

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150234-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 23. Februar 2016

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
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. November 2015 (EK150392)

Erwägungen:

I.

Am 25. November 2015 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon auf Begehren der Gläubigerin vom 19. Oktober 2015 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über den Schuldner (act. 3 und 7). Dieser erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 7. Dezember 2015 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, es sei die Konkursöffnung aufzuheben (act. 2; act. 6/8). Er macht im Wesentlichen geltend, mittlerweile den der Gläubigerin geschuldeten Betrag, dessentwegen der Konkurs eröffnet wurde, bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben und auch zahlungsfähig zu sein.

Mit Präsidialverfügung vom 9. Dezember 2015 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens wurden vom Schuldner mit Fr. 800.– bevorschusst (act. 2 Ziff. 5, 11, 15). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–8).

II.

Als Gläubigerin wurde in der Präsidialverfügung vom 9. Dezember 2015 wie im angefochtenen Urteil die B._____ AG bezeichnet. Es handelt sich um ein offensichtliches Versehen. Betreuungsgläubigerin ist die B._____ AG, und diese hat auch das Konkursbegehren gestellt (act. 6/1 und 6/3/1–2). Davon ist Vormerk zu nehmen. Das Rubrum ist entsprechend zu berichtigen.

III.

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 konkurs-hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294, 139 III 491).

IV.

Der Schuldner hat am 8. Dezember 2015 bei der Obergerichtskasse für die Gläubigerin einen Betrag von Fr. 475.95 hinterlegt (act. 2 Ziff. 5, 11 und 15; act. 5/11 Bl. 2). Damit ist die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten gedeckt (vgl. act. 13). Weiter hat der Schuldner dem Konkursamt Dietikon am 8. Dezember 2015 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet. Zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des ihm von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses von Fr. 1'800.– ist dieser Betrag hinreichend, um im Fall einer Guttheissung der Beschwerde die konkursamtlichen Kosten zu decken und der Gläubigerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss zurückzuerstatten (act. 2 Ziff. 11, 15; act. 5/12). Der Konkurshinderungsgrund nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist somit erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

V.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erken-

nen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

2.

Den Akten lässt sich zu den Verhältnissen des Schuldners im Wesentlichen Folgendes entnehmen:

2.1. Der Schuldner macht geltend, als Consultant zu arbeiten und daneben Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____ GmbH zu sein, welche ein Fachgeschäft und einen Internethandel im Bereich Aquaristik betreibt. Für seine Tätigkeit bei der C._____ GmbH beziehe er (noch) keine nennenswerten Einkünfte. Über die Gesellschaft sei am 25. November 2015 der Konkurs eröffnet worden. Sie beabsichtige, dagegen Beschwerde zu erheben, könne dies aber nur mit seiner Unterstützung (liquide Mittel, Rangrücktrittserklärung) erfolgreich tun (act. 2 Ziff. 5, 13). Seine Haupteinnahmen erziele er aus der Vermietung zweier ihm gehörender Mehrfamilienhäuser in ... und Zürich (act. 2 Ziff. 9, 13; act. 5/7). Sein im Jahre 2008 unter der Firma "D._____ Consulting" ins Handelsregister eingetragenes Unternehmen wurde dort infolge Geschäftsaufgabe im Oktober 2015 gelöscht (act. 14).

2.2. Der Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Geroldswil-Oetwil-Weiningen vom 30. November 2015 weist für die Zeit ab Januar 2013 die Eröffnung von 31 gegen den Schuldner gerichteten Verfahren aus (act. 5/10):

<u>Anzahl Verfahren</u>	<u>Verfahrensstand</u>	<u>Betreibungsforderung/Fr.</u> (ohne Zins u. Betreibungskosten)
22	Bezahlt an Betreibungsamt	39'985.00
1	Konkursandrohung	385.25
1	Konkursandrohung	531.10
<u>7</u>	Zahlungsbefehl zugestellt	<u>37'988.00</u>
31		78'889.35

Verlustscheine sind keine registriert.

Die erste der beiden Betreibungen im Stadium "Konkursandrohung" hat zur Konkursöffnung geführt. Der entsprechende Forderungsbetrag ist bei der Obergerichtskasse hinterlegt (Erw. IV oben).

Die übrigen noch offenen Betreibungen setzen sich wie folgt zusammen:

<u>Betr. Nr.</u>	<u>Beginn</u>	<u>Verfahrensstand</u>	<u>Gläubiger</u>	<u>Forderung/Fr.</u>
25'669	19.05.15	Konkursandrohung	B. _____ AG	531.10
div.	div.	ZB zugestellt	div.	<u>3'334.55</u>
				3'865.65
26'820	25.09.15	ZB zugestellt	Staat Zürich u. Gmde ... a/L	<u>34'653.45</u>
				38'519.10

Der Schuldner belegt mit einer Bestätigung des Betreibungsamtes, dass er diesem mit Valutadatum vom 27. November 2015 zur Bezahlung in Betreuung gesetzter Forderungen einen Betrag von Fr. 4'900.– überwiesen hat (act. 5/13). Damit ist seine Behauptung, Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 3'865.65 sichergestellt zu haben, glaubhaft (act. 2 Ziff. 12 lit. d S. 8, Ziff. 16).

Nicht gedeckt durch die Zahlung ist einzig die Steuerforderung im Betrag von Fr. 34'653.45 (act. 2 S. 10). Welches Steuerjahr sie betrifft, ist dem Betreibungsregisterauszug nicht zu entnehmen.

2.3. In einer Vermögenszusammenstellung per 30. November 2015 führt der Schuldner folgende Schuldpositionen auf (act. 5/5):

Anwalt Akonto	Fr. 6'480
Steuern	Fr. 43'195

Unter der in der Zusammenstellung ebenfalls aufgeführten Position "Kreditoren" von Fr. 49'675 ist offensichtlich die Summe des Anwalt-Akontos und der Steuern zu verstehen.

Per 31. Dezember 2015 kommen Hypothekarzinsen von Fr. 47'314.– dazu (a.a.O.).

Bezüglich der Steuerschulden ist sodann aktenkundig, dass die Steuerbehörden vom Schuldner mit Schlussrechnung vom 14. August 2015 die ganze für das Bezugsjahr 2013 geschuldete Steuer im Betrag von Fr. 38'104.60 eingefordert haben (act. 5/8). Die vom Schuldner mit einem Steuerberechnungsprogramm berechneten Steuern (Kanton, Gemeinde und Bund) für das Bezugsjahr 2014 belaufen sich auf Fr. 42'775.20 (act. 5/4 Anhang). Die provisorische Steuerrechnung vom 27. Mai 2015 für das Bezugsjahr 2015 lautet auf Fr. 27'368.20 (act. 5/9). Anhaltspunkte dafür, dass diese Steuerschulden getilgt sind oder der Ende September 2015 in Betreuung gesetzten Steuerforderung entsprechen, sind nicht ersichtlich. Es ist unwahrscheinlich, dass die mit Schlussrechnung vom 14. August 2015 eingeforderten Steuern 2013 von Fr. 38'104.60 schon am 25. September 2015 mit Fr. 34'653.45 in Betreuung gesetzt wurden. Betrifft die Betreuung eine ältere Schuld, ist unwahrscheinlich, dass der Schuldner die jüngeren Steuerschulden schon getilgt hat.

Selbst ohne Berücksichtigung der erst provisorisch in Rechnung gestellten Steuern 2015 und der wohl noch nicht definitiv veranlagten Steuern 2014 ist bei der Beurteilung der finanziellen Lage des Schuldners von kurzfristigen Verbindlichkeiten von Fr. 130'000.– auszugehen:

Steuerforderung in Betreuung	Fr. 34'653.45
Steuern 2013	Fr. 38'104.60
Anwalt Akonto	Fr. 6'480.00
Hypothekarzinsen 2. Halbjahr 2015	<u>Fr. 47'314.00</u>
	Fr. 126'552.05

Zählt man die noch nicht definitiv feststehenden Steuerbeträge von Fr. 42'775.20 und Fr. 27'368.20 hinzu, ergibt sich eine Summe von rund Fr. 200'000.–.

Die Behauptung des Schuldners, ausser den Grundpfandschulden, die zurzeit nicht fällig seien und von ihm aus den eingehenden Mietzinseinnahmen periodisch verzinst würden, lediglich eine offene Schuld zu haben, nämlich die in Betreuung gesetzte Steuerschuld von Fr. 34'653.45 (act. 2 Ziff. 12, 16), erscheint als aus der Luft gegriffen.

2.4. Die liquiden Mittel per 30. November 2015 beziffert der Schuldner mit Fr. 54'068.– (act. 2 Ziff. 8; vgl. act. 5/5). Durch eine Vermögensübersicht der Migros Bank sind per 1. Dezember 2015 Fr. 51'444.49 belegt (act. 5/6).

2.5. Der Schuldner macht geltend, Eigentümer eines Einfamilienhauses und zweier Mehrfamilienhäuser zu sein (act. 2 Ziff. 7). Per 30. November 2015 bewertet er die Liegenschaften wie folgt (act. 2 Ziff. 8):

	<u>Bruttowert/Fr.</u>	<u>Hypotheken/Fr.</u>	<u>Nettowert/Fr.</u>
EFH ... a/L	1'184'400	980'000	204'400
MFH ...	3'456'000	2'070'000	1'386'000
MFH Zürich	960'000	<u>665'000</u>	<u>295'000</u> *
		3'715'000	1'885'400

*= Fr. 265'000 + Fr. 30'000 Anzahlung Kaufinteressent

Die genannten Werte erscheinen aufgrund der Steuererklärung für das Jahr 2014 (ob sie den Steuerbehörden eingereicht wurde, ist nicht ersichtlich; act. 5/5/4 S. 6, 9 und 17) sowie der damit vereinbaren provisorischen Steuerrechnung für das Bezugsjahr 2015 und der auf einer Ermessenseinschätzung beruhenden Schlussrechnung für das Bezugsjahr 2013 glaubhaft (vgl. act. 2 Ziff. 10; act. 5/8–9).

Der Schuldner macht geltend, dass das Mehrfamilienhaus in Zürich per 6. Januar 2016 an seinen Bruder hätte verkauft werden sollen, der dafür bereits eine erste Anzahlung von Fr. 30'000.– geleistet habe. Die Verträge seien jedoch noch nicht unterzeichnet und der Verkaufsprozess infolge der Konkursöffnung einstweilen gestoppt (act. 2 Ziff. 8). Der vorgesehene Verkauf werde Liquidität bringen (act. 2 Ziff. 12 lit. e). Schliesslich erachtet es der Schuldner aufgrund seines Vermögens möglich, einen Kredit von einigen zehntausend Franken aufzunehmen (a.a.O.).

2.6. Den Liegenschaftenertrag (MFH ... und Zürich) im Jahre 2014 beziffert der Schuldner mit Fr. 233'142.– (= Mietzins ./ . Unterhalts- und Verwaltungskosten; act. 2 Ziff. 9, act. 5/4 S. 10). Davon gehen Fr. 72'188.– an Hypothekarzinsen für die beiden Mehrfamilienhaus-Liegenschaften weg (act. 5/5). Nach einem allfälligen Verkauf der Liegenschaft Zürich wird der Ertrag auf Fr. 190'476.– schrumpfen (act. 5/4 S. 10). Die Hypothekarzinsen für die verbleibende Liegenschaft (MFH ...)

betragen pro Jahr Fr. 56'922.– (act. 5/5, act. 5/4 S. 17). Es werden dem Schuldner somit Fr. 133'554.– bleiben.

3.

Es darf davon ausgegangen werden, dass der Schuldner – ledig und kinderlos (act. 2 Ziff. 6, act. 5/4 S. 1) – mit den vorhandenen flüssigen Mitteln, dem Erlös aus dem beabsichtigten Liegenschaftenverkauf und dem ihm verbleibenden Liegenschaftenertrag in der Lage sein wird, seine Schulden in absehbarer Zeit abzutragen und gleichzeitig den laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Die Glaubhaftigkeit seiner Zahlungsfähigkeit ist damit zu bejahen.

VI.

1.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt sind. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

2.

Die Kosten beider Instanzen sind dem Schuldner aufzuerlegen, weil er die Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. Es wird vorgemerkt, dass nicht die B. _____ AG, sondern die B. _____ AG Gläubigerin und Beschwerdegegnerin ist. Das Rubrum wird entsprechend berichtigt.
2. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 25. November 2015, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den vom Schuldner hinterlegten Betrag in der Höhe von Fr. 475.95 an die Gläubigerin auszusahlen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.– bezogen. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und ebenfalls dem Schuldner auferlegt.
5. Das Konkursamt Dietikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.– (Fr. 2'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Einzelgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Geroldswil-Oetwil-Weiningen, je gegen Empfangsschein.
7. 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. M. Isler

versandt am: