

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160140-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 29. Juli 2016

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B.____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 11. Juli 2016 (EK160263)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem 24. Februar 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens C._____. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt das Unternehmen die Herstellung von Fassaden, Fenster, Türen und Toren in Metall, die Erledigung von übrigen Metallbauarbeiten sowie den Handel mit Metall-Baumaterialien (act. 6).

1.2. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Winterthur (fortan Vorinstanz) vom 11. Juli 2016 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet. Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 299.75 einschliesslich Zinsen sowie Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/6 S. 2).

1.3. Gegen diesen Entscheid, der ihm am 15. Juli 2016 zugestellt worden war (act. 8/7), erhob der Schuldner mit Eingabe vom 25. Juli 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 1; act. 8/7). Mit Präsidialverfügung vom 26. Juli 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 5/9). Am 26. Juli 2016 (Datum Poststempel), und damit (unter Berücksichtigung der Betreibungsferien) noch innert Beschwerdefrist, reichte der Schuldner eine Ergänzung der Beschwerdebegründung samt Belegen ein (act. 11-12/1-2). Die Gläubigerin gelangte mit Schreiben vom 27. Juli 2016 (Datum Poststempel: 28. Juli 2016) an die Kammer und teilte die Forderungstilgung durch den Schuldner sowie den Verzicht auf Durchführung des Konkurses mit (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. 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 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 Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2. Der Schuldner belegt mittels Einzahlungsschein, am 18. Juli 2016 den Betrag von Fr. 2'099.75 an die Gläubigerin bezahlt zu haben. In der E-Mail vom 22. Juli 2016 bestätigt die Gläubigerin den Erhalt des Geldbetrages (act. 5/5 und act. 5/8). Damit hat der Schuldner die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Winterthur-Wülflingen) samt Zinsen und Betreuungskosten bezahlt und zudem der Gläubigerin den geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.00 zurückerstattet. Im Schreiben vom 27. Juli 2016 erklärt die Gläubigerin neben der erneuten Bestätigung der Forderungstilgung zudem, auf die Durchführung des Konkurses zu verzichten (act. 13). Im Weiteren hat der Schuldner mit Zahlung vom 21. Juli 2016 beim Konkursamt Wülflingen-Winterthur zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 800.00 und die Kosten von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren sichergestellt (act. 5/7 und act. 5/9). Somit ist der Konkursaufhebungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 als auch jener gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund der Tilgung sowie auch jenem des Gläubigerverzichts hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende 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. 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 den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Winterthur-Wülflingen vom 15. Juli 2016 weist insgesamt 70 zwischen dem 9. August 2011 und dem 11. Juli 2016 eingeleitete Beteiligungen aus (act. 5/10). Davon wurden 40 Beteiligungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt (Code 105). 3 Beteiligungen tragen den Code 501 für erloschene Beteiligungen. Neben der Beteiligung der nun getilgten Konkursforderung weist der Betreibungsregistrauszug damit noch 26 offene Beteiligungen aus. Im Beschwerdeverfahren belegt der Schuldner, die den Beteiligungen Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 zugrunde liegenden Forderungen bezahlt zu haben (act. 5/13-14; act. 5/16). In der Beteiligung Nr. 5 über eine Forderung von Fr. 2'990.25 der D._____ AG war bereits ein Verfahren betreffend Konkurseröffnung eingeleitet worden. Der Verfügung des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 2. Juni 2016 kann entnommen werden,

dass es zum Nichteintreten auf das Konkursbegehren kam, weil die Gläubigerin den Kostenvorschuss für das Verfahren nicht geleistet hatte (act. 5/17). Angesichts dessen ist zugunsten des Schuldners auf seine Behauptung abzustellen, dass die Forderung nicht geschuldet sei und sein Buchhalter die Sache geklärt habe (act. 2 Rz. 29). Der Schuldner führt weiter aus, die Forderungen aus den Betreibungen Nr. 6, Nr. 7, Nr. 8, Nr. 9 und Nr. 10 nicht zu schulden resp. zu bestreiten (act. 2 Rz. 19, 21, 30, 32 und 33). Er reicht hierzu allerdings keine bzw. keine zur Glaubhaftmachung seiner Behauptungen genügenden Belege ein. Es ist daher davon auszugehen, dass die fünf in Betreuung gesetzten Forderungen weiterhin bestehen. Sodann fehlt es an einem Beleg für die behauptete Zahlung der Forderung aus der Betreuung Nr. 11 (act. 2 Rz. 34). Die Betreuung Nr. 12 betrifft eine Forderung der E._____ AG über Fr. 1'229.30. Anhand der vom Schuldner eingereichten Zahlungsquittungen ist davon auszugehen, dass er am 13./15. April 2016 eine Zahlung von Fr. 807.70 geleistet hat (act. 5/11), womit noch Fr. 421.60 offen sind. Gemäss den Ausführungen des Schuldners habe die von der F._____ AG Zürich in Betreuung gesetzte Forderung über Fr. 2'319.60 ein Leasing betroffen, welches er anfangs Juli 2016 habe abschliessen können. Nebst der letzten Leasingrate habe er am 14. Juli 2016 eine zusätzliche Rate und damit zu viel bezahlt. Die F._____ AG Zürich habe ihm ein Guthaben von Fr. 565.90 bestätigt (act. 2 Rz. 25). Eine solche Bestätigung liegt den Belegen des Schuldners jedoch nicht bei. Dem von ihm eingereichten Beleg kann nur die Zahlung von zweimal Fr. 565.90 entnommen werden (act. 5/15), weshalb davon auszugehen ist, dass aus der Betreuung Nr. 13 noch ein Betrag von Fr. 1'187.80 offen ist. In der Betreuung Nr. 14 der G._____ AG belegt der Schuldner eine Zahlung von Fr. 174.95 (act. 5/25), womit ein noch offener Betrag von Fr. 170.00 anzunehmen ist. Hinsichtlich der Betreuung Nr. 15 belegt der Schuldner, dass sich die H._____ AG bereit erklärt hat, im Falle der Aufhebung der Konkursöffnung eine Zahlungsvereinbarung mit ihm zu treffen (act. 5/18). Bezüglich der Forderung aus der Betreuung Nr. 16 ist die bereits abgeschlossene Zahlungsvereinbarung nachgewiesen. Gemäss Vereinbarung ist der offene Betrag von Fr. 784.50 in monatlichen Raten à Fr. 100.00 ab Ende Juni 2016 zu tilgen (act. 5/19). Der vom

Schuldner behauptete Abschluss einer (mündlichen) Zahlungsvereinbarung in der Betreuung Nr. 17 ist hingegen nicht glaubhaft gemacht (act. 2 Rz. 34).

Insgesamt ist folglich noch von 22 offenen Betreibungen in der Höhe von rund Fr. 41'900.00 auszugehen. In einer offenen Betreibungen wurde eine Ratenzahlungsvereinbarung abgeschlossen, in einer weiteren deren Abschluss in Aussicht gestellt.

2.3.3. Der Schuldner bringt vor, seit 20 Jahren in der Schweiz zu leben, keine Berufslehre absolviert, aber während rund 12 Jahren in verantwortlicher Stellung in einer Firma für Fensterbau, Schiebetüren, Haustüren, Fassadensysteme etc. profunde Kenntnisse und Erfahrungen gesammelt zu haben. Nach dem Verlust seiner Arbeitsstelle infolge Betriebsschliessung habe er sich anfangs des Jahres 2011 entschlossen, sich selbständig zu machen. Zum damaligen Zeitpunkt habe er noch über keine Aufträge verfügt. Im März 2011 seien jedoch bereits kleine Aufträge eingegangen. Seine Bestellungen für Fenster, Türen etc. seien den Zahlungseingängen deutlich voraus gegangen, so dass er mit der Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen schon bald in Rückstand geraten sei. Langsam würden sich jedoch die Früchte seines grossen Einsatzes zeigen. Die Auftragslage sei erfreulich und es komme zum Abschluss guter sowie grosser Aufträge, weshalb er seit September 2015 auch einen Angestellten beschäftige. Da er weitgehend ganztags auf dem Bau arbeite, würden sich Belege teils bei ihm und teils bei seinem externen Buchhalter befinden. Dies erschwere den Überblick und es sei letztlich wegen einer minimalen Forderung zum Konkurs gekommen. Das Verfahren der Konkurseröffnung sei ihm eine (teure) Lehre (act. 2 Rz. 6 ff.). Die derzeit noch offenen Betreibungsforderungen werde er innert kürzester Zeit aus den unmittelbar bevorstehenden Zahlungseingängen aus drei grossen Aufträgen begleichen (act. 2 Rz. 34 ff.).

2.3.4. Nach Darstellung des Schuldners lebe er weiterhin mit seiner geschiedenen Frau und den beiden acht- und neunzehnjährigen Töchtern zusammen. Der Wohnungsmietzins betrage für alle zusammen zirka Fr. 1'500.00. Unterhaltsbeiträge müsse er keine bezahlen. Die Lebenshaltungskosten würden durch ihn sowie seine Exfrau gemeinsam und nach ihren Möglichkeiten getragen. Im Interesse

aller müssten die Anstrengungen dem finanziellen Aufbau des Einzelunternehmens dienen (act. 2 Rz. 7). Aus den vom Schuldner eingereichten Steuererklärungen und Buchhaltungsunterlagen ist ersichtlich, dass der Umsatz des Einzelunternehmens C. _____ im Jahr 2015 gegenüber dem Jahr 2014 gestiegen ist. Im Jahr 2014 betrug der Bruttogewinn Fr. 117'530.00. Der Schuldner erzielte ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 26'820.00. Im Jahr 2015 konnte ein Bruttogewinn von Fr. 163'836.00 verzeichnet werden und der Schuldner bezahlte sich ein Einkommen von Fr. 67'769.00 aus (act. 5/3/1-2; act. 5/4/1-2). Der Schuldner reicht in Bezug auf die Auftragslage und den künftigen Mittelzufluss vier Auftragsbestätigungen von Mai bis Juli 2016 sowie eine Offert-Anfrage vom 25. Juli 2016 ein. Damit sind laufende Aufträge über einen gesamthaften Rechnungsbetrag von Fr. 235'743.00 glaubhaft gemacht. Es ergeben sich daraus mit der Bestätigung der Aufträge sofort fällig werdende Zahlungen von über Fr. 90'000.00 (act. 5/20-24 und act. 12/1-2; entgegen der Meinung des Anwalts sind beim Objekt "MFH ..." 50 % = Fr. 48'300.00 sofort fällig und nicht nur 50 % von 50 %).

2.3.5. Zusammengefasst belegt der Schuldner, dass er innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um neben der Konkursforderung weitere Betreuungsforderungen zu begleichen. Der Schuldner konnte das Umsatzvolumen sowie den Betriebsgewinn vom Jahr 2014 zum Jahr 2015 steigern und es kann grundsätzlich von einem positiven künftigen Geschäftsgang mit Jahresgewinn ausgegangen werden. Nach glaubhaften Darlegungen des Schuldners kann nach Überwindung der Anfangsjahre mit geringerem Umsatzvolumen nun eine gute Auftragslage verzeichnet werden. In Anbetracht der eingereichten Auftragsbestätigungen über ein Gesamtvolumen von Fr. 235'743.00 resp. der daraus sofort fällig werdenden Forderungen über Fr. 90'000.00 erscheint die Möglichkeit des Schuldners, die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen und innert längstens zwei Jahren auch die offenen Betreibungen abtragen zu können, als gegeben. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners 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 die Mög-

lichkeit nicht ausschliesst, 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 (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.).

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des am 11. Juli 2016 über den Schuldner eröffneten Konkurses.

3.

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 11. Juli 2016, 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. 300.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.00 (Fr. 800.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Schuldner den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Schuldner unter Beilage eines Doppels von act. 13, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 11, 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 und an das Betreibungsamt Winterthur-Wülflingen, je gegen Empfangsschein.
5. 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. Würsch

versandt am:
29. Juli 2016