

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150066-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 28. Mai 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 20. April 2015 (EK150086)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 20. April 2015 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 11. Mai 2015 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 12. Mai 2015 entsprochen (act. 10). Ferner leistete der Beschwerdeführer mit Zahlung vom 29. April 2015 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/5).

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 einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen 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).

3. Der Beschwerdeführer hinterlegte mit Zahlung vom 29. April 2015 und damit innerhalb der zehntägigen Beschwerdefrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 528.30 (act. 5/5). Dieser Betrag entspricht der Konkursforderung (act. 7). Gleichzeitig bezahlte der Beschwerdeführer an das Konkursamt Wülflingen-Winterthur Fr. 700.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/5 und act. 9). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1 Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gilt als glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den 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 (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Die vom Beschwerdeführer eingereichten Betreibungsregisterauszüge der Betreibungsämter Oberwinterthur und Winterthur-Wülflingen, beide vom 28. April 2015 (act. 5/14 und act. 5/15), weisen für die Zeit vom 16. September 2011 bzw. 16. Mai 2013 bis April 2015 7 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 18'822.10 aus, wovon eine Beteiligung im Betrag von Fr. 1'365.-- erloschen ist und eine Beteiligung im Betrag von Fr. 907.80 durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt wurde. Demnach bestehen gemäss diesen Betreibungsregisterauszügen abzüglich der Konkursforderung (Fr. 400.--) derzeit noch 4 offene Beteiligungen. Verlustscheine bestehen keine. Bei den offenen Beteiligungen handelt es sich um zwei Beteiligungen in Höhe von Fr. 792.15 und Fr. 1'155.60, bei welchen eben-

falls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, und um zwei Betreibungen in Höhe von Fr. 37.-- und Fr. 14'164.55, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde.

4.3 Zu den offenen Betreibungen führt der Beschwerdeführer aus, dass die beiden Forderungen, in welchen die Konkursandrohung zugestellt worden sei, strittig und seiner Ansicht nach zu Unrecht eingeleitet worden seien. Er habe das aber auf die leichte Schulter genommen und nichts dagegen unternommen. Diesbezüglich sei er jetzt eines Besseren belehrt worden und er sei sich bewusst, dass er sich dagegen zur Wehr setzen müsse. Auch die beiden weiteren Betreibungen, in welchen der Zahlungsbefehl zugestellt worden sei, seien auf seine Nachlässigkeit und den bisherigen lockeren Umgang mit dem Begleichen von Forderungen und Rechnungen zurückzuführen. Dies zeige sich insbesondere an dem in Betreuung gesetzten geringen Betrag in Höhe von Fr. 37.-- (act. 2 S. 9).

4.4 Diese Ausführungen ändern allerdings nichts daran, dass gegen den Beschwerdeführer derzeit offene, in Betreuung gesetzte und unmittelbar durchsetzbare Forderungen in Höhe von insgesamt Fr. 16'149.30 bestehen. Diesen Schulden stehen gemäss Auszug des Firmenkontos der Zürcher Kantonalbank per 29. April 2015 flüssige Mittel in Höhe von lediglich Fr. 12'507.55 gegenüber (act. 5/16). Dieser Betrag alleine reicht nicht aus, um umgehend die genannten Schulden im ganzen Umfang zu decken. Allerdings kann der Beschwerdeführer damit immerhin die Schulden decken, in deren Konkursbetreuung bereits die Konkursandrohung zugestellt worden ist.

4.5 Darüber hinaus kann der eingereichten Jahresrechnung 2013 entnommen werden, dass das vom Beschwerdeführer geführte Lokal (Restaurant/Bar) im Jahr 2013 bei einem Umsatz von fast einer halben Million Schweizer Franken einen Gewinn von über 100'000.-- erzielte (act. 5/3). Eine Bilanz für das Jahr 2014 reichte der Beschwerdeführer hingegen nicht ein. Nach Angaben des Beschwerdeführers hat er sich auf Grund einer überhöhten Honorarforderung des bisherigen Treuhänders mit diesem zerstritten, weshalb die Jahresrechnung 2014 noch nicht fertiggestellt werden konnte (act. 2 S. 4). Allerdings ergibt sich anhand der eingereichten Kassabelege für das letzte halbe Jahr vor Konkurseröffnung durch

die Vorinstanz (Monate November 2014 bis April 2015), dass sich die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers nicht wesentlich geändert haben. In dieser Zeit betrug der durchschnittliche monatliche Umsatz rund Fr. 37'660.-- (act. 5/4 und act. 5/10). Im Vergleich dazu belief sich der Betriebsertrag im Jahr 2013 im Durchschnitt pro Monat auf rund Fr. 41'280.--. Gestützt auf den Mietvertrag vom 8. Juni 2005 sowie den dazugehörigen Nachtrag scheint sich auch der Mietzins (inkl. Nebenkosten) für die Lokalität in Höhe von monatlich Fr. 6'246.-- bzw. Fr. 6'550.-- ab 1. Juni 2015 nicht wesentlich verändert zu haben (act. 5/8-9), zumal bereits in der Erfolgsrechnung 2013 für die Raummiete Fr. 80'769.90 (dies ergäbe rund Fr. 6'730.-- monatlich) berücksichtigt worden sind (act. 5/3). Ebenso bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die weiteren Aufwandpositionen, insbesondere der Handelswaren- und der Personalaufwand, im vergangenen Jahr massgeblich erhöht hätten. Demnach ist davon auszugehen, dass die gegenwärtige Geschäftstätigkeit des Beschwerdeführers entsprechend den Verhältnissen im Jahr 2013 immer noch gewinnbringend verläuft.

4.6 Vor diesem Hintergrund ist es glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung weniger auf eine ständige Illiquidität des Beschwerdeführers, als vielmehr auf eine Nachlässigkeit seinerseits zurückzuführen ist. Dafür spricht im Übrigen auch, dass es sich bei den in Betreuung gesetzten Forderungen mehrheitlich und insbesondere bei der Konkursforderung um verhältnismässig geringe Beträge handelt. Damit erscheint die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Beschwerdeführers insgesamt wahrscheinlicher, weshalb er nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt.

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

5.2 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind aus dem bei der Obergerichtskasse vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 1'278.30 zu beziehen. Der Restbetrag in Höhe von Fr. 528.30 ist vollständig der Beschwerdegegnerin ausbezahlen. Ferner ist das Konkursamt Wül-

lingen-Winterthur für die Behandlung der ihm überwiesenen bzw. einbezahlten Kostenvorschüsse (Fr. 1'500.-- seitens der Beschwerdegegnerin via Konkursgericht und Fr. 700.-- seitens des Beschwerdeführers) zuständig.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 20. April 2015, 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. 1'278.30 Fr. 750.-- für die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu beziehen und Fr. 528.30 der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 1'500.-- vom Konkursgericht überwiesen und Fr. 700.-- vom Beschwerdeführer einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Grundbuchamt ... und an das Betreibungsamt Winterthur-Wülflingen, 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:
29. Mai 2015