufwand von lediglich Fr. 10'200.00 ergeben, was immerhin einer gewissen Ersparnis entspricht.

3.2.2 Die Bilanz 2011 des Schuldners weist sodann bei den Aktiven lediglich ein Anlagevermögen im Umfang von Fr. 4'102.10 sowie eine Geschäftskautions von Fr. 1'556.15 aus. Das Fehlen flüssiger Mittel abgesehen von jenen auf dem Sperrkonto dürfte sich durch Privatentnahmen erklären. Das Privatkonto und das Kapitalkonto des Schuldners wiesen per Ende 2011 zusammen einen negativen Passivsaldo von Fr. 97'125.65 aus. Das Eigenkapital der Unternehmung ist in diesem Sinne negativ (act. 5/8). Dies ist für sich genommen jedoch nicht weiter von Bedeutung, da Einzelunternehmungen keinen Schutz des Eigenkapitals kennen, wie er beispielsweise bei Aktiengesellschaften zu beachten ist (Art. 725 f.

OR). Dafür gäbe es denn auch keine Veranlassung, da das Eigenkapital einer Einzelunternehmung anders als etwa im Falle einer Aktiengesellschaft die persönliche Haftung des Inhabers für die Schulden der Einzelunternehmung nicht beschränkt (vgl. auch act. 2 S. 6).

3.2.3 Die Erfolgsrechnung des Schuldners für das Jahr 2011 zeigt auf, dass der Schuldner mit seiner Einzelunternehmung einen Betriebsertrag aus Lieferungen und Leistungen von Fr. 115'953.85 bzw. einen Jahresgewinn von Fr. 8'559.10 erzielte (act. 5/8). Der Schuldner vermochte somit, wie er es selber geltend macht, seine Aufwendungen mit dem erzielten Ertrag zu decken (act. 2 S. 6).

3.3 Nach der weiteren Schilderung des Schuldners liegt der Wert der Unternehmung indessen in erster Linie im (nicht aus Bilanz und Erfolgsrechnung hervorgehenden) bestehenden Kundenkreis (act. 2 S. 6). Der Schuldner vermag etliche langfristige Kundenbeziehungen unter Einreichung von langfristigen Maklerverträgen betreffend Betreuung und Verwaltung der Versicherungspolice der jeweiligen Kunden glaubhaft zu machen (act. 5/11-26).

Zudem weist der Schuldner für die bisherigen Monate des Jahres 2013 Zahlungseingänge im Umfang von rund Fr. 26'700.00 nach. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um Maklerprovisionen und andere Entschädigungen (act. 2 S. 8 f.; act. 5/28-34).

3.4 Nach dem Gesagten ist nicht von einer dauerhaften Illiquidität des Schuldners auszugehen. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Konkursöffnung Folge eines bloss vorübergehenden Liquiditätsengpasses war, bzw. Folge der versehentlich unterbliebenen Bezahlung des geschuldeten Betrags (der Schuldner gibt an, aufgrund von Missverständnissen und Fehlkommunikation der Meinung gewesen zu sein, diesen Betrag nicht bezahlen zu müssen; vgl. act. 2 S. 3). Dies führt zur Einschätzung, dass der Schuldner in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen.

Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist somit als glaubhaft zu erachten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts nachwies als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machte. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über den Schuldner am 12. März 2013 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

### III.

1. Die Kosten des Verfahrens trägt die unterliegende Partei. Der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Im Konkursverfahren besteht die Besonderheit, dass der Gläubiger erhebliche Vorleistungen erbringen muss, um die Konkursöffnung zu bewirken und so seinem Ziel der Befriedigung näher zu kommen. Müsste er sich beim Konkursaufhebungsgrund der *Tilgung* mit Forderung, Zins und Betreuungskosten zufrieden geben, fehlte ihm doch noch, was aus dem üblicherweise auf Fr. 1'800.00 angesetzten Vorschuss im Sinne von Art. 169 SchKG bezogen wird, namentlich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes. Blicke dies offen und würde das Konkurserkennntnis gleichwohl aufgehoben, so müsste der Gläubiger den Ersatz der noch offenen Kosten erneut ganz von vorne mit dem Einleiten einer neuen Betreuung geltend machen. Die Praxis verlangt daher nicht nur Tilgung von Forderung, Zins und Betreuungskosten bis und mit Konkursandrohung. Vielmehr muss der Schuldner zudem nachweisen, dass er innert der Beschwerdefrist beim Konkursamt einen Geldbetrag hinterlegt hat, aus welchem die Kosten des Konkurserkennntnisses (welche aus dem Vorschuss bereits bezogen worden sind) und die Kosten des Konkursamtes gedeckt werden können. So ist sicher gestellt, dass das Obergericht bei Aufhebung des Konkurses das Konkursamt anweisen kann, dem Gläubiger Fr. 1'800.00, entsprechend seinem Vorschuss, ausuzahlen.

Zieht ein Gläubiger dagegen das Konkursbegehren zurück (Konkursaufhebungsgrund des *Gläubigerverzichts*), so ist es grundsätzlich an ihm, sich um die Deckung dieser von ihm vorgeschossenen Kosten zu kümmern. Professionelle Gläubiger pflegen entsprechend der geschilderten Interessenlage, wenn ein Schuldner um Rückzug des Konkursbegehrens gegen eine substantielle Abschlagszahlung ersucht, die Höhe dieser Zahlung unter Einrechnen aller Betreuungskosten und des Vorschusses von Fr. 1'800.00 zu berechnen (was auch der rechtlichen Situation entspricht: Art. 85 Abs. 1 OR, Art. 68 Abs. 2 SchKG). Der Schuldner würde diese Kosten daher, wenn sie ihm auferlegt würden, im Ergebnis doppelt tragen. Gelegentlich vereinbaren die Parteien, dass der Gläubiger das Konkursbegehren zurückziehe und der Schuldner die Verfahrenskosten trage. Einen solchen Vergleich hat das Gericht im Sinne von Art. 109 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen.

Eine solche Vereinbarung ist indes nicht zu vermuten. Lediglich bei einem unbeholfenen Gläubiger könnte sich eine Nachfrage rechtfertigen, da zweifelhaft sein kann, ob und wie sich die Parteien zu den Kosten geeinigt haben. Generell dient die gerichtliche Fragepflicht jedoch nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen. In der Regel, und so auch bei der heutigen Gläubigerin, der geschäftserfahrenen Stiftung B.\_\_\_\_\_, darf und muss ein Rückzug daher als solcher verstanden werden. Entsprechend sind die Kostenfolgen zu regeln (vgl. zum Ganzen OGer ZH PS120091 vom 31. Mai 2012, E. 8).

2. Die Kosten beider Instanzen hat damit die Gläubigerin zu tragen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem vom Schuldner bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Dem Schuldner ist der Rückgriff auf die Gläubigerin zu gewähren. Das Konkursamt ist entsprechend anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'600.00 (Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses) der Gläubigerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 12. März 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt und der Gläubigerin auferlegt. Sie wird mit dem vom Schuldner geleisteten Barvorschuss verrechnet. Dem Schuldner wird dafür der Rückgriff auf die Gläubigerin eingeräumt.
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (bereits aus dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss bezogen) und des Konkursamtes werden ebenfalls der Gläubigerin auferlegt.
4. Das Konkursamt G.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, vom Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses den nach Abzug der Kosten verbleibenden Restbetrag der Gläubigerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach und das Konkursamt G.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt G.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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:

lic. iur. T. Engler

versandt am: