

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170209-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 26. September 2017

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. September 2017 (EK170240)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt.mm.2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____". Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen den Bau, Umbau, die Renovationen, Unterhaltarbeiten und handwerkliche Leistungen im Bereich von Mechanik, Sanität, Elektroarbeiten, Informatikanschlüsse, Schreinerei, Metallkonstruktionen, Plattenleger, Glasarbeiten, Haushaltgerätemontage sowie Dekorationen im Bereich Haus, Garten und Wohnung; die Bauüberwachung, Projektleitung, Transporte, Umzugshilfe, Haushalthilfe und Gartenarbeit (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 5. September 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen (fortan Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 2'037.10 nebst 5 % Zins seit 23. Mai 2017, Fr. 25.00 Verzugszinsen vor Betreibung und Fr. 246.60 Betreibungskosten (act. 3 = act. 6 = act. 7/8).

1.3. Gegen das Urteil vom 5. September 2017 (zugestellt am 7. September 2017, act. 7/9/2) erhob der Schuldner mit Eingabe vom 14. September 2017 fristgerecht Beschwerde (act. 2, 3 und act. 4/2-14). Er beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihm mit Verfügung vom 15. September 2017 (act. 8) gewährt wurde. Gleichzeitig wurde dem Schuldner Frist zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 750.00 angesetzt.

1.4. Nachdem der Schuldner den Kostenvorschuss am 25. September 2017 bei der Obergerichtskasse einbezahlt hat (act. 10) und die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beigezogen worden sind (act. 7/1-7/10/6), ist das Verfahren spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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 Konkurs hinderungsgründe 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 Konkureröffnung liegt eine Forderung von Fr. 2'338.00 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 2'037.10 vom 25. Mai 2017 bis 5. September 2017 sowie Fr. 246.60 Betreuungskosten und Fr. 25.00 Verzugszinsen vor Betreuung) zu Grunde (act. 3). Der Schuldner belegt mittels Abrechnung des Betreibungsamtes Sihltal, diesem am 13. September 2017 Fr. 2'370.50 bezahlt zu haben, wovon das Betreibungsamt Fr. 2'339.80 an den Gläubiger ablieferte (act. 4/2). Damit hat der Schuldner die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Sihltal) samt Zinsen und Betreuungskosten bezahlt. Im Weiteren belegt der Schuldner, am 13. September 2017 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– an das Konkursamt Thalwil bezahlt zu haben. Das Konkursamt bestätigte gleichentags, dass dieser Betrag sowohl die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens als auch die konkursamtlichen Kosten zu decken vermöge, sofern der Beschwerde gegen die Konkureröffnung aufschiebende Wirkung erteilt oder das Urteil des Bezirksgerichts Horgen betreffend

Konkurseröffnung aufgehoben wird (vgl. act. 4/3). Ebenso hat der Schuldner, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 10, 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 Beteiligungen 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 Sihltal vom 13. September 2017 (act. 4/4) weist einzig die zur Konkurseröffnung geführte Forderung der Gläubigerin von Fr. 2'162.10 aus, welche zu diesem Zeitpunkt bereits als bezahlt vermerkt war. Es sind somit aktuell keine offenen Forderungen gegen den Schuldner im Betreibungsregister verzeichnet, was für dessen Zahlungsfähigkeit spricht.

3.5. Der Schuldner reicht sodann weitere Unterlagen zu seiner Geschäftstätigkeit ein. Aus der – nicht mehr aktuellen und damit auch nicht sehr aussagekräftigen – Erfolgsrechnung und Bilanz 2015 geht hervor, dass der Schuldner im ersten Geschäftsjahr nach Aufnahme seiner selbständigen Tätigkeit bereits einen Gewinn von rund Fr. 19'000.00 verzeichnen konnte (act. 4/5). Wie es sich mit dem Geschäftsgang im Jahr 2016 und im laufenden Jahr 2017 verhält, ist aus den weiteren eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich. Der Schuldner reicht immerhin sämtliche Kontobewegungen seines Geschäftskontos bei der UBS von Ende September 2015 bis 22. August 2017 ein (act. 4/6-8). Daraus ist ersichtlich, dass dem Geschäftskonto jeweils ungefähr soviel Ausgaben gegenüberstehen, wie Einnahmen zu verzeichnen sind, weshalb das Konto Ende 2016 einen Negativsaldo von Fr. 32.95 und Ende August 2017 einen Saldo von Fr. 3.86 auswies. Da jeweils höhere Barbezüge zu verzeichnen sind und das Umsatzvolumen auf dem Konto relativ hoch ist (im Jahr 2016 wurden Belastungen und Gutschriften von ca. Fr. 260'000.00), kann davon ausgegangen werden, dass sich der Schuldner diese höheren Barbezüge zumindest teilweise als Lohn auszahlt. Schliesslich reicht der Schuldner zwei "Arbeitsverträge auf Abruf", einen "Arbeitsvertrag für Hauswartung" und drei Offerten für Arbeiten ein: So ist er in zwei Praxen auf Abruf für die Ausführung von Wartungs- und Reparaturarbeiten im Stundenlohn zuständig (vgl. act. 4/9 und 4/10) und übernimmt sodann ab Mitte September die Hauswartung in

einer weiteren Praxis (act. 4/13). Die eingereichten Offerten von Ende August und Anfangs September betreffen zum einen die Renovierung von Objekten zu einem offerierten Preis von rund Fr. 24'000.00 (inkl. MWST, act. 4/11) respektive Fr. 35'900.00 (inkl. MWST, act. 4/12). Zum anderen unterbreitete der Schuldner anfangs September auf eine Ausschreibung hin ein Angebot für Gipserarbeiten für rund Fr. 209'000.00 (act. 4/14). Über die laufenden Ausgaben des Schuldners liegen keine Angaben vor.

3.6. In Anbetracht des einzigen Eintrags im Betreibungsregister und der eingereichten Unterlagen kann davon ausgegangen werden, dass der Schuldner seine laufenden Auslagen begleichen kann. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens kann damit nicht von vornherein ausgeschlossen werden (vgl. BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), weshalb die Zahlungsfähigkeit des Schuldners hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG ist. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der am 5. September 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 Horgen vom 5. September 2017, 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 Thalwil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Sihltal, 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: