

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160166-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

Urteil vom 19. Oktober 2016

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **Sammelstiftung** ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 6. September 2016 (EK160314)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 6. September 2016 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf für eine Forderung von Fr. 3'987.35 nebst 5% Zins seit 12. Mai 2016, Fr. 62.65 Zins vom 1. Januar 2016 bis 11. Mai 2016, Fr. 500.– Umtriebsentschädigung und Fr. 146.60 Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte dieser die Aufhebung des Konkursdekretes und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte er zahlreiche Unterlagen ein (act. 2, act. 5/2-22).

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. 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. Mit Einreichen der Beschwerde belegte der Schuldner mittels einer Einzahlungsbestätigung der Post, dass er am 12. September 2016 und damit innert der Rechtsmittelfrist die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von Fr. 4'779.60 an der Gläubigerin überwiesen hatte (act. 5/20). Diese bestätigte der Vorinstanz die Zahlung mit Schreiben vom 13. September 2016 ("Rückzug der Konkursöffnung vom 6.9.2016", act. 8/8/1-3). Damit liegt der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG vor. Zudem stellte der Schuldner rechtzeitig die Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz sicher, weshalb der Beschwerde mit Verfügung vom 20. September 2016 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 5/21, act. 10).

Schliesslich leistete der Schuldner den Barvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 5/22).

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) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes Regensdorf (act. 5/18) wurden in den letzten fünf Jahren bis zum 8. September 2016 lediglich zwei Beteiligungen eingeleitet, was auf bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten schliessen lässt. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. 1 inzwischen beglichen. Der Schuldner erklärt hierzu, er habe mit der Zahlung nicht mangels Liquidität zugewartet, sondern weil er den Bestand der Forderung bestreite und sich entsprechend die Rückforderung vorbehalte (act. 2 S. 6ff.). Die Beteiligung Nr. 2 betrifft nach seinen Angaben ausstehende Staats- und Gemeindesteuern 2013, welche mittlerweile beglichen seien (act. 2 S. 6). Gemäss dem beigelegten Kontoauszug des Steueramtes der Stadt Zürich beträgt der Kontostand für das Steuerjahr 2013 Fr. 0.– (act. 5/19). Vergleicht man den Saldo im Februar 2016, als die Beteiligung eingeleitet wurde, in Höhe von

Fr. 2'244.45 (wohl ohne Kosten) mit dem betriebenen Betrag von Fr. 2'334.30, erscheint der Bezug des Kontoauszuges zur fraglichen Betreuung glaubhaft. Damit verbleiben gegenwärtig keine offenen in Betreuung gesetzten Forderungen.

b) Der Schuldner betreibt von einem Büroraum an seiner Wohnadresse aus ein nach seinen Angaben rentables Malergeschäft. Er beschäftigt einen Mitarbeiter zu 100% für einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 4'500.– (act. 2 S. 4ff., act. 5/3 und 5/6). Gemäss der handschriftlichen Kreditorenliste vom 19. September 2016 liegen Ausstände von Fr. 13'090.30, darunter Mehrwertsteuerschulden von Fr. 1'013.50 vor (act. 5/17). Im Zwischenabschluss per 30. Juni 2016 sind allerdings unter "Umsatzsteuer" Fr. 9'579.77 bilanziert (act. 5/7). Den eingereichten Kontoauszügen des Firmenkontos bei der Zürcher Kantonalbank (ZKB) lassen sich seit dem 1. Juli bis zum 19. September 2016 keine Zahlungen an die Steuerbehörden entnehmen (act. 5/14), weshalb angenommen werden muss, die Mehrwertsteuerschulden würden sich gegenwärtig auf rund Fr. 10'600.– belaufen. Das besagte Kontokorrentkonto bei der ZKB wies per 19. September 2016 einen Negativsaldo von Fr. 59'312.01 aus (act. 5/14). Der Schuldner verweist auf den Kreditvertrag mit einer Kreditlimite von Fr. 70'000.– (act. 2 S. 5, act. 5/15). Gemäss dem Vertrag wurde die Limite jedoch auf den 30. September 2016 einmalig um Fr. 20'000.– reduziert. Damit liegt derzeit eine Überschreitung des Kreditrahmens vor und der Schuldner hat gegenüber der ZKB kurzfristige Verpflichtungen von ca. Fr. 9'300.–. Darüber hinaus ist nicht mit der Pflicht zur raschen Rückerstattung der Bankschulden zu rechnen, zumal die ZKB mit Schreiben vom 15. September 2016 bestätigte, das Kreditverhältnis für den Fall einer Aufhebung des Konkurses unverändert – wohl aber mit der auf Fr. 50'000.– herabgesetzten Kreditlimite – weiterzuführen (act. 5/16). In den Steuererklärungen 2014 und 2015 erscheint sodann ein zinsloses Darlehen in der Höhe von Fr. 85'000.– von C._____. Nach Angaben des Schuldners handelt es sich dabei um ein langfristiges Darlehen von der Mutter seines Kindes (act. 2 S. 9, act. 5/8-9). Es gibt keinen Grund, dies anzuzweifeln. Offen bleibt, ob noch Sozialabgaben, Versicherungsprämien und dergleichen ausstehen. Im Auszug des Firmenkontos sind jedenfalls keine solchen Zahlungen ersichtlich (act. 5/14). Konkrete Anhaltspunkte für weitere nennenswerte Verpflichtungen ergeben sich indes nicht aus den Akten, insbesondere

wurden in den letzten Jahren keine entsprechenden Betreibungen angehoben. Somit hat der Schuldner derzeit kurzfristige offene Verbindlichkeiten von rund Fr. 32'000.-. Demgegenüber führt er Debitoren von Fr. 32'846.35 an (act. 5/17). Ob die Forderungen bereits fakturiert sind bzw. wann sie fällig werden, ist nicht bekannt. Zugunsten des Schuldners darf indes mit diesen Zahlungseingängen in absehbarer Zeit gerechnet werden, zumal im Kontoauszug regelmässige Guthabenschriften verzeichnet sind (act. 5/14). Im Weiteren verweist der Schuldner auf vier im August 2016 abgeschlossene Werkverträge mit einem Auftragsvolumen von insgesamt Fr. 37'844.75, wobei es sich bei einem Dokument lediglich um eine Rahmenbestellung handelt, welche noch bestätigt werden muss (act. 2 S. 5, act. 5/10-13). Auch diese Zuflüsse dürften innert nützlicher Frist erfolgen. Barwerte macht der Schuldner nicht geltend und erscheinen auch nicht im Zwischenabschluss. Das Firmenkonto ist wie dargelegt im Minus und die reduzierte Kreditlimite bereits überzogen. Der Hinweis des Schuldners auf seinen hälftigen Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft in ... mit einem Steuerwert von Fr. 262'500.- ist für die Liquiditätsprüfung schliesslich unbeachtlich, da es sich dabei nicht um sofort verfügbare Mittel handelt (act. 2 S. 4, act. 5/4-5 und /8-9). Der Schuldner macht denn auch nicht geltend, dass er die Liegenschaft weiter belasten kann oder will. Damit liegen Guthaben von ca. Fr. 70'700.- vor, welche die kurzfristigen Verbindlichkeiten zu decken vermögen.

Stellt man gestützt auf den Zwischenabschluss 2016 dem Fremdkapital (Fr. 81'876.92) die Aktiven (Fr. 955.28) gegenüber, so ergibt sich eine Unterdeckung (act. 5/7). Somit liegt eine Überschuldung vor, was im Wesentlichen auf die Kontokorrentschulden zurückzuführen ist. Obwohl seine Guthaben zur Hauptsache in Debitoren bestehen, scheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen und seine Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, dennoch als gegeben; dies umso mehr, als nicht alle Kreditoren auf einmal befriedigt werden müssen. So erwirtschaftete er in den Vorjahren einen Gewinn von immerhin Fr. 78'596.- bzw. Fr. 95'122.- (act. 5/8-9). Im ersten Halbjahr 2016 sind sowohl Umsatz als auch Gewinn aus nicht genannten Gründen eingebrochen: Rechnet man den bis Ende Juni 2016 erzielten Gewinn von rund Fr. 5'000.- hoch, so resultiert ein Jahresgewinn von

bescheidenen Fr. 10'000.– (act. 5/7). Massgebend ist aber, dass der Schuldner eine gute Auftragslage vorweisen kann und regelmässige Einnahmen erzielt, welche seinen (ebenfalls merklich reduzierten) Aufwand und seine Lebenshaltungskosten offenbar zu decken vermögen. Dies zeigt sich nicht zuletzt im Umstand, dass er auch die Hypothekarzinsen von monatlich rund Fr. 540.– sowie die Amortisationszahlungen für seinen Mitteigentumsanteil an der nur teilweise belasteten Liegenschaft regelmässig leistet (act. 2 S. 4, act. 5/4-5 und /8-9). Dass die ZKB den Kontokorrentkredit bei Aufhebung des Konkurses weiterhin gewähren wird, darf ebenfalls als Hinweis auf eine grundsätzlich solide finanzielle Lage des Schuldners gewertet werden. Schliesslich wurden in den letzten Jahren lediglich zwei Beteiligungen eingeleitet, welche inzwischen bezahlt sind. Selbst wenn die Liquidität des Schuldners gegenwärtig nicht gerade als gut erscheinen mag, bildet der positive Geschäftsgang eine Basis für einen rentablen Betrieb.

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 Konkurses über den Schuldner.

6. 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. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 6. September 2016, 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 Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'600.– (Fr. 2'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkurs- und Grundbuchamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Regensdorf, je gegen Empfangsschein.
5. 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. S. Bohli Roth

versandt am:
20. Oktober 2016