

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170193-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli
Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 27. Oktober 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG X._____

gegen

B._____AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 14. August 2017 (EK170395)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist seit dem 27. Februar 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber des Einzelunternehmens "A._____ Isolierungen" eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt die Ausführung von Kälte- und Wärmeschutzisolierungen aller Art im Kälte-, Sanitär- und Heizungsbereich (act. 12).

2. Mit Urteil vom 14. August 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 22'114.60 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 3 = act. 6 = act. 7/5).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 25. August 2017 (Datum Poststempel), bei der Kammer eingegangen am 28. August 2017, rechtzeitig Beschwerde (act. 2; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 7/6). Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2).

4. Mit Verfügung vom 28. August 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Schuldner aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.– zu bezahlen (act. 9).

5. Der Schuldner hat den Kostenvorschuss innert Frist geleistet (act. 10/1 und 11). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-14). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshindierungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht werden (BGE 136 III 294, BGE 139 III 491).

2. Der Schuldner bringt zur Begründung seiner Beschwerde vor, er habe die Konkursforderung samt Zinsen und Betreibungskosten in der Höhe von Fr. 22'114.60 am 24. August 2017 mit Banküberweisung auf das Konto des Obergerichts des Kantons Zürich zu Gunsten der Gläubigerin hinterlegt (act. 2 S. 4). Zum Beleg reicht er einen Ausdruck der entsprechenden Banküberweisung der UBS zu den Akten (act. 5/5). Zudem hat er beim Konkursamt Oberwinterthur Winterthur Fr. 800.– zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes hinterlegt (act. 5/4; vgl. auch act. 8). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) nachgewiesen. Folglich bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

3. 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, 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 beweist,

sen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, 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, E. 2.3).

3.1. Der Schuldner bringt beschwerdeweise vor, aufgrund zwischenzeitlicher gesundheitlicher Probleme habe er die Büroarbeit vernachlässigt. Aus diesem Grund seien Rechnungen nicht fristgerecht bezahlt und es seien während geraumer Zeit keine Rechnungen mehr ausgestellt worden. Um sicherzustellen, dass die organisatorischen Belange künftig korrekt und fristgerecht erledigt würden, habe er die buchhalterischen Angelegenheiten in der Zwischenzeit an die C._____ Revisions & Treuhand AG in D._____ [Ortschaft] ausgelagert. Er beschäftige zwei Angestellte und arbeite seit Jahren für die gleichen Auftraggeber. Der jährliche Umsatz betrage gemäss den eingereichten Abschlüssen zwischen Fr. 700'000.– und Fr. 740'000.–. Gemäss aktueller Debitorenliste belaufe sich der Ausstand zu seinen Gunsten auf Fr. 225'299.–. Daneben verfüge er über liquide Mittel in der Höhe von Fr. 34'000.– sowie über Guthaben der gebundenen Vorsorge von über Fr. 120'000.– (act. 2 S. 3-5).

3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Unternehmens vermittelt insbesondere das Betreibungsregister (dazu insbesondere KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., N. 15 zu Art. 174 SchKG). Der eingereichte Auszug aus dem Betreibungsregisters umfasst den Zeitraum vom 30. Oktober 2012 bis 16. August 2017 (act. 5/8). Während dieser Zeit musste der Schuldner nicht weniger als 53 Mal betrieben werden. Das ist bedenklich und spricht gegen die Zahlungsfähigkeit. Etliche Betreibungen stammen aus früheren Jahren, als der Schuldner nach eigenen Angaben keine Probleme hatte und nach den eingelegten Abschlüssen auch Gewinne erwirtschaftete. Diese Betreibungen könnten ein Hinweis auf eine ungenügende *Zahlungsmoral* sein, sind aber kein Hinweis auf fehlende *Zahlungsfähigkeit*, und bei den doch beachtlichen Jahresumsätzen können diese Betreibungen auch harmlose Gründe haben, zumal sie keine allzu hohen Beträge betreffen. Zu einer Häufung von Betreibun-

gen kommt es ab August 2016. Das stimmt überein mit der Darstellung des Schuldners, dass er gesundheitlicher Probleme wegen die Büroarbeiten vernachlässigt habe. Auch wenn zahlreiche Beteiligungen öffentlich-rechtliche Gläubiger betreffen, sind es doch zahlen- und betragsmässig auch andere Gläubiger, so dass sich der Schuldner nicht dem Vorwurf ausgesetzt sieht, er vernachlässige systematisch die Kategorie der ersteren (dazu zit. KuKo, a.a.O. N. 14). Immerhin sind 22 der Beteiligungen davon als bezahlt ausgewiesen, und sieben sind gelöscht. Die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung wurde wie vorstehend ausgeführt bezahlt. Zudem belegt der Schuldner, am 8. Juni 2017 eine weitere Beteiligung durch Zahlung an die Gläubigerin getilgt zu haben (act. 5/9, vgl. auch act. 5/8 S. 4 oben). Die restlichen noch offenen Beteiligungen belaufen sich auf insgesamt Fr. 144'344.30. Die älteste davon datiert vom September 2016. In zwei Fällen ist die Beteiligung bereits bis zum Stadium der Konkursandrohung vorgedrungen (vgl. act 5/8 S. 3-6).

Der Schuldner reichte eine Debitoren-Liste ins Recht, aus welcher ein Guthaben zu seinen Gunsten von rund Fr. 225'000.– resultiert (act. 5/6). Zwar ist die Liste nicht unterschrieben, und die dazugehörigen Rechnungen wurden nicht beigelegt. Die Struktur der behaupteten Guthaben stimmt immerhin mit der Darstellung des Schuldners in der Beschwerde insofern überein, als zum weit überwiegenden Teil erst jüngst in Rechnung gestellte Guthaben aufgelistet sind. Wie werthaltig die Forderungen sind, steht naturgemäss dahin. Wenn auch nur eingeschränkt kann der Liste eine gewisse Plausibilität nicht völlig abgesprochen werden. Die liquiden Mittel ergeben sich aus den vom Schuldner eingereichten Kontoauszügen. Zwei Konti des Schuldners bei der UBS weisen aktuell einen Saldo von insgesamt rund Fr. 34'000.– auf (vgl. act. 5/7 Blätter 1-2). Das auf dem Säule 3a-Konto geäußnete Vorsorgeguthaben von über Fr. 120'000.– (vgl. act. 5/7 Blatt 2 unten) kann allerdings entgegen der Auffassung des Schuldners nicht berücksichtigt werden: diese Gelder sind gebunden und können daher nicht oder jedenfalls nicht kurzfristig zur Schuldentilgung verwendet werden.

Unklar ist, wie es sich mit dem Geschäftsgang des Schuldners verhält, bzw. ob anzunehmen ist, er sei mit seinen laufenden Einkünften in der Lage, neben der

Deckung der laufenden Aufwände innert nützlicher Frist auch die offenen Schulden zu bezahlen. Der Schuldner reicht zwei Erfolgsrechnungen und zwei Bilanzen aus den Jahren 2014 und 2015 ins Recht, welche respektable Unternehmensgewinne von rund Fr. 120'000.– (2015) resp. ca. Fr. 113'000.– (2014) ausweisen (act. 5/3). Zu seiner aktuellen finanziellen Lage macht er jedoch keine Ausführungen und reicht auch keine aktuelle Jahresrechnung ein. Er äussert sich insbesondere nicht zu seinen laufenden Verpflichtungen und Lebenshaltungskosten. Da der Schuldner gemäss eigenen Angaben die "buchhalterischen Angelegenheiten" zwischenzeitlich vollumfänglich an eine Drittfirma ausgelagert hat (vgl. act. 2 S. 3, auch das ist nicht belegt, obschon es als Element der Stabilisierung der Verhältnisse zum Fundament der Beschwerde gehörte), ist anzunehmen, dass der Betriebsaufwand heute um diese Kosten der professionellen Betreuung höher ausfallen dürfte als in den erfolgreichen Jahren 2014-2015. Die Umsatzzahlen aus den Jahren 2014-2015 erlauben jedenfalls keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die aktuelle finanzielle Lage des Unternehmens, wenn sie auch für sich allein genommen ein erfreuliches Bild jener Zeit zeigen.

Alles in allem sind die vorgelegten Unterlagen eher dürftig, was umso bedauerlicher ist, als sich der Schuldner anwaltlich vertreten lässt. Es handelt sich was das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit angeht um einen Grenzfall. Die Kammer pflegt bei erstmaligen Konkursöffnungen einen grosszügigen Massstab anzulegen, was in diesem Fall eine Gutheissung der Beschwerde gerade noch erlaubt. Der Schuldner sei aber mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die Anforderungen in einem weiteren Fall der Konkursöffnung strenger wären und er mit einer Eingabe wie der hier vorgelegten keinen Erfolg mehr haben würde.

3.5. Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen.

III.

Da das Verfahren durch die Zahlungssäumnis des Schuldners ausgelöst wurde, gehen die Kosten vollumfänglich zu seinen Lasten (Art. 108 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der über den Schuldner am 14. August 2017 eröffnete Konkurs wird aufgehoben.
2. Die Kosten des Konkursgerichts von Fr. 300.-- werden bestätigt und dem Schuldner auferlegt; es wird vorgemerkt, dass das Konkursgericht die Kosten aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogen hat.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Gesamtbetrag von Fr. 2'300.-- (Fr. 1'500.-- vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 800.-- vom Schuldner einbezahlt) Fr. 1'800.-- der Gläubigerin und einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Rest dem Schuldner auszuzahlen. Damit sind die Kosten des Konkursgerichts der Gläubigerin ersetzt und vom Schuldner bezogen.
5. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien,
 - das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur,
 - das Betreibungsamt Oberwinterthur,
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - die Vorinstanz,je gegen Empfangsschein,
 - sowie an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am:
30. Oktober 2017