

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180085-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
MLaw N. Seebacher

Urteil vom 13. Juni 2018

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1.____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.
X2.____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 15. Mai 2018 (EK180097)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der seit dem tt.mm.2016 im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma "A. _____ ...", welche "Wirtschaftsberatung in den Bereichen ..." bezweckt (act. 6).
2. Mit Urteil vom 15. Mai 2018 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Meilen für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über den Schuldner (act. 3 [= act. 7 = act. 8/10]):
 - Fr. 2'122.50 nebst Zins zu 5% seit 15. Dezember 2017
 - Fr. 100.00 Betreuungskosten
 - Fr. 50.00 Mahnkosten
 - Fr. 22.00 5% Verzugszins vor Betreuung
 - Fr. 173.95 Betreuungskosten
3. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 28. Mai 2018 rechtzeitig (vgl. act. 8/11/1) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 31. Mai 2018 einstweilen erteilt (act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-16). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. 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 Konkurshindereungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner hat am 25. Mai 2018 bei der Obergerichtskasse Fr. 2'750.– und damit einen die Konkursforderung inkl. Kosten und Zins (insgesamt Fr. 2'512.35) übersteigenden Betrag überwiesen. Ferner hat der Schuldner am 24. Mai 2018 beim Konkursamt Männedorf die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'500.– sichergestellt (act. 5/5). Schliesslich hat der Schuldner am 25. Mai 2018 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt. Der Konkurshindereungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für

eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf un-
absehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist
sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, sys-
tematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die
Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsge-
wohnheiten eines Konkursiten gewonnenen wird (BGer 5A_912/2013 vom
18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der
Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell
dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren
neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden
wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

3.1 Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des Betrei-
bungsamtes Pfannenstiel vom 16. Mai 2018 ergeben sich neben der Konkursbe-
treibung (Betreibung-Nr. ...) insgesamt 26 weitere Betreibungen, von denen je-
doch in neun Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bzw. den Gläu-
biger bezahlt wurde. Von den übrigen 17 Betreibungen (Gesamtbetrag
Fr. 642'152.85) wurde in vier Fällen (Gesamtbetrag Fr. 117'166.95) der Zahlungs-
befehl zugestellt, in zwei Fällen (Gesamtbetrag Fr. 80'692.95) hat der Schuldner
Rechtsvorschlag erhoben und vier Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 432'463.75)
öffentlich-rechtlicher Gläubiger befinden sich im Stadium der Pfändung. Ausser-
dem wurde dem Schuldner in fünf Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 11'829.20) be-
reits der Konkurs angedroht (act. 5/7).

3.2 Der Schuldner führt zur Begründung seiner Zahlungsschwierigkeiten im We-
sentlichen aus, er sei durch einen unfreiwilligen Bruch in seiner Berufskarriere in
finanzielle Schwierigkeiten geraten. So habe er bis Mitte 2015 sehr gut verdient,
in dieser Zeit jedoch nicht genügend Rückstellungen gebildet, weshalb er insbe-
sondere die Steuerforderungen für die verdienstreichen Jahre nicht mehr habe
begleichen können. Mittlerweile habe er jedoch die Lebenshaltungskosten seiner
Familie drastisch reduzieren können. Zudem habe er in Russland eine eigene Un-
ternehmung aufgebaut und zwei wichtige Kunden gewonnen, welche monatliche
Einkünfte sicherstellen würden (act. 2 Rn. 39 ff.). Seine Einzelunternehmung, mit

welcher er im Handelsregister eingetragen sei, betreibe er aufgrund dessen, dass seine Kunden aus Russland stammen würden, nicht mehr aktiv, weshalb das Einzelunternehmen bald gelöscht werden solle (act. 2 Rn. 28).

Zu seinen finanziellen Verhältnissen führt er aus, er verfüge über einen Betrag (bzw. ein Guthaben) von 42 Mio. russische Rubel bei der SBERBANK OF RUSSIA, was einem Betrag von Fr. 678'661.– entspreche (act. 2 Rn. 24). Hierzu legt er eine entsprechende Bestätigung der SBERBANK ins Recht (act. 5/8). Ferner erwarte er im Laufe der nächsten Tage eine Zahlung in Höhe von USD 650'000.– aus der Abwicklung eines Aktienkaufvertrages vom 30. März 2018 (act. 2 Rn. 26), welchen er ebenfalls vorlegt (vgl. act. 5/10). Er habe die Aktien zu einem Gesamtpreis von USD 800'000.– verkauft, wobei ein Teilbetrag von USD 150'000.– bereits habe geleistet werden müssen (act. 2 Rn. 26). Weiter bringt er zu den Einnahmen der bereits erwähnten, von ihm in Russland gegründeten Unternehmung (B._____, C._____ [Ort]) vor, er generiere mit zwei grossen Kunden monatlich rund USD 35'000.–. Die Kosten für die beiden Angestellten des Unternehmens würden umgerechnet rund USD 5'000.– pro Monat betragen, was zu Einkünften von umgerechnet rund USD 30'000.– pro Monat führe (act. 2 Rn. 27). Die entsprechenden, vom Schuldner dazu eingereichten Verträge sind in russischer Sprache und kyrillischer Schrift verfasst (vgl. act. 12/1-2); die Ansetzung einer Nachfrist zur Übersetzung dieser Verträge, wie sie vom Schuldner beantragt wird (vgl. act. 2 Fn. 2), erübrigt sich – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – jedoch, da der Konkurs auch aus anderen Gründen aufzuheben ist. Gleiches gilt für die Mietverträge dreier Wohnungen in C._____ (vgl. act. 13/1-3), mit welchen der Schuldner nach eigenen Angaben einen monatlichen Mietertrag von USD 11'000.– belegen kann (act. 2 Rn. 30). Dass der Schuldner – wie er geltend macht (act. 2 Rn. 30) – vier Wohnungen in C._____ besitzt, ergibt sich grundsätzlich auch aus dem von ihm eingereichten Liegenschaftsverzeichnis der Steuererklärung 2015 (vgl. act. 5/14), wobei zu diesem Zeitpunkt nur zwei der vier Wohnungen vermietet waren und ein jährlicher Mietertrag von rund Fr. 140'000.– erzielt wurde. Sodann führt der Schuldner aus, er sei zusammen mit seiner Ehefrau Eigentümer (1/2 Miteigentum) einer Villa in D._____, welche einen Steuerwert von Fr. 9.6 Mio. aufweise, wobei die hypothekarische Belastung Fr. 9.5 Mio. betrage.

Er plane diese Liegenschaft bald zu vermieten (act. 2 Rn. 31). Aus den vom Kläger eingereichten Unterlagen ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass sein Miteigentumsanteil für Forderungen dreier Gläubiger von insgesamt Fr. 102'484.80 bereits gepfändet wurde (vgl. act. 5/11 S. 8; act. 5/15 S. 2). Schliesslich bringt der Schuldner vor, er sei Eigentümer (1/2 Miteigentum) eines Ferienhauses in Frankreich mit einem Wert von ca. 3.2 Mio. € und einem Ertrag von 100'000.– € pro Jahr, wobei er Anspruch auf die Hälfte des Ertrages habe (act. 2 Rn. 32). Aus dem Liegenschaftsverzeichnis der Steuererklärung 2015 ergeben sich in diesem Zusammenhang Einnahmen von rund Fr. 78'000.– pro Jahr.

3.3 Insgesamt ist aufgrund der vom Schuldner dargelegten, finanziellen Verhältnisse hinreichend glaubhaft, dass er über genügend liquide Mittel verfügt, um die offenen Betriebsforderungen zu tilgen, denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung des Konkurses bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Schuldners nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht. Bezüglich der vom Schuldner dargelegten Verhältnisse ist hervorzuheben, dass dieser bereits auf seinem Konto bei der SBERBANK OF RUSSIA über genügend liquide Mittel verfügt, um die offenen Betriebsforderungen zu tilgen. Hinreichend dargetan ist überdies, dass dem Schuldner aus dem Aktienkaufvertrages vom 30. März 2018 Mittel in ähnlicher Höhe zufließen werden. Aus diesem Grund erscheint die Zahlungsfähigkeit des Schuldners derzeit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist. Festzuhalten ist jedoch, dass – sollte es den Erwartungen zum Trotz innert ca. eines Jahres oder weniger wieder zur Konkursöffnung kommen – diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wäre.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung 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.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Meilen vom 15. Mai 2018 (EK180097-G), mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'750.– Fr. 2'512.35 der Gläubigerin und den Restbetrag der Schuldnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Männedorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.– (Fr. 1'800.– 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 seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Kon-

kursamt Männedorf, das Grundbuchamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfannenstiel, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am: