

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 20. Februar 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 1. Februar 2013 (EK120372)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 1. Februar 2013 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 6). Mit Beschwerde vom 12. Februar 2013 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge mangelhafter Vorladung sowie Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2013 entsprochen (act. 9). Ferner leistete der Beschwerdeführer bereits mit seiner Zahlung vom 11. Februar 2013 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 2 S. 6 und act. 5/2).

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. 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 sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7).

3.1 Der Beschwerdeführer weist in seiner Beschwerde darauf hin, dass die vorinstanzliche Vorladung zur Konkursverhandlung ungenügend gewesen sei, weshalb die Konkursöffnung aufzuheben sei. Er stellt sich auf den Standpunkt,

er habe die Vorladung zur Konkursverhandlung nicht abgeholt und sie gelte auch auf Grund der Zustellfiktion nicht als zugestellt, weil er trotz Erhalt der Konkursandrohung mit einer Vorladung nicht rechnen müssen (act. 2 S. 3 ff.).

3.2 Eine Konkurseröffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt, so gilt sie gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Zutreffend ist, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erst dann mit der Zustellung eines behördlichen Akts gerechnet werden muss, wenn ein Verfahrensverhältnis begründet wurde. Damit entsteht für die Partei die prozessuale Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass ihr während des hängigen Verfahrens Vorladungen und Entscheide zugestellt werden können (BGer 7B.89/2004 vom 3. Juni 2004 E. 1.2.3.). Nach ständiger Praxis der Kammer vermag die Konkursandrohung an den Schuldner durch das Betreibungsamt indes noch kein Prozessrechtsverhältnis in Bezug auf ein allfälliges Konkurseröffnungsverfahren beim Konkursgericht zu begründen (ZR 104/2005 Nr. 43). Daraus folgt, dass im Falle misslungener postalischer Zustellungen ein Konkursgericht die Konkurseröffnung erst aussprechen darf, wenn die Vorladung zur Konkursverhandlung dem Schuldner durch einen Mitarbeiter des Gerichts (Gerichtsweibel etc.) oder durch eine andere Behörde (Gemeindeverwaltung, Polizei) zugestellt wurde oder wenn eine öffentliche Vorladung im Sinne von Art. 141 ZPO erfolgte. Andernfalls wird der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 53 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV), was zur Aufhebung des Entscheides führen muss, weil eine Heilung dieses Verfahrensmangels in zweiter Instanz nicht möglich ist (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 15).

3.3 Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 7) ist allerdings ersichtlich, dass die Vorladung der Vorinstanz vom 3. Dezember 2012 für die auf

den 31. Januar 2013 angesetzte Verhandlung dem Beschwerdeführer – wenn auch nicht auf Anhieb – sehr wohl zugestellt worden ist. Die Zustellung an den Beschwerdeführer erfolgte am 27. Dezember 2012 an die als bevollmächtigte Person ausgewiesene D. _____ (act. 7/6). Zwar fällt diese Zustellung in die Betriebsferien, sie ist deswegen aber nicht unbeachtlich: Sie ist so zu betrachten, als sei sie am ersten Tag nach Ablauf der Betriebsferien erfolgt (BSK SchKG II-NORDMANN, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N 14). Die weihnachtlichen Betriebsferien laufen bis zum 2. Januar 2013 (Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Ausgehend von einer Zustellung am 3. Januar 2013, war sie im Hinblick auf die Verhandlung am 31. Januar 2013 zudem rechtzeitig. Ein Verfahrensmangel, der zur Aufhebung des Konkurserkennnisses zu führen hätte, ist daher nicht ersichtlich.

4.1 Der Beschwerdeführer macht überdies geltend, er sei zahlungsfähig, habe die Konkursforderung inklusive Zinsen, Kosten des Betreibungsverfahrens sowie den Vorschuss zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes bis zu einer allfälligen Aufhebung des Konkurses beim Obergericht hinterlegt, was zur Aufhebung des Konkurses in zweiter Instanz führe (act. 2 S. 5 ff.).

4.2 Der Beschwerdeführer hinterlegte am 11. Februar 2013 und damit innerhalb der zehntägigen Beschwerdefrist beim Obergericht einen Betrag in Höhe von Fr. 2'978.40 (act. 5/2). Die Konkursforderung (Fr. 308.40) beträgt samt Zins bis zum 1. Februar 2013 (Fr. 14.25) und Kosten (Fr. 215.--) Fr. 537.65 und ist durch den hinterlegten Betrag gedeckt. Das gilt auch für den gemäss Bestätigung des Konkursamtes E. _____ vom 6. Februar 2013 für die zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes notwendigen Betrag von Fr. 1'500.-- (act. 2 S. 5, act. 5/5 und act. 6). Damit liegt der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor.

5.1 Die Zahlungsfähigkeit gilt sodann als glaubhaft gemacht, wenn der Schuldner aufzeigt, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner muss glaubhaft in der Lage sein, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorüberge-

hende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

5.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes E._____ vom 4. Februar 2013 (act. 5/6) weist für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 4. Februar 2013 18 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 22'893.90 aus, wovon drei Betreibungen im Betrag von Fr. 5'781.35 durch Zahlung an das Betreibungsamt und eine Betreibung im Betrag von Fr. 2'218.40 durch Zahlungsmeldung der Gläubigerin erledigt wurden. Abzüglich der Konkursforderung (Fr. 428.40) bestehen gemäss diesem Betreibungsregisterauszug derzeit somit noch 13 offene Betreibungen in der Höhe von Fr. 14'465.75. Verlustscheine bestehen keine. Bei den offenen Betreibungen handelt es sich um Forderungen von diversen Gläubigern, wobei in 5 Betreibungen (Gesamthöhe Fr. 8'387.45) erst der Zahlungsbefehl zugestellt, in einer Betreibung (Fr. 419.90) Rechtsvorschlag erhoben, in 2 Betreibungen (Gesamthöhe Fr. 1'083.25) das Fortsetzungsbegehren gestellt und in 5 Betreibungen (Gesamthöhe Fr. 4'575.15) bereits ebenfalls die Konkursandrohung zugestellt wurde.

5.3 Zu den offenen Forderungen führt der Beschwerdeführer einzig aus, dass die zwei Prämienforderungen der F._____ AG von je Fr. 973.20 zwischenzeitlich bezahlt seien, und dass er die von der G._____ AG in Betreibung gesetzten Inkassospesen über Fr. 419.90 bestreite (act. 2 S. 7 f.). Ob die nicht anerkannte Forderung tatsächlich besteht oder nicht, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Ohnehin hat der Beschwerdeführer in der entsprechenden Betreibung aber Rechtsvorschlag erhoben, weshalb zur Zeit keine unmittelbare Durchsetzung droht. Sie kann daher vorerst unberücksichtigt bleiben. Dies auch deshalb, weil sie angesichts des im Verhältnis zur Gesamtschuld geringen Betrages am Ergebnis nichts zu ändern vermöchte. Demgegenüber ist aus den Akten nicht ersichtlich, dass die zwei Prämienforderungen tatsächlich bezahlt sind. Es handelt

sich daher lediglich um eine Behauptung des Beschwerdeführers. Gestützt darauf ist die Bezahlung noch nicht glaubhaft dargetan. Allerdings kommt es im Ergebnis auch auf diese Beträge nicht entscheidend an.

5.4 Insgesamt bestehen damit gegen den Beschwerdeführer offene in Betreuung gesetzte, unmittelbar durchsetzbare Forderungen im Umfang von rund Fr. 14'000.--. Dabei fällt auf, dass die entsprechenden Betreibungen überwiegend in der zweiten Hälfte des Jahres 2012 und alleine vier Betreibungen im Januar 2013 eingeleitet worden sind. Der Beschwerdeführer begründet diesen Umstand mit persönlichen und insbesondere gesundheitlichen Gründen. Er installiere als Einmannbetrieb im Rahmen von Kleinaufträgen von einem festen Kundestamm selbständig Elektro- und Telefonanlagen. Im Frühjahr 2012 habe er sich sodann einer Hüftoperation unterziehen müssen, sei bis im Sommer 2012 arbeitsunfähig gewesen und gleichzeitig sei auch noch seine Mutter verstorben. In der Folge habe er an einer Art Burnout-Syndrom gelitten, was dazu geführt habe, dass er die Rechnungstellung für erledigte Arbeiten sowie ebenfalls die eigenen Zahlungspflichten vernachlässigt habe. Mit seinen aktuellen Debitorenforderungen, dem Bankguthaben und seinen Vermögenswerten in Form einer Immobilie und eines Lieferwagens sei er aber in der Lage, die Schulden abzutragen und die laufenden Kosten zu decken (act. 2 S. 8 f.).

5.5 Als Beleg reicht der Beschwerdeführer eine von ihm unterzeichnete Debitorenliste per 31. Januar 2013 über Fr. 29'578.25 inklusive der entsprechenden Rechnungen ein (act. 5/8). Die Rechnungen datieren allesamt vom 31. Dezember 2012 oder vom Januar 2013 und sind also kaum älter als einen Monat. Zwar kann anhand der Belege nicht festgestellt werden, wann die in Rechnung gestellten Arbeiten ausgeführt worden sind. Offenbar hat der Beschwerdeführer aber damit die genannte vernachlässigte Rechnungstellung aufgearbeitet. Da es sich ausschliesslich um inländische Schuldner handelt, dürfte das Delkredererisiko erfahrungsgemäss 5 % betragen, weshalb von einem einbringlichen Betrag von rund Fr. 28'000.-- auszugehen ist. In Anbetracht der üblicherweise gewährten 30-tägigen Zahlungsfrist ist ferner davon auszugehen, dass

die Forderungen im genannten Umfang dem Beschwerdeführer bereits im heutigen Zeitpunkt grossteils zur Verfügung stehen.

5.6 Im Weiteren weisen die auf den Beschwerdeführer lautenden Konti bei der H. _____ AG [Bank], der I. _____ [Bank] und der J. _____ [Bank] gemäss Auszügen vom 11. Februar 2013 Saldi in Höhe von Fr. 749.80, Fr. 595.02 und Fr. 1'094.30, also insgesamt ca. Fr. 2'400.-- aus. Der Beschwerdeführer verfügt per 31. Dezember 2012 zudem über ein Guthaben bei der WIR Bank in Höhe von Fr. 984.35 (act. 5/7). Diesbezüglich gilt allerdings zu beachten, dass WIR ein bargeldloses Verrechnungssystem darstellt, wobei das Guthaben lediglich berechtigt, in diesem Umfang Leistungen von anderen dem System angeschlossenen Beteiligten zu beziehen. Obwohl die Komplementärwährung WIR mit dem Schweizer Franken verbunden ist, steht der WIR -Betrag dem Beschwerdeführer somit nicht direkt zur Schuldentilgung oder zur Bezahlung der laufenden Kosten zur Verfügung.

5.7 Ebenfalls nicht der unmittelbaren Schuldentilgung dienen die genannten Vermögenswerte. Der im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Liegenschaft kommt zwar nach dem aktuellen Versicherungsnachweis der Gebäudeversicherung des Kantons Zürich (GVZ) einen Versicherungswert von Fr. 785'800.-- zu (act. 5/9-11), es handelt sich dabei aber einerseits um einen geschätzten Betrag, der auf dem Markt tatsächlich erzielt werden müsste, und auf der anderen Seite dauert ein Grundstückverkauf ohnehin regelmässig mehrere Monate. Demgegenüber wäre das Fahrzeug des Beschwerdeführers im Betrage des Eurotax-Wertes allenfalls rasch verkäuflich (act. 5/13). Auf diesen Lieferwagen ist der Beschwerdeführer aber vermutungsweise zur Verrichtung seiner beruflichen Tätigkeit angewiesen, weshalb ein Verkauf wenig Sinn machen dürfte. Allerdings käme allenfalls eine günstigere Ersatzanschaffung für das Fahrzeug in Betracht. Auch eine höhere Belehnung der Liegenschaft erscheint angesichts der bestehenden tiefen Hypothek über Fr. 134'000.-- bei der H. _____ AG beziehungsweise den eingetragenen Grundpfandrechten über Fr. 275'000.-- möglich (act. 5/9 und act. 5/12).

5.8 Überdies erwirtschaftete der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben in den vergangenen Jahren bei einem Jahresumsatz von Fr. 130'000.-- bis Fr. 140'000.-- und einem Materialkostenaufwand von rund 40 % ein durchschnittliches jährliches Nettoeinkommen von Fr. 80'000.-- (act. 2 S. 8; act. 5/15). Diese Angaben decken sich mit den Werten der eingereichten Steuererklärung für die Jahre 2010 und 2011 (act. 5/14). Auf Grund der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers ist der Jahresumsatz im Jahr 2012 schliesslich auf Fr. 117'000.-- eingebrochen. Der Beschwerdeführer geht aber davon aus, dass sich der Umsatz im kommenden Jahr wieder im üblichen Rahmen bewege (act. 5/15). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dem nicht so sein soll.

5.9 Vor diesem Hintergrund erscheint es glaubhaft, dass der Beschwerdeführer entsprechend den Verhältnissen im Jahr 2011 auch im laufenden Jahr wieder ein Nettoeinkommen in Höhe von rund Fr. 80'000.-- erzielen wird, und dass er damit die laufenden Verbindlichkeiten wird decken können, zumal im Jahr 2011 auch nur eine Betreuung mit einem nicht allzu hohen Betrag angehoben wurde, deren Bestand er im Übrigen bestreitet (vgl. E. 5.2 vorstehend). Den Forderungen in Höhe von rund Fr. 14'000.-- stehen zudem liquide Mittel von ca. Fr. 30'000.-- (Fr. 2'400.-- + Fr. 28'000.--) und die dargestellten kurzfristigen Finanzierungsmöglichkeiten gegenüber. Damit kann der Beschwerdeführer die aufgelaufenen Schulden ohne Weiteres abtragen. Insgesamt vermag der Beschwerdeführer damit glaubhaft zu machen, dass die vorliegende Konkursöffnung auf eine vorübergehende Zahlungsschwierigkeit und nicht auf eine ständige Illiquidität zurückzuführen ist. Es rechtfertigt sich daher, von seiner Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG auszugehen.

6.1 Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungs säumnis des Beschwerdeführers verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann.

6.2 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind aus dem bei der Obergerichtskasse vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 2'978.40 zu beziehen. Ferner sind von diesem Betrag Fr. 537.65 der

Beschwerdegegnerin auszuzahlen. Der Rest des hinterlegten Betrages ist dem Konkursamt E. _____ zu überweisen. Dieses ist für die Behandlung der überwiesenen Beträge (Fr. 1'500.-- seitens der Beschwerdegegnerin via Konkursgericht und Fr. 1'690.75 seitens des Beschwerdeführers via Obergericht) zuständig.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. Februar 2013, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und aus dem von ihm bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrag bezogen. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 2'978.40, Fr. 750.-- für die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu beziehen, Fr. 537.65 der Beschwerdegegnerin auszuzahlen und den Rest an das Konkursamt E. _____ zu überweisen.
4. Das Konkursamt E. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'190.75 (Fr. 1'690.75 von der Obergerichtskasse zu überweisender Betrag sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt E._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Grundbuchamt E.____ und an das Betreibungsamt E._____, 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. K. Houweling-Wili

versandt am: