

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130154-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

Urteil vom 24. September 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. August 2013 (EK131219)

Erwägungen:

1. Am 22. August 2013 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses (act. 2). In der Folge wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Der Konkursöffnung liegt eine Konkursforderung der Gläubigerin von Fr. 3'664.20 nebst Zins zu 8 % seit 11. November 2012 zuzüglich Fr. 30.-- Mahngebühren, Fr. 50.-- Bearbeitungsgebühr sowie Fr. 181.-- Betreuungskosten zugrunde (act. 6, act. 7/2/2, Betreuung Nr. ...). Der Beschwerdeführer hat diese Konkursforderung mit Postüberweisung vom 29. August 2013 im Totalbetrag von Fr. 4'169.05 an die Beschwerdegegnerin vollumfänglich getilgt (act. 2 S. 8 f., act. 5/24; vgl. act. 11, Zinsberechnung). Ferner hat er die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes am 2. September 2013 mit Bezahlung von Fr. 1'500.-- beim Konkursamt sichergestellt (act. 2 S. 11, act. 5/28). Diese Zahlungen leistete der Beschwerdeführer innert laufender Rechtsmittelfrist (act. 7/7, act. 2). Damit ist eine konkurshindernde Tatsache (Tilgung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.-- leistete der Beschwerdeführer einen Barvorschuss bei der Obergerichtskasse (act. 5/29).

4. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren 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 zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

Der Beschwerdeführer hat gemäss seinen Angaben das Restaurant ... zusammen mit seiner Frau am 1. April 2010 übernommen (act. 2 S. 4); der Mietvertrag für das Lokal wurde per 1. Dezember 2010 abgeschlossen (act. 5/4). Seit 25. März 2013 sind der Beschwerdeführer sowie seine Ehefrau als Inhaber des Einzelunternehmens "Restaurant ..., A. _____" im Handelsregister eingetragen und unterliegen der Konkursbetreibung (act. 5/3; Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG).

Gemäss Betreuungsauszug vom 15. August 2013 wurden gegen den Beschwerdeführer (nach einer einzelnen Betreibung im April 2011 für Fr. 26.85) im Zeitraum vom 3. Juli 2012 bis 4. Juli 2013 insgesamt 16 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 62'552.55 eingeleitet (act. 5/19), 10 davon durch die B. _____ **Ausgleichskasse**, drei durch die B. _____ **Pensionskasse**, zwei durch die Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer (für Fr. 28'384.65) und eine durch das kantonale Steueramt, Dienstabteilung Bundessteuer (Fr. 528.25).

In den ersten 6 Beteiligungen erwirkte der Beschwerdeführer eine Aufschubsbewilligung (für total Fr. 14'337.35). Bei 5 Beteiligungen kam es zum Verwertungsbegehren (für total Fr. 36'230.30) und in 2 Beteiligungen (inkl. die vorliegende Konkursforderung, total Fr. 12'375.70) erfolgte die Konkursandrohung (act. 5/19).

b) Aus dem vom Beschwerdeführer eingereichten Kontokorrentauszug der B._____ Ausgleichskasse vom 1. Januar 2012 bis 28. August 2013 (act. 5/20) geht hervor, dass der Beschwerdeführer am 28. August 2013 ein Total aller offenen Forderungen von Fr. 21'295.45 aufwies (act. 5/20 S. 4, 8). Der Beschwerdeführer hinterlegte diesen Gesamtbetrag in bar bei der Obergerichtskasse am 2. September 2013 zuhanden "B._____ AHV/Quellensteuer" (act. 5/21).

Gemäss dem vom Beschwerdeführer eingereichten Kontoauszug der Eidgenössischen Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer vom 1. Januar 2010 bis 27. August 2013 (act. 5/22) betrug am 27. August 2013 der Saldo zu Lasten des Beschwerdeführers Fr. 31'159.75 (act. 2 S. 8). Der Beschwerdeführer hinterlegte diesen Betrag ebenfalls am 2. September 2013 bei der Obergerichtskasse mit dem Vermerk "MWST" (act. 5/23).

Gemäss dem Kontoauszug der B._____ Pensionskasse vom 27. August 2013 betrug der Saldo zu Lasten des Beschwerdeführers am 27. August 2013 Fr. 3'664.20 (act. 5/25). Mit Posteingahlung vom 29. August 2013 (act. 5/24) beglich der Beschwerdeführer die in der Betreibung Nummer ... betriebene und zur vorinstanzlichen Konkursöffnung führende Forderung von Fr. 3'664.20 nebst Zinsen und Kosten (gemäss dem Betreibungsregisterauszug, act. 5/19). Aufgrund des Kontoauszugs der B._____ Pensionskasse vom 27. August 2013 (act. 5/25) bleibt unklar, ob der Beschwerdeführer auch die zwei weiteren von der Beschwerdegegnerin, d.h. der B._____ Pensionskasse, in Betreibung gesetzten Forderungen von Fr. 8'206.65 (Betreibung Nummer ... vom 7. November 2012) und Fr. 4003.75 (Betreibung Nummer ... vom 25. April 2013) bezahlt hat, denn der Kontoauszug, welcher von Februar 2012 bis Juni 2013 diverse Zahlungen sowie Rechnungen an die Pensionskasse aufführt, erwähnt diese beiden Forderungen nicht. Der Kontoauszug führt Beitragszahlungen für die Zeit vom 1. April 2011 bis 31. Dezember 2012 auf, wobei für den Zeitraum vom 1. Juli 2012 bis 30. September 2012 ein offener Posten von Fr. 3'664.20 erwähnt ist (act. 5/25). Über Beitragsforderungen bzw. Beitragszahlungen des Jahres 2013 sagt der Kontoauszug nichts aus. Dass die beiden weiteren in Betreibung gesetzten Forderun-

gen der Beschwerdegegnerin im Gesamtbetrag von Fr. 12'210.40 bezahlt sind, ist daher anhand der eingereichten Belege nicht bewiesen.

Die Betreibungsforderung des kantonalen Steueramtes von Fr. 528.25 wurde dagegen mit Posteinzahlung vom 31. August 2013 bezahlt (act. 5/19 i.V. mit act. 5/26), ebenso diejenige der Gemeinde C._____ über Fr. 26.85 (act. 5/19 i.V. mit act. 5/27).

Zusammengefasst sind demnach - soweit ersichtlich - möglicherweise noch Forderungen der B._____ Pensionskasse im Umfang von Fr. 12'210.40 offen.

c) Es liegen eine Debitoren- sowie eine Kreditorenliste, je mit Stichtag 1. September 2013 vor (act. 5/16, 5/17). Die Kreditorenliste umfasst zu deckende Forderungen in Höhe von Fr. 40'198.25. Dazu sind möglicherweise die zwei Betreibungsforderungen der B._____ Pensionskasse von Fr. 12'210.40 zu addieren, was ein Total der zu deckenden Betreibungs- und Kreditorenforderungen von Fr. 40'198.25 bis eventuell Fr. 52'408.65 ergibt. Demgegenüber bestehen offene Forderungen gegenüber Dritten im Umfang von Fr. 20'562.10 (act. 5/16).

Der Beschwerdeführer macht geltend, aus den Mehrwertsteuer-Abrechnungen des 1. Halbjahres 2012 sowie des 1. Halbjahres 2013 würden sich Umsätze von durchschnittlich monatlich mehr als Fr. 55'000.-- ergeben (act. 5/14). Er habe gemäss den Jahresrechnungen im Jahr 2011 Fr. 607'920.-- und im Jahr 2012 Fr. 622'983.-- Einnahmen erzielt (act. 5/7, 5/8) und sei daher in der Lage, die laufenden Verpflichtungen, insbesondere die Miete von Fr. 3'454.60 monatlich, die Löhne der vier Vollzeitangestellten sowie den Eigenlohn für sich und seine Teilzeit mitarbeitende Ehefrau zu bezahlen (act. 2 S. 4-7).

d) Die Zahlungsfähigkeit ist nur, aber immerhin, glaubhaft zu machen. Der Schuldner muss anhand von konkreten Unterlagen aufzeigen, dass er zahlungsfähig ist. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung heisst das, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher sein muss als die Zahlungsunfähigkeit. Allerdings dürfen in diesem Zusammenhang keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N 15; BSK SchKG-

Giroud, Art. 174 N 26). Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist glaubhaft gemacht, wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebes nicht zum vornherein verneint werden muss (BSK SchKG-Giroud, Art. 174 N 26).

Der Beschwerdeführer bringt diesbezüglich mit Recht vor, er habe seine Schulden innert der zehntägigen Beschwerdefrist getilgt bzw. bei der Obergerichtskasse hinterlegt, ohne sich neu zu verschulden, denn er habe die Mittel dazu von seiner Mutter im Sinne eines Erbvorbezugs beschaffen können. Er sei somit keine Abzahlungsverpflichtungen eingegangen, welche zu Zahlungsengpässen und somit zu weiteren Betreibungen führen würden. Der Beschwerdeführer vermochte anhand der Jahresumsätze zudem glaubhaft zu machen, dass die wirtschaftliche Lebensfähigkeit seines Betriebes nicht zum vornherein verneint werden muss, und dass er trotz des Überschusses an offenen Forderungen von rund Fr. 20'000.-- in der Lage sein wird, seine Schulden in absehbarer Zeit zu tilgen.

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über den Schuldner eröffneten Konkurses.

6. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

7. Der Beschwerdeführer hat am 2. September 2013 bei der Obergerichtskasse den Betrag von Fr. 21'295.45 (Beleg-Nr. ...) ausdrücklich zuhanden des Betreibungsamtes Zürich ... zur Tilgung seiner Schulden bei der B._____ Ausgleichskasse (AHV) sowie den Betrag von Fr. 31'159.75 (Beleg-Nr. ...) zuhanden des Betreibungsamtes Zürich ... zur Tilgung seiner Schulden bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung, Abteilung MWST, hinterlegt (act. 2 S. 7, 8 i.V. mit act. 5/21 und 5/23) und damit sinngemäss beantragt, die entsprechenden Beträge dem Betreibungsamt zu überweisen.

Die Obergerichtskasse ist daher anzuweisen, dem Betreibungsamt Zürich ... unter Angabe von Name und Adresse des Beschwerdeführers sowohl den bei ihr unter der Belegnummer ... hinterlegten Betrag von Fr. 21'295.45 mit Angabe des Verwendungszwecks "B._____ Ausgleichskasse (AHV)" als auch den weiteren

bei ihr unter der Belegnummer ... hinterlegten Betrag von Fr. 31'159.75 mit Angabe des Verwendungszwecks "Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer" zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. August 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. 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 Spruchgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt ...-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.-- (Fr. 1'500.-- 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 auszusahlen.
4. Ferner wird die Obergerichtskasse angewiesen, dem Betreibungsamt Zürich ... die folgenden, bei ihr am 2. September 2013 hinterlegten Barbeträge zu überweisen:
 - a) Fr. 21'295.45 (Beleg-Nummer ...) mit dem Vermerk: "zur Tilgung der Betreuungsforderungen der B. _____ Ausgleichskasse gegenüber A. _____, ... [Adresse]",
 - b) Fr. 31'159.75 (Beleg-Nummer ...) mit dem Vermerk: "zur Tilgung der Betreuungsforderungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung, Hauptabteilung Mehrwertsteuer gegenüber A. _____, ... [Adresse]."
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handels-

registeramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ..., 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. R. Maurer

versandt am: