

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170166-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 15. September 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____ und / oder Rechtsanwältin

lic. iur. X1._____,

gegen

B._____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen einen Entscheid des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. Juli 2017 (EK170059)

Erwägungen:

1.1 Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen eröffnete mit Verfügung und Urteil vom 11. Juli 2017 über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan: Schuldner) den Konkurs (act. 7/39 = act. 6). Die Konkurseröffnung erfolgte für zwei Forderungen, erstens für die Forderung von Fr. 1'234.00 nebst Zins zu 5% seit 7. März 2016 sowie Fr. 408.35 Forderung ohne Zins, Fr. 270.00 administrative Kosten, Fr. 24.10 fällige Zinsen und Fr. 182.60 Betreuungskosten (in der Betreuung-Nr. 1 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg) sowie zweitens für die Forderung von Fr. 1'330.80 nebst Zins zu 5% seit 4. Juli 2016 sowie Fr. 1'481.85 Forderung ohne Zins, Fr. 360.00 administrative Kosten, Fr. 25.30 fällige Zinsen und Fr. 170.60 Betreuungskosten (in der Betreuung-Nr. 2 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg).

1.2 Am 3. August 2017 liess der Schuldner bei der Obergerichtskasse den Betrag von Fr. 7'000.00 in bar hinterlegen (act. 5/4; act. 2 S. 5). Mit rechtzeitig (vgl. act. 7/44-45) erhobener Beschwerde vom 4. August 2017 (Poststempel, act. 2) inkl. Beilagen (act. 5/3-14) beantragte er die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Mit Präsidialverfügung vom 7. August 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner eine 10-tägige Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt (act. 8). Der Kostenvorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 9/1 und act. 10).

2.1 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 Konkurs hinderungsgründe (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 Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über kon-

kurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2.2 Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet neben der Zahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich der Betriebene erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung/Hinterlegung, muss er innert der Beschwerdefrist nachweisen, dass er neben der Spruchgebühr des erstinstanzlichen Konkursgerichtes insbesondere auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (vgl. OGerZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.2).

3. Die dem Konkursöffnungsentscheid zugrundeliegenden Forderungen belaufen sich auf total Fr. 5'638.40. Sie setzen sich wie folgt zusammen: Fr. 2'202.05 (= Fr. 1'234.00 zzgl. 5% Zins seit 7. März 2016 bis zur Konkursöffnung am 11. Juli 2017 zzgl. Fr. 408.35, Fr. 270.00, Fr. 24.10 und Fr. 182.60 gemäss Betreuung-Nr. 1 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg) und Fr. 3'436.35 (= Fr. 1'330.80 zzgl. 5% Zins seit 4. Juli 2016 bis zur Konkursöffnung am 11. Juli 2017 zzgl. Fr. 1'481.85, Fr. 360.00, Fr. 25.30 und Fr. 170.60 gemäss Betreuung-Nr. 2 des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg, vgl. vorstehend Ziff. 1.1; vgl. act. 11/1-2). Gemäss Quittung der Obergerichtskasse Zürich überbrachte der Rechtsvertreter des Schuldners im vorliegenden Verfahren am 3. August 2017 und somit nach Konkursöffnung (im Auftrag und auf Rechnung des Schuldners, act. 2 S. 5) Fr. 7'000.00 in bar (act. 5/4). Damit konnte der Schuldner die Hinterlegung der vorerwähnten Konkursforderungen nachweisen. Der verbleibende Restbetrag vermag sodann sowohl die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.00 als auch – gemäss E-Mail Schreiben des Konkursamtes Thalwil an den Rechtsvertreter des Schuldners (vgl. act. 5/5) – die bisher angefallenen Kosten des Konkursamtes Thalwil zu decken.

Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

4.1 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. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass 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.

4.2 Der Schuldner machte in seiner Beschwerdeschrift zusammenfassend geltend, er verfüge als Unternehmer über ein sehr gutes Einkommen, habe viel Vermögen sowie hohe liquide Mittel. Er sei oft auslandabwesend, was zu Zustellungsschwierigkeiten und in der Folge zu Beteiligungen geführt habe. Zur Konkursöffnung sei es gekommen, weil er davon ausgegangen sei, die Vorinstanz werde sein Verschiebungsgesuch für die erstinstanzliche Konkursverhandlung bewilligen. Er sei Eigentümer und einziger Verwaltungsrat der C. _____ AG mit Sitz in Zürich, welche den Handel mit Antiquitäten und Kunstgegenständen aller Art bezwecke. Zudem sei er Kommanditär der ...-Gesellschaft D. _____ mit Sitz in Kilchberg, von welcher er ein monatliches Einkommen von jeweils Fr. 15'500.00 zzgl. Fr. 5'000.00 erhalte. Gemäss der letzten Steuererklärung für das Jahr 2015 habe sein Einkommen Fr. 189'388.00 und sein Nettovermögen Fr. 1'910'495.00 betragen. Sein Konto bei der E. _____ in London, wo er sich oft aufhalte, weise seit der letzten Transaktion am 5. Juli 2017 einen Kontostand von GBP 139'056.00 bzw. Fr. 174'557.00 auf (act. 2 S. 6 f.). Der Beteiligungsregisterauszug für die Jahre 2014 bis 2017 ergebe, wenn man die Umstände maximal zu seinen Lasten würdige, offene und unbestrittene Forderungen in Höhe von Fr. 30'050.30 (Fr. 547.00 + Fr. 19'056.35 + Fr. 10'446.95) sowie offene und be-

strittene Forderungen in Höhe von Fr. 79'881.00 (Fr.1'957.70 + Fr. 37'512.00 + Fr. 32'418.65 + Fr. 7'992.65). Allein seine liquiden Mittel seien höher als die offenen Betreibungsforderungen. Zudem verfüge er über ein Nettovermögen von rund Fr. 2 Mio. Seinen Verpflichtungen könne er ohne weiteres aus eigenen Mitteln nachkommen, und er sei daher nicht zahlungsunfähig (act. 2 S. 13).

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg vom tt. Juli 2017 (act. 5/12) wurden im Zeitraum August 2012 bis Juli 2017 gegen den Schuldner 82 Betreibungen – inkl. der dem vorliegenden Konkurs zugrundeliegenden Betreibungen – mit einer Forderungssumme von insgesamt knapp Fr. 230'000.00 eingeleitet. Davon sind Betreibungen im Umfang von total ca. Fr. 109'100.00 erledigt: Sieben Betreibungen aus dem Jahre 2012 im Umfang von ca. Fr. 7'100.00 sind erloschen und Forderungen aus 26 Betreibungen aus den Jahren 2013 bis 2016 in Höhe von ca. Fr. 24'850.00 wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen. Fünf weitere Betreibungen aus den Jahren 2012 und 2015 im Umfang von knapp Fr. 58'700.00 sind mit dem Vermerk "Befriedigung nach Verwertung" versehen (act. 5/12). Der Schuldner konnte sodann mit Urkunde belegen, dass eine weitere Betreibungsforderung von Fr. 12'800.00 (Betreibung-Nr. 3) beglichen (act. 5/13) und die beiden Konkursforderungen in Höhe von total Fr. 5'638.40 sichergestellt wurden (vgl. vorstehend Ziff. 3.).

Die sechs Betreibungen aus den Jahren 2012/13 mit einer Forderungssumme von ca. Fr. 3'750.--, in welchen jeweils Rechtsvorschlag erhoben worden war und zu welchen sich der Schuldner nicht geäußert hat, sind zu berücksichtigen. In zwei Betreibungen mit Forderungssummen von knapp Fr. 6'500.-- aus den Jahren 2013/14 wurde ein definitiver Verlustschein ausgestellt.

In der Betreibung der F. _____ AG vom 20. November 2014 in Höhe von Fr. 1'957.70 (Betreibung-Nr. 4) wurde Rechtsvorschlag erhoben (act. 5/12 S. 4). Der Schuldner macht hiezuh geltend, er habe diese Forderung gemäss beigelegtem Kontoauszug bereits am 2. Februar 2012 beglichen, weshalb die erneute Betreibung grundlos erfolgt sei und er Rechtsvorschlag erhoben habe (act. 2 S. 8 f.

und act. 5/14). Die mit keinerlei Dokumenten belegte Darstellung des Schuldners, dass es sich bei der Forderung aus dem Jahre 2014 um die bereits im Jahre 2012 beglichene handelt (z.B. Intervention gegenüber der Gläubigerin), reicht nicht aus, um die Betreibungsforderung der F._____ AG unberücksichtigt zu lassen, auch wenn diese Gläubigerin seit dem Rechtsvorschlag des Schuldners (soweit ersichtlich) keine weiteren rechtlichen Schritte gegen ihn eingeleitet hat.

In zehn Betreibungen aus den Jahren 2015/16 mit einer Forderungssumme von total ca. Fr. 68'450.00 hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben (act. 5/12 S. 4-7). Er führte hierzu einzig aus, dass er die Forderungen bestreite (act. 2 S. 10 f.). Grundsätzlich werden durch Rechtsvorschlag gehemmte Betreibungen nicht berücksichtigt. Im Falle der Betreibung über den runden Betrag von Fr. 30'000.00 könnte auch eine blossе Verjährungsunterbrechung dahinter stehen. Im Übrigen erwecken die Rechtsvorschläge über kleinere und kleinste Beträge, auch für Steuern etc., den Anschein systematischer Verzögerung. Aus Gründen der Bilanzvorsicht müssten betriebene Forderungen zudem ohnehin in einem angemessenen Prozentsatz verbucht werden. Die durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibungen sind daher hier im vollen Betrag unter die Verbindlichkeiten zu zählen.

Ebenfalls zu berücksichtigen sind die in den Jahren 2016/17 in Betreibung gesetzten Forderungen der G._____ AG im Umfang von Fr. 1'496.90 (Betreibung-Nr. 5), des Kantons Zürich im Umfang von Fr. 8'557.90 (Betreibung-Nr. 6), der H._____ AG im Umfang von Fr. 5'060.50 (Betreibung Nr. 7) sowie von I._____ im Umfang von Fr. 1'180.35 (Betreibung-Nr. 8), da die geltend gemachten Zahlungen sowie die Verrechnung der Betreibungsforderung der J._____ in Höhe von Fr. 1'751.80 (Betreibung-Nr. 9) mit einer Gegenforderung (act. 2 S. 11 f.) unbelegt geblieben sind.

Unbestritten sind sodann Betreibungsforderungen aus den Jahren 2016/17 im Umfang von total ca. Fr. 21'000.00.

Nach dem Gesagten sind Betreuungsforderungen im Umfang von knapp Fr. 120'000.00 zu berücksichtigen. Eine Darstellung weiterer, (noch) nicht betriebener Schulden der Einzelfirma fehlt.

4.4 Aus den Kontoauszügen des schuldnerischen Privatkontos bei der Zürcher Kantonalbank für den Zeitraum Januar bis Juni 2017 geht hervor, dass er jeweils am Monatsende von der D._____. Zahlungen mit dem Zweck "Bezug" in Höhe von Fr. 15'500.00 sowie mit Zweck "ANTEIL D._____" in Höhe von Fr. 5'000.00 erhalten hat, wobei der Beleg für die Gutschrift letzteren Betrages für den Monat Mai 2017 fehlt (act. 5/9). Der Kontoauszug der E._____ Investment plc in London wies per 5. Juli 2017 einen Saldo von "139'056" auf (act. 5/11). Wenn auch die Währung aus dem Beleg nicht ersichtlich ist, kann davon ausgegangen werden, dass es sich um britische Pfund (GBP) und damit umgerechnet um ca. Fr. 175'000.00 handelt (act. 2 S. 4). In der nur auszugsweise eingereichten Steuererklärung 2015 wurden die Einkünfte des Schuldners aus selbständiger Erwerbstätigkeit mit Fr. 189'301.00 deklariert und betrug sein steuerbares Einkommen Fr. 124'007.00. Das steuerbare Vermögen belief sich auf Fr. 1'910'495.00, wovon Fr. 1'833'312.00 auf die Position "Eigenkapital Selbständigerwerbender ohne Geschäftswertschriften" entfallen. Die Werthaltigkeit dieser Position kann nicht beurteilt werden. Unter dem Titel Kapitaleistungen im Jahr 2015 deklarierte der Schuldner den Erhalt von Fr. 1 Mio. Die Herkunft ist nicht bekannt, da die entsprechende Aufstellung hiezu nicht eingereicht wurde (act. 5/10). Ebenfalls nicht eingereicht wurde das Hilfsblatt A für Selbständigerwerbende (mit kaufmännischer oder vereinfachter Buchführung) und es äusserte sich der Schuldner in der Beschwerdeschrift hiezu nicht. Zur finanziellen Entwicklung im Jahre 2016, dem provisorischen Stand 2017 und seiner Ausgabenseite äusserte sich der Schuldner eben so wenig. Dies wäre ihm in groben Zügen auch ohne detailliert ausgefüllte Steuererklärung möglich und zumutbar gewesen.

4.5 Zur finanziellen Lage des Einzelunternehmens K._____, dessen Inhaber der Schuldner ist (vgl. Auszug aus dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich, act. 12), welcher somit unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen haftet, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung im Unternehmens- oder im Privatbe-

reich entstanden ist, machte der Schuldner keine Ausführungen. Bei den aus dem Betreibungsregister ersichtlichen Gläubigern handelt es sich grossmehrheitlich um das kantonale Steueramt, die Statthalterämter verschiedener Zürcher Bezirke, die Stadt Zürich und die Gemeinde ... sowie die B._____ SA. Es kann ein Hinweis dafür sein, dass es sich um Privat- und nicht um typische Firmenschulden handelt und somit neben den im Betreibungsregister ausgewiesenen Schulden nicht noch namhafte weitere Schulden aus der Tätigkeit des Einzelunternehmens mit dem Zweck Private Equity, Export-/Import, Vertriebsmarketing, Liegenschaftenhandel, Film-Funk-Fernsehen (vgl. act. 12) bestehen.

4.6 Mit den vorhandenen liquiden Mitteln sollte es dem Schuldner möglich sein, seine bereits im Stadium der Betreuung stehenden Schulden in Höhe von ca. Fr. 120'000.00 (vgl. vorstehend Ziff. 4.3) abzutragen. Es ist gerade noch glaubhaft, dass er mit dem Restbetrag sowie seinem Einkommen und Vermögen seine laufenden Verpflichtungen zu decken vermag. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der über den Schuldner am 11. Juli 2017 eröffnete Konkurs aufzuheben. Anzumerken bleibt, dass über die Aufwendungen bzw. laufenden Verpflichtungen des Schuldners nichts bekannt ist. Gewisse Bedenken bleiben daher bestehen.

5. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 11. Juli 2017, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 7'000.00 dem Konkursamt Thalwil zu überweisen.
4. Das Konkursamt Thalwil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 10'100.00 (Fr. 3'100.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses sowie Fr. 7'000.00 gemäss Ziff. 3 vorstehend) der Gläubigerin Fr. 3'600.-- zzgl. Fr. 5'638.40 (Total der Konkursforderungen) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg sowie an die Obergerichtskasse, 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. D. Tolic Hamming

versandt am:
15. September 2017