

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140200-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

Urteil vom 17. September 2014

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 5. August 2014 (EK140261)

Erwägungen:

1. Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach eröffnete mit Urteil vom 5. August 2014 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 15. August 2014 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig (vgl. act. 7/11) die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Sodann reichte er zahlreiche Beilagen ein (act. 4/2-19) und leistete einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 8/2). Mit Präsidialverfügung vom 18. August 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

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 Konkursaufhebungsgründe (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. 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. Der Beschwerdeführer belegt, bei der Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich den der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betrag inklusive Zins und Kosten in Höhe von Fr. 1'472.60 zuhanden der Beschwerdegegnerin und Fr. 200.– für die Spruchgebühr des Bezirksgerichts Bülach hinterlegt zu haben (act. 4/4 und act. 8/1). Im Weiteren hat der Beschwerdeführer mit Zahlung vom 8. August 2014 beim Konkursamt H._____ zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens Fr. 800.– sichergestellt (act. 4/5).

Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen.

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 vorgelegten Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamts I. _____ (act. 4/15) wurden vom 9. April 2010 bis 21. Juli 2014 insgesamt 91 Beteiligungen eingeleitet. Die Anzahl Beteiligungen lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Insgesamt 40 Beteiligungen wurden durch Zahlung an das Beteiligungsamt oder die Gläubiger getilgt. 23 Beteiligungen sind erloschen. Die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Beteiligung Nr. ...) wurde – wie vorstehend erwähnt – zugunsten der Beschwerdegegnerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 4/4). Wie der Beschwerdeführer ausführt und aus den eingereichten Unterlagen hervorgeht, wurden die den Beteiligungen Nr. ... und Nr. ... zugrunde liegenden Forderungen durch Zahlung an den Gläubiger getilgt (act. 2 S. 4 f., act. 4/17 und act. 4/18). Es ist damit gegenwärtig von 25 offenen in Betei-

bung gesetzten Forderungen von insgesamt Fr. 28'260.35 auszugehen; in 12 davon erging bereits die Konkursandrohung.

b) Der Beschwerdeführer ist Inhaber zweier Einzelunternehmen. Es handelt sich dabei um die Firma "C. _____", welche Rosenzucht, Rosenhandel sowie Verkauf von Blumen bezweckt und seit dem 19. Oktober 2000 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist (act. 5/1) sowie um das Blumengeschäft "D. _____", das seit dem 28. Mai 2000 im Handelsregister eingetragen ist (act. 5/2). Der Beschwerdeführer führt aus, er habe im Jahr 2001 begonnen Rosen zu züchten und zu verkaufen. Zu diesem Zweck habe er zunächst die eine Einzelfirma und zwei Jahre später eine weitere Einzelfirma im Handelsregister des Kantons Zürich eintragen lassen. Zuerst habe er seine Geschäfte in E. _____ geführt. Im Frühjahr 2005 sei er dann an seinen jetzigen Standort in F. _____ gezogen. Die Firmen und der Geschäftsverlauf hätten sich sehr gut entwickelt. Im Oktober 2011 habe er die Gelegenheit gehabt, aus einer Zwangsverwertung die Grundstücke Kat. Nr. ... und ..., Wohnhaus mit Restaurant und Scheune sowie ...restaurant, ... [Adresse], zum Preis von insgesamt Fr. 610'000.– zu kaufen. Der Schätzwert dieser Grundstücke habe im Mai 2011 insgesamt Fr. 1'517'000.– betragen. Im Wohnhaus vermiete er sieben möblierte Zimmer; die Scheune und das angrenzende Land eigneten sich sehr gut für seine Rosenkulturen. Ab dem 1. Januar 2012 habe er begonnen, neben seiner Tätigkeit als Rosenzüchter und Rosenverkäufer auch noch das Restaurant in seiner neuen Liegenschaft zu führen. Dies sei zuviel gewesen. Das Restaurant habe sich nicht so entwickelt, wie er sich das vorgestellt habe; er habe dieses teilweise aus dem Ertrag des Blumenhandels querfinanzieren müssen. Der Kauf dieser Liegenschaften habe einen Teil der angesparten Eigenmittel verbraucht. Heute seien die Liegenschaften mit insgesamt Fr. 439'000.– belastet. Eine Aufstellung über die Kapitalkosten der Liegenschaften sei der Beschwerde beigelegt. Per Ende August 2014 werde er den Restaurantbetrieb aufgeben und das Restaurant ab dem 1. September 2014 an einen erfahrenen Wirt verpachten. Dies bedeute eine arbeitstechnische sowie eine finanzielle Entlastung. Aus der beiliegenden Aufstellung seien die ab dem 1. September 2014 bestehenden Mieteinnahmen ersichtlich. Neben den monatlichen Kapitalkosten von Fr. 2'176.70 würden für den Liegenschaftenunterhalt und

zur Bildung von Rückstellungen Fr. 5'323.30 verbleiben. Mit der ...bank habe er beim Kauf der Liegenschaften vereinbart, jährlich Fr. 14'000.– zu amortisieren. Dieser Verpflichtung sei er bis anhin stets nachgekommen. Mit der ...bank bestünden nun Gespräche über die Umwandlung der variablen Hypothek mit einem hohen Zinssatz in eine tieferverzinsliche Festhypothek. Durch einen Konkurs würden seine bisherigen Anstrengungen auf einen Schlag zerstört. Neben den Grundstücken in E._____ besitze er noch eine Eigentumswohnung in G._____. Diese habe er im Oktober 2008 für Fr. 510'000.– gekauft. Die hypothekarische Belastung für diese Wohnung betrage zurzeit Fr. 333'000.–; die jährlichen Nebenkosten würden sich auf rund Fr. 5'000.– belaufen. In seinem Eigentum befänden sich somit genügend Aktiven, um seine Verbindlichkeiten mehr als abzudecken. Die Liquiditätssituation werde sich nach Wegfallen des Restaurationsbetriebes bis spätestens Ende 2014 wieder erholen. Die Bezahlung der offenen Verbindlichkeiten sei somit auch ohne die Aufnahme zusätzlicher Mittel möglich.

Der Beschwerdeführer macht geltend, durch die Rosenzucht und den Rosenhandel Einnahmen von durchschnittlich rund Fr. 55'000.– pro Monat zu generieren. Die Zahlen für das Jahr 2014 entsprächen etwa denjenigen des Vorjahres. Letztes Jahr sei mit den Rosen ein Gewinn von rund Fr. 210'000.– erwirtschaftet worden. Dieser Gewinn sei durch die Verluste des Restaurantbetriebs von rund Fr. 170'000.– zu einem grossen Teil "weggefressen" worden. Ab Ende August 2014 würden diese zusätzlichen Kosten wegen der Betriebsaufgabe wegfallen. Die laufenden Kosten würden dann – wie bis anhin – von den Einnahmen des Rosengeschäfts gedeckt. Per dato bestünden bei der D._____ Debitorenguthaben im Betrag von rund Fr. 30'000.– und Bankguthaben von Fr. 25'940.96. Die Debitorenbewirtschaftung werde nach Wegfall der Doppelbelastung mit dem Restaurationsbetrieb wieder konsequenter verfolgt werden können. Bei einer Gutheissung der Beschwerde werde ihm ein Buchhalter helfen, seine Finanzen (Fälligkeiten der offenen Forderungen, Debitorenbewirtschaftung, Liquiditätsplanung, usw.) besser zu organisieren, damit künftig keine Betreibungen mehr nötig seien und Zahlungsfristen nicht verpasst würden (act. 2 S. 3 f.).

c) Die vom Beschwerdeführer eingereichten Verkehrswertschätzungen aus dem Jahre 2011 über das Wohnhaus mit Restaurant, das ...restaurant und die Scheune mit Weideland weisen einen Verkehrswert von insgesamt Fr. 1'517'000.– aus (act. 4/6-8). Per 30. Juni 2014 waren die Liegenschaften mit insgesamt Fr. 439'000.– belastet (act. 4/9). Aus dem Mieterspiegel des Wohnhauses und den dazugehörigen Mietverträgen geht hervor, dass derzeit acht möblierte Zimmer zu monatlich je Fr. 500.– vermietet werden. Zudem wird das Restaurant per 1. September 2014 für einen Pachtzins von Fr. 3'500.– pro Monat an einen erfahrenen Wirt verpachtet (act. 2 S. 3 und act. 4/9). Per 1. September 2014 stünden damit den monatlichen Kapitalkosten der Liegenschaft von Fr. 2'176.70 (Zinsen und Amortisation) monatliche Einnahmen von Fr. 7'500.– gegenüber, woraus Einkünfte von Fr. 5'323.30 resultieren (vgl. Aufstellung act. 4/9 S. 1). Über die vom Beschwerdeführer im Oktober 2008 für Fr. 510'000.– gekaufte und aktuell mit Fr. 333'000.– belastete Eigentumswohnung in G._____ ist den Akten nichts zu entnehmen (act. 2 S. 4). Der Beschwerdeführer weist überdies per 13. August 2014 ein Vermögen bei der ...bank von insgesamt Fr. 25'940.95 aus, wobei in dieser Aufstellung auch ein (gebundenes) Mieterkautionssparkonto im Umfang von Fr. 3'648.55 enthalten ist (act. 4/14).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Geschäftsergebnisse dieses Jahres entsprächen etwa denjenigen des Vorjahres (act. 2 S. 4). Die Erfolgsrechnung der C._____ vom 1. Januar 2013 bis 31. Dezember 2013 weist einen Verlust von Fr. 36'612.70 aus (act. 4/11). Demgegenüber erwirtschaftete die D._____ gemäss letztjähriger Erfolgsrechnung einen Gewinn von Fr. 246'266.60 (act. 4/10). Mit beiden Unternehmen wurde folglich ein Gewinn von total Fr. 209'653.90 erzielt. Ein Grossteil dieses Gewinns sei allerdings dafür verwendet worden, den Verlust des Restaurantbetriebs von Fr. 169'143.73 auszugleichen (vgl. Erfolgsrechnung act. 4/12, act. 2 S. 4). Die per 13. August 2014 erstellte Debitorenliste der D._____ weist Debitorenguthaben von Fr. 30'711.70 aus (act. 4/13). Weitere zweckdienliche Unterlagen (wie eine aktuelle Kreditorenliste oder aktuelle Zwischenabschlüsse) liegen nicht vor.

Vor dem Hintergrund, dass der Beschwerdeführer mit seinen zwei Einzelunternehmen (Rosenzucht und Rosenhandel) einen beachtlichen und beständigen Gewinn erzielt, er das defizitär geführte Restaurant per September 2014 verpackten konnte, die gegenwärtig offenen Forderungen bereits durch die vorhandenen liquiden Mittel, die Debitorenguthaben sowie die Erträge aus dem Rosenhandel bezahlt werden können, der Beschwerdeführer Eigentümer verschiedener Liegenschaften ist, welche er zusätzlich hypothekarisch belasten könnte und er auch gewillt ist, einen Buchhalter beizuziehen, der ihm hilft, seine Finanzen besser zu verwalten, scheint die Möglichkeit des Beschwerdeführers, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als gegeben. Die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. 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 der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (Urteil 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.).

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über den Beschwerdeführer.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 5. August 2014, mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 1'672.60 (Konkursforderung und erstinstanzliche Entscheidgebühr) der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt H._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 800.– Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'600.– und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt H._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt I._____, 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. Graf

versandt am: