

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 11. März 2014

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 15. Januar 2014 (EK130343)

**Erwägungen:**

1. Am 15. Januar 2014 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 6). Der Entscheid wurde ihm am 23. Januar 2014 zugestellt (act. 7/11/1). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach am 3. Februar 2014 (Montag) ab. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde (Poststempel 3. Februar 2014) beantragte er die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 5. Februar 2014 entsprochen (act. 9).
  
2. a) 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.  
  
b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner mit der Einreichung der Postquittung über den Betrag von Fr. 2'868.40 die Zahlung der Konkursforderung (inkl. Zins und Kosten) innert der Beschwerdefrist belegt (act. 5/39 i.V.m. act. 6 und act. 8). Er stellte ausserdem innert laufender Rechtsmittelfrist beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 5/43).  
  
c) Damit hat der Schuldner eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan. Für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete er einen Barvorschuss (act. 5/44).

3. 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.
4. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

Im Zeitraum vom 27. Januar 2009 bis 15. Januar 2014 wurden 175 Beteiligungen im Betrag von Fr. 651'304.44 (inkl. Konkursforderung) eingeleitet (act. 5/11). Aus dem Beteiligungsregisterauszug vom 15. Januar 2014 ergibt sich, dass ohne Berücksichtigung der vorliegenden Konkursforderung, die inzwischen bezahlt worden ist, zur Zeit noch 24 Beteiligungen im Betrag von Fr. 122'838.45 offen sind. In 7 Beteiligungen im Betrag von Fr. 63'335.60 wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Code 102), für zwei Forderungen im Betrag von Fr. 24'242.75 wurde die Beteiligung eingeleitet (Code 101), in 7 Beteiligungen im Betrag von Fr. 22'095.20 erfolgte die Konkursandrohung (Code 207) und in 8 Beteiligungen (nicht dem Konkurs unterliegende Forderungen) im Betrag von Fr. 13'164.90 wurde das Fortsetzungsbegehren gestellt (Code 201). Der Beschwerdeführer belegte, dass er die der Beteiligung Nr. ... zugrunde liegende Forderung (Fr. 3'324.-) zugunsten der C.\_\_\_\_\_ AG Dietikon am 14. November 2013 bzw. die Mahn- und Beteiligungsspesen am 28. Januar 2014 bezahlt hatte (act. 5/40). Bezüglich der Beteiligungen Nrn. ..., ... und ... (im Gesamtbetrag von Fr. 56'905.90) reichte der Beschwerdeführer ein Schreiben der Gläubigerin (Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich) vom 13. August 2013 ein, worin diese dem Schuldner bezüglich

der vereinbarten Ratenzahlungen einen Zahlungsaufschub gewährte (act. 5/34). Am 25. September 2013 wurde letztmals eine Ratenzahlung (jene vom August) geleistet (act. 5/35 S. 6). Gemäss telefonischer Nachfrage bei der Gläubigerin soll diese bereit sein, einen Mahnstopp zu setzen, wobei die (monatlichen) Raten über Fr. 7'630.- ab Februar 2014 wieder zu bezahlen seien (act. 2 S. 9). Es gibt zwar keinen schriftlichen Beleg für diesen erneuten Ratenaufschub, jedoch verzichtete die Gläubigerin bislang auf die Betreuung der Restforderung. Es kann deshalb zugunsten des Schuldners davon ausgegangen werden, dass ihm ein erneuter Zahlungsaufschub bewilligt wurde. Der Beschwerdeführer konnte ferner nachweisen, dass die D.\_\_\_\_\_ AG gemäss Schreiben vom 25. September 2013 drei Versicherungs-Policen rückwirkend auf den 6. März 2013 annullierte und auf weitere Massnahmen zur Prämieeinforderung verzichtete (act. 5/36-38). Da gemäss Betreibungsregister gegenüber der D.\_\_\_\_\_ AG (mit Ausnahme der erloschenen Betreuung Nr. ..., Einleitung 22. Mai 2009) nur noch die Betreibungen Nrn. ..., ... und ... (im Gesamtbetrag von Fr. 8'542.75) nicht erledigt sind, wurde glaubhaft dargetan, dass sich der Ende September 2013 erklärte Verzicht auf diese Betreuungsforderungen bezieht. Werden von den offenen Forderungen im Betrag von Fr. 122'838.45 die Forderungen gegenüber der Sozialversicherungsanstalt, der D.\_\_\_\_\_ AG und der C.\_\_\_\_\_ AG im Betrag von Fr. 68'772.65 abgezogen, ergeben sich noch offene Schulden in der Höhe von Fr. 54'065.80.

b) Zur Tilgung von Betreuungsforderungen hat der Schuldner Fr. 55'000.- beim Konkursamt hinterlegt (act. 5/41-42). Mit dieser Sicherstellung können somit alle Betreuungsforderungen bezahlt werden.

c) Das Geschäftskonto weist per 3. Februar 2014 ein Guthaben von Fr. 1'756.31 auf (act. 5/25) und das private Hypothekarkonto Fr. 2'335.95 (act. 5/26). Debitoren werden per Ende Januar 2014 im Betrag von Fr. 118'000.- deklariert (act. 5/21). Diesbezüglich ist allerdings zu erwähnen, dass das Herrn E.\_\_\_\_\_ gewährte Darlehen von Fr. 100'000.- erst in ca. vier Jahren fällig wird (act. 2 S. 6). Zu den zwei Darlehen an Privatpersonen von insgesamt Fr. 18'000.- werden keine Ausführungen gemacht, innert welcher Frist diese zurückbezahlt werden müssen. Sie können deshalb bei der Liquiditätsbeurteilung nicht berücksichtigt werden. Diesen Debitoren stehen per Ende Januar 2014 Kreditoren in der Höhe von Fr. 9'345.80 (act. 5/22) gegenüber. Die flüssigen Mittel reichen somit nicht aus, um die Kreditorenausstände zu decken.

d) Per 31. Dezember 2012 wies der Beschwerdeführer einen Gewinn von Fr. 250'845.48 aus (act. 5/20) und per 31. Dezember 2011 von Fr. 189'401.50 (act. 5/18). Für das Jahr 2013 wird ein Jahresumsatz von Fr. 1'102'730.- (Vorjahr Fr. 952'309.28, act. 5/20) belegt (act. 5/23). Damit konnte der Beschwerdeführer glaubhaft machen, dass sich der Reingewinn für das Jahr 2013 im Bereich des Vorjahres bewegen wird. Auch unter Berücksichtigung eines angemessenen Entgelts für seine Arbeit - der Beschwerdeführer lässt sich keinen Lohn auszahlen, sondern entnimmt den Gewinn - ist es dem Beschwerdeführer möglich, die Ratenzahlungen an die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich und die Kreditoren (vgl. Ziffer 4.c) vorstehend) aus den laufenden Einnahmen zu tilgen.

e) Der Beschwerdeführer lebt zusammen mit seinem Lebenspartner F.\_\_\_\_\_, der in der Gaststube zum G.\_\_\_\_\_ als Allrounder angestellt ist (act. 5/19, act. 2 S. 5), in seiner 3-Zimmer Eigentumswohnung (act. 30 i.V.m. act. 29). A.\_\_\_\_\_ überwies der UBS für die Hypothekarschuld im Jahre 2012 Fr. 16'202.65 (act. 5/19, UBS Sparkonto), wobei die Schuldzinsen lediglich Fr. 10'802 (act. 5/19 Schuldenverzeichnis) betragen. Mit dem Mehrbetrag wurde die Hypothek amortisiert. Diese betrug im Jahr 2012 Fr. 367'850.- (act. 5/19) und per 3. Februar 2014 Fr. 362'450.- (act. 5/32). Aus der Steu-

ererklärung 2012 ergibt sich, dass nebst der Hypothekarschuld keine weiteren privaten Schulden bestehen (act. 5/19). Es muss dem Beschwerdeführer also möglich sein, einen Teil des realisierten Betriebserfolges im Geschäft als Eigenkapital stehen zu lassen. Zur Zeit entnimmt er allerdings nebst dem Reingewinn noch zusätzlich Geld aus dem Betrieb. So wurde für das Geschäftsjahr 2011 ein negatives Eigenkapital von Fr. 73'777.08 (act. 5/17) und für 2012 ein solches von Fr. 97'162.30 (act. 5/20) ausgewiesen. Dem Beschwerdeführer ist deshalb zu empfehlen, seine eigenen Lohnbezüge bzw. Gewinnentnahmen zu reduzieren und damit die flüssigen Mittel aufzustocken. Ansonsten wird er nicht darum herum kommen, das Freizügigkeitskonto im unverpfändeten Betrag von Fr. 148'591.40 (act. 5/27) mindestens teilweise aufzulösen und diese finanziellen Mittel dem Betrieb zur Erhaltung der Liquidität zur Verfügung zu stellen.

f) Die Prüfung der eingereichten Unterlagen erlaubt den Schluss, dass der Schuldner zahlungsfähig ist und es sich offenbar um Zahlungsschwierigkeiten handelt, die weniger auf Liquiditätsmangel zurückzuführen sind, als vielmehr auf Unsorgfalt in administrativen Belangen. Der Schuldner tut gut daran, diesen Missstand zu beheben.

5. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkurserkennntnis ist aufzuheben.
6. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.- anzusetzen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 15. Januar 2014, 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. Das Konkursamt Stäfa wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.- (Fr. 1'000.- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'300.- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.- und dem Schuldner einen nach Abzug der Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Stäfa wird ferner angewiesen, die bei ihm einbezahlten Geldbeträge von insgesamt Fr. 55'000.- (Quittung-Nr. ... über Fr. 20'000.-; Quittung- Nr. ... über Fr. 35'000.-) an das Betreibungsamt Pfannenstiel zwecks Tilgung der Betreibungsausstände (mit der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich hat der Schuldner Ratenzahlung vereinbart) weiterzuleiten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen und das Konkursamt Stäfa, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Pfannenstiel und das Grundbuchamt Stäfa, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: