

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170137-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter Dr. M. Nietlispach sowie Ge-
richtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 27. Juli 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil
vom 26. Juni 2017 (EK170177)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem 5. Juni 2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____". Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen den Unterhalt und die Restaurationen von Oldtimer Fahrzeugen, den Karosseriebau, den Historischen Rennsport, das Tuning und den Handel (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 26. Juni 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil (fortan Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 574.70 nebst 5 % Zins seit 11. August 2016, Fr. 125.– Nebenforderungen und Fr. 106.60 Betreibungskosten (act. 3 = act. 6 = act. 7/9).

1.3. Gegen das Urteil vom 26. Juni 2017 (zugestellt am 30. Juni 2017, act. 7/10) erhob der Schuldner mit persönlich überbrachter Eingabe vom 3. Juli 2017 fristgerecht Beschwerde (act. 2, 3 und act. 4/2-20). Er beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihm mit Verfügung vom 4. Juli 2017 (act. 8) gewährt wurde.

1.4. Da der Schuldner bereits am 30. Juni 2017 Fr. 780.– an die Obergerichtskasse überwiesen hatte (vgl. act. 4/4), konnte von einer Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses abgesehen werden. Dem Schuldner blieb jedoch noch bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 10. Juli 2017 Zeit, seine Beschwerde zu ergänzen und weitere Belege zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit einzureichen, worauf er mit Verfügung vom 4. Juli 2017 hingewiesen wurde.

1.5. Am 10. Juli 2017 und damit innert Frist überbrachte der Schuldner dem Obergericht eine Ergänzung seiner Beschwerdebegründung (act. 11) mit weiteren Beilagen (act. 12/1-8). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-11). Eine Beschwerdeantwort war nicht einzuholen; 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

2.2. 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 beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3.

3.1. Der Konkursöffnung liegt eine Forderung von Fr. 831.40 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 574.70 vom 11. August 2016 bis 26. Juni 2017 sowie Fr. 106.60 Betreuungskosten und Fr. 125.– Nebenforderungen) zu Grunde (act. 3). Der Schuldner belegt mittels Abrechnung des Konkursamtes, diese Forderung am 28. Juni 2017 bezahlt zu haben (act. 4/2). Damit hat der Schuldner die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes D._____) samt Zinsen und Betreuungskosten bezahlt. Im Weiteren hat der Schuldner respektive ein Dritter zugunsten des Schuldners am 30. Juni 2017 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– an das Konkursamt E._____ bezahlt. Das Konkursamt bestätigte gleichentags, dass dieser Betrag sowohl die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens als auch die konkursamtlichen Kosten zu decken vermöge (vgl. act. 4/3). Ebenso hat der Schuldner, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sicherge-

stellt (act. 4/4, oben E. 1.4). Der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) wurde damit innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.2. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, welcher beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner hingegen noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

3.3. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen 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).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes D._____ (act. 4/5) weist insgesamt 38 Betreibungen zwischen dem 10. September 2014 und dem 21. Juni 2017 aus. Davon wurden 13 Betreibungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt; eine weitere Betreibung ist erloschen. Von den 24 laufenden Betreibungen befinden sich 8 im Stadium der Pfändung; bei vier weiteren ist das Verfahren bereits bis zur Verwertung fortgeschritten. Die Forderungssumme dieser laufenden 24 Betreibungen beträgt Fr. 39'758.65. Gegen eine einzige Betreibung für eine Forderung im Umfang von Fr. 1'036.80 hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben. Er bestreitet sie, bringt aber keine weiteren Ausführungen oder Beweismittel vor, weshalb diese Schuld nicht bestehen soll. Bezug nehmend auf eine Korrespondenz mit dem Betreibungsamt zeigt er sodann auf, dass drei weitere Betreibungen der Gläubigerin "F._____ AG" in der Höhe von insgesamt Fr. 1'791.20 bezahlt seien. Aus der eingereichten Korrespondenz (act. 4/6) erweist sich diese Behauptung als glaubhaft. Der Schuldner behauptet sodann, auch die vier Betreibungen, welche vom Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich für eine Schuld von insgesamt Fr. 533.80 erhoben worden seien, seien beglichen. Er verweist auch hier auf dieselbe E-Mail des Betreibungsamtes (act. 4/6), schlüssig ist diese E-Mail hinsichtlich dieser Forderungen allerdings nicht: Aus der E-Mail der Betreibungsbeamtin geht einzig hervor, dass sie Kontakt mit dem Strassenverkehrsamt hatte, dieses am Nachmittag Bescheid geben wolle und sie anschliessend festhielt: "3 sollten wegfallen". Welche drei Betreibungen dies sind, und ob dem dann so war, kann damit nicht schlüssig gesagt werden, bleibt aber für die Gesamtbeurteilung letztlich ohne Relevanz. Der Schuldner anerkennt offene Forderungen in der Höhe von Fr. 36'396.85. Diese sind maximal um die bestrittene Forderung in der Höhe von Fr. 1'036.80 und die allenfalls beglichenen Schulden gegenüber dem Strassenverkehrsamt von Fr. 533.80 zu korrigieren, weshalb insgesamt von offenen Betreibungen / Forderungen in der Höhe von maximal Fr. 37'967.45 auszugehen ist.

3.5. Der Schuldner bringt vor, seit Juni 2014 selbständig tätig zu sein und mit seiner Einzelunternehmung "C._____" Oldtimer Fahrzeuge zu reparieren und

restaurieren. Die Anfangsphase habe sich etwas schwierig gestaltet. Mittlerweile habe er sich in der Oldtimer-Szene einen Namen als fachkundiger Berater gemacht und sich etablieren können. Hierfür verweist der Schuldner auf die aktuelle Auftragslage: Aktuell würden sich bei ihm in der Garage sieben Fahrzeuge befinden, an welchen er Arbeiten ausführe. Bereits drei weitere Aufträge (mit einem Volumen von Fr. 15'000.–) seien angekündigt worden (vgl. act. 2 S. 3 f. und act. 4/7). Sobald er Platz habe, werde er wieder ein neues Auto zur Auftragsausführung dazu nehmen (vgl. act. 12/1).

Mit den eingereichten Beilagen (act. 4/7 – 4/17 und act. 12/1) verweist der Schuldner darauf, dass er mit Arbeiten ausgelastet sei und zwischen Ende Juli bis Ende September 2017 Rechnungen im Umfang von ca. Fr. 47'500.– werde stellen können (vgl. Aufträge Nr. 1-6 der Übersicht act. 12/1). Es handelt sich dabei um Aufträge an den Autos "G._____" (hierfür seien noch Fr. 32'000.– in Rechnung zu stellen), "H._____" (hierfür seien noch Fr. 3'000.– in Rechnung zu stellen), "I._____" (hierfür seien noch Fr. 3'500.– in Rechnung zu stellen), "J._____" (hierfür seien noch Fr. 6'500.– resp. nach einer Zwischenabrechnung Ende Juni 2017 von Fr. 2'664.90 wohl noch ca. Fr. 3'800.– in Rechnung zu stellen) und "K._____" (hierfür seien noch Fr. 2'500.– in Rechnung zu stellen).

Zum "G._____" reicht der Schuldner eine nicht unterzeichnete "Offerte und Vertrag" über die Komplettrestauration dieses Fahrzeugs ein. Daraus geht hervor, dass ein Kostendach von Fr. 32'000.–, zuzüglich der Kosten für Material/externe Arbeiten im Umfang von Fr. 25'000.–, insgesamt also Fr. 57'000.– vorgesehen wurden. Die Offerte resp. der Vertrag datieren aus dem April 2015, die Fertigstellung war per August 2015 vorgesehen (vgl. act. 4/8). Gemäss den eingereichten Rechnungen (act. 4/9-12) hat der Schuldner dem Eigentümer des Fahrzeugs im April 2015, Juli 2016, Dezember 2016 und März 2017 Rechnungen über insgesamt Fr. 21'000.– gestellt. Eine weitere Rechnungsstellung aus diesem Auftrag über Fr. 32'000.–, wie der Schuldner geltend macht, scheint daher zumindest glaubhaft.

Für den "J._____" hat der Schuldner im Juni 2017 bereits rund Fr. 2'600.– für die Überführung des Fahrzeuges in die Schweiz in Rechnung gestellt (vgl. act. 4/14).

Ebenfalls liegt ein Ausschnitt aus einer E-Mail-Korrespondenz zwischen dem Auftraggeber und dem Schuldner bei den Unterlagen (act. 4/13). Das gesamte Auftragsvolumen lässt sich daraus nicht erkennen. Was den "I._____" betrifft, hat der Schuldner dem Auftraggeber im März 2017 eine Anzahlung von Fr. 5'000.– in Rechnung gestellt (vgl. act. 4/15).

Der Schuldner verweist sodann auf weitere Aufträge bis Ende Jahr resp. März 2018. Aus diesen rechnet er mit weiteren Einnahmen bis Ende 2017 von ca. Fr. 37'000.–. Für zwei weitere Fahrzeuge (Auftrag Nr. 7, L._____, sowie den M._____) gibt der Schuldner an, werde er bis März 2018 noch ca. Fr. 37'890.– in Rechnung stellen können (vgl. act. 12/1).

3.6. Der Schuldner hat weiter die Steuererklärung aus dem Jahr 2016 (act. 12/5) sowie seine Buchhaltung 2016 und 2017 (act. 12/3 und 12/4) eingereicht. Er weist darauf hin, dass er in Zukunft Unterstützung aus dem Bekanntenkreis bezüglich seiner Buchführung erhalten werde. Die eingereichte Steuererklärung zeigt ein Einkommen des Schuldners aus Haupterwerb von Fr. 78'226.–, welches sich zu Fr. 36'838.– aus einem Reingewinn und zu Fr. 41'388.– aus Barbezügen/Eigensalären zusammensetzt (vgl. act. 12/5). Der Bruttoumsatz des Geschäftsjahres 2016 liegt gemäss Steuererklärung bei Fr. 148'635.–, der Aufwand bei Fr. 101'339.–. Es resultiere ein Gewinn von knapp Fr. 37'000.–. Aus den Unterlagen zum Jahr 2017 geht hervor, dass der bisherige Ertrag den Aufwand knapp übersteigt. Allerdings sind nur Löhne im Umfang von knapp Fr. 3'000.– verbucht worden. Die Buchhaltung des Schuldners ist schwer nachzuvollziehen, weshalb es ihm dringend anzuraten ist, sich hier, wie er plant und andeutet, Unterstützung zu holen. Jedenfalls kann daraus immerhin entnommen werden, dass der Schuldner, sofern er seine Auslagen richtig verbucht hat, keinen Verlust erlitten hatte. Zusammen mit den weiteren Unterlagen zur Auftragslage ist zumindest glaubhaft, dass der Schuldner aktuell mit Arbeiten ausgelastet und sein Geschäft auf gutem Wege ist. Es ist glaubhaft, dass er zwischen Ende Juli bis Ende September 2017 Rechnungen im Umfang von ca. Fr. 45'000.– wird stellen können. Da er als Alleineigentümer über eine Liegenschaft mit einem Steuerwert von Fr. 680'000.– verfügt, welche mit einer Hypothek von Fr. 420'000.– belastet ist

(vgl. act. 12/5), er diese Liegenschaft bewohnt und offenbar auch für sein Geschäft nutzt und keine Unterhaltsverpflichtungen oder ähnliches zu erfüllen hat, sind seine Lebenshaltungskosten relativ gering (vgl. act. 12/2). Er dürfte daher in der Lage sein, mit den Einnahmen bis Ende September 2017 einen Grossteil seiner offenen Forderungen gemäss Betreibungsregisterauszug zu begleichen.

Ergänzend bringt der Schuldner vor, dass er in seinem Wohn-/Gewerbehaus im Sinne eines zusätzlichen Standbeins künftig legal eine Anlage für den Anbau von Cannabidiol CBD betreiben werde (vgl. act. 2 S. 5 und act. 4/18 f.). Er ist der Auffassung, bereits mit dem Umsatz aus der ersten Ernte (ca. Fr. 32'000.– bis Fr. 40'000.–), welche im September 2017 anfallen dürfte, einen Grossteil seiner Schulden bezahlen zu können. Im Weiteren legt der Schuldner Korrespondenzen (Absichtserklärung eines Käufers sowie Schreiben der ZKB zum Thema der Pfandentlassung) vor, woraus sich entnehmen lässt, dass er den Verkauf eines Parkplatzes für Fr. 20'000.– in Erwägung zieht (vgl. act. 12/6 und 12/7). Auch diese Einnahme möchte er zur Schuldentilgung verwenden (vgl. act. 11). Schliesslich legt er dar, Eigentümer diverser Fahrzeuge zu sein, wovon er drei mit einem Verkehrswert von insgesamt ca. Fr. 67'000.– zu verkaufen versuche (vgl. act. 11 und act. 12/8). Zudem werde er zur Überbrückung von Liquiditätsproblemen während vier Monaten mit einer monatlichen Zahlung von Fr. 3'000.– unterstützt (vgl. act. 2 S. 6 und act. 4/20). Die Rückzahlung werde am 26. Juni 2018 fällig werden (vgl. act. 4/20).

3.7. Zusammengefasst belegt der Schuldner, dass er innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufbringen können, um einen Grossteil seiner Betreuungsforderungen zu begleichen. Ebenso sind die Darstellungen des Schuldners glaubhaft, wonach er das Umsatzvolumen seines Geschäftes steigern können und nun eine gute Auftragslage verzeichnet. In Anbetracht der eingereichten Unterlagen über künftige Rechnungsstellungen sowie unter Berücksichtigung der zusätzlichen Mittel zur Liquiditätsbeschaffung 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 Zahlungsfähigkeit des Konkursiten erscheint somit wahrscheinlicher als

seine Zahlungsunfähigkeit. Wie oben (E. 3.3) ausgeführt, ist eine Tatsache bereits dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht die Möglichkeit nicht ausschliesst, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Kann die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist somit hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und der am 26. Juni 2017 über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

4.

Der Schuldner hat trotz der Gutheissung seiner Beschwerde die Kosten beider Instanzen zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 26. Juni 2017, 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. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt E._____ ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'500.– (Fr. 2'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt E._____ ZH und die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt D._____ ZH und an das Grundbuchamt E._____, 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:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:
27. Juli 2017