

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150132-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 11. August 2015

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **Krankenkasse AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Juli 2015 (EK150243)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 7. Juli 2015 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 495.10 nebst Zins zu 5 % seit 16. September 2015, Bearbeitungsgebühren von Fr. 40.00 sowie Betreuungskosten von Fr. 106.60 (act. 3 = act. 7 = act. 8/9).

1.2. Gegen diesen Entscheid liess der Schuldner mit Eingabe vom 27. Juli 2015 rechtzeitig Beschwerde erheben und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 S. 2; act. 8/13). Mit Präsidialverfügung vom 29. Juli 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und es wurde dem Rechtsvertreter des Schuldners, Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, Frist nach Art. 132 Abs. 1 ZPO angesetzt, um die Eingabe vom 27. Juli 2015 rechtsgültig zu unterzeichnen sowie erneut einzureichen (act. 9). Mit Eingabe vom 29. Juli 2015 liess der Schuldner seine Beschwerdebegründung ergänzen und Beilagen nachreichen (act. 11; act. 12/19-24). Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ reichte am 30. Juli 2015 fristgerecht die rechtsgültig unterzeichnete Beschwerdeschrift sowie die Eingabe vom 29. Juli 2015 nach. Zudem reichte er eine weitere Ergänzung der Beschwerdebegründung samt Beilagen ins Recht (act. 13-17/25-28).

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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Da es

sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die schuldnerischen Eingaben im Beschwerdeverfahren erfolgten unter Berücksichtigung der Betreibungsferien allesamt innert der Rechtsmittelfrist und können Berücksichtigung finden (act. 8/13; Art. 56 Ziff. 2 und Art. 63 SchKG).

2.3. Der Schuldner weist mittels Zahlungsbeleg vom 25. Juli 2015 nach, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen, Bearbeitungsgebühren und Betreibungskosten zuhanden der Gläubigerin überwiesen zu haben (act. 2 S. 8 und act. 5/13). Im Weiteren reichte der Schuldner eine Quittung des Konkursamtes Bülach ein, nach welcher sein Vater für ihn am 27. Juli 2015 die bis anhin entstandenen konkursamtlichen Kosten von Fr. 700.00 sichergestellt hat (act. 2 S. 12 und act. 5/17). Zudem leistete der Vater für den Schuldner einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren (act. 2 S. 12 und act. 5/18). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.4.1. Überdies hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

2.4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der Schuldner legt einen Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Bülach vom 23. Juli 2015 sowie einen solchen des Betreibungsamtes Embrachertal vom 28. Juli 2015 vor (act. 5/11; act. 12/19). Im Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Embrachertal sind keine Betreibungen, jedoch zwei offene Verlustscheine aus Pfändungen in der Höhe von Fr. 1'124.00 und Fr. 300.15 vermerkt. Der Schuldner belegt, dass beide Verlustscheine abbezahlt wurden. Die Gläubigerinnen bestätigen schriftlich, nach Zahlungserhalt den Verlustschein zur Löschung an das Betreibungsamt zu retournieren (act. 11 S. 2; act. 12/20-21; act. 17/25-26). Aus dem Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Bülach ergeben sich insgesamt 30 im Zeitraum vom 2. Juli 2012 bis 2. Juli 2015 eingeleitete Betreibungen, wobei 5 Betreibungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt und 17 Betreibungen durch volle Befriedigung nach Verwertung erledigt wurden. Der Schuldner belegt die den Betreibungen Nr. ..., Nr. ..., Nr. ... und Nr. ... zugrundeliegenden Forderungen durch Bezahlung getilgt zu haben (act. 2 S. 8 f.; act. 5/12; act. 5/14; act. 5/16). Damit sind neben der Betreibung der nun beglichenen Konkursforderung noch drei Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 5'083.85 offen.

2.4.3. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem tt. Februar 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens C._____. Das Unternehmen ist mit dem Zweck "Design & Medien" im Handelsregister aufgeführt (act. 5/3 und 6). Der Schuldner führt aus, bei der Einzelfirma handle es sich um eine kleine Werbeagentur für Bild und Film, welche Dienstleistungen im Bereich Design, Medien und Fotografie erbringe. Längerfristig sei geplant auch im Werbevideo-Sektor Fuss zu fassen, Music-Video-Clips und Kurzfilme zu drehen. Es würden bereits mündliche Verträge bestehen, im Zusammenhang mit der Erstellung von Video-Clips und eines Kurzfilms mit "D._____" sowie für Grafikarbeiten im Filmsektor mit "E._____". Der Grossteil des Umsatzes des Einzelunternehmens werde mit Grafik und Webdesign generiert. Er selber habe sich im Bereich Grafik spezialisiert, sein freier Mitarbeiter (Freelancer) verfüge über fundierte Kenntnisse auf dem Gebiet Video/Film und Color Grading. Die Einzelfirma zeich-

ne sich insbesondere durch Flexibilität und im Vergleich zu anderen Werbeagenturen relativ tiefen Fixkosten aus, weshalb sie vor allem im Webbereich für KMUs attraktiv sei. Gemäss den Ausführungen des Schuldners hätten in den ersten zwei bis drei Monaten nach Aufnahme der Geschäftstätigkeit die Kundenakquise und der Unternehmensaufbau im Zentrum gestanden. Ab Mitte Mai bis Mitte Juli 2015 habe die Einzelfirma bereits Aufträge im Gesamtwert von Fr. 11'818.00 einholen können. Es könne für die Folgemonate daher mit einem beträchtlichen Umsatz gerechnet werden. Eine sehr zuverlässige, zahlungskräftige und -willige Grosskundin sei die F. _____ Schweiz AG. Diese habe bereits drei Rechnungen über einen Betrag von insgesamt Fr. 1'836.00 bezahlt (act. 5/7). Der Kontostand des Geschäftskontos weise per 24. Juli 2015 einen Saldo von Fr. 36.00 auf, für den Monat August 2015 werde allerdings aufgrund der gesamthaften Debitorenausstände von Fr. 21'556.30 mit beträchtlichen Geldeingängen gerechnet (act. 2 S. 4 ff.; act. 5/10; act. 5/6). Die noch bestehenden Kreditoren von Fr. 3'116.20 seien am 29. Juli 2015 abbezahlt worden, so dass keine Ausstände mehr bestünden (act. 2 S. 7 und act. 11 S. 2; act. 5/9; act. 12/22-24). Für die Geschäftsräumlichkeiten würden keine separaten Mietkosten anfallen. Er wohne und arbeite seit dem 1. Juli 2015 in G. _____ in einem zweistöckigen Loft zu einem monatlichen Mietzins inklusive Nebenkosten von Fr. 2'100.00 (act. 2 S. 5; act. 11 S. 3). Der Schuldner führt aus, die den noch offenen Betreibungen zugrundeliegenden Forderungen würden zurecht bestehen. Die Betreibungen befänden sich jedoch erst im Stadium des Zahlungsbefehls und könnten problemlos mittels der laufenden Geschäftseinnahmen und dem liquiden Mittelzufluss aus den Debitoren bezahlt werden (act. 2 S. 9).

2.4.4. Zusammengefasst belegt der Schuldner, dass er innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um neben der Konkursforderung weitere Betreibungsforderungen, sämtlich Kreditoren sowie die beiden noch offenen Verlustscheine im Betrag von insgesamt rund Fr. 6'960.00 abzubezahlen (act. 5/12; act. 5/14; act. 5/16; 12/20-21 und act. 17/25; act. 5/9 und act. 12/22-24). Bis auf drei relativ geringe Forderung von gesamthaft Fr. 5'083.85 hat der Schuldner alle in Betreibung gesetzten Schulden beglichen. Die konkursamtlichen Kosten von Fr. 700.00 sowie der Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Be-

schwerdeverfahren, welche durch den Vater des Schuldners bezahlt wurden, sind nicht als neue offene Schulden anzusehen. Gemäss der schriftlichen Bestätigung des Vaters stellen die Zahlungen eine Schenkung dar (act. 17/28). Im Weiteren halten sich die monatlichen Fixkosten des Schuldners – da sich die Geschäftsräumlichkeiten der Einzelfirma im ersten Stock der Mietwohnung des Schuldners befinden und er nur über einen freien Mitarbeiter (Freelancer) verfügt – in einem relativ geringen Rahmen. Die Bezahlung der laufenden Krankenkassenprämien für den August 2015 gegenüber der Gläubigerin sowie der laufenden Mietzinsen weist der Schuldner mittels Beleg nach (act. 17/27; act. 12/22). Zu den behaupteten aktuellen Debitoren von rund Fr. 21'556.30 reichte der Schuldner eine unterzeichnete Übersicht ein (act. 5/6). Als Debitoren sind die F._____ Schweiz AG, die Einzelunternehmen H._____ und I._____ Immobilien sowie die Freizügigkeitsstiftung der J._____ AG aufgeführt. Die Behauptung eines Mittelzuflusses seitens der I._____ Immobilien aus einem Mietzinskautionsdepot als auch ein solcher seitens der Freizügigkeitsstiftung der J._____ AG infolge Pensionskassenauflösung bleiben darüber hinaus unbelegt. Dahingegen sind die Forderungen gegenüber der Grosskundin F._____ Schweiz AG von Fr. 9'442.00 und des Einzelunternehmens H._____ von Fr. 540.00, damit Forderungen von insgesamt fast Fr. 10'000.00, mit Rechnungen von anfangs Juli 2015 ausgewiesen (act. 5/8), was auf den behaupteten diesbezüglichen Zufluss an liquiden Mitteln Anfangs August 2015 schliessen lässt.

2.4.5. Das Einzelunternehmen des Schuldners befindet sich noch in der Aufbauphase. Nach glaubhaften Darlegungen des Schuldners konnten – nach den ersten Monaten ohne Aufträge – ab Mitte Mai 2015 Aufträge in der Höhe von Fr. 11'818.00 eingeholt werden. Vor dem Hintergrund der nachgewiesenermassen beglichenen Kreditoren und den noch offenen Debitoren erscheint die Möglichkeit des Schuldners, in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen und die noch bestehenden Schulden in absehbarer Zeit abzutragen, als gegeben. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich 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 noch mit

der Möglichkeit rechnet, 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 7. Juli 2015 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 Konkursgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 7. Juli 2015 (EK150243-C), 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 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Bülach wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.00 (Fr. 700.00 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.00 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, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 11, 13-14 und 16, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bülach, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bülach, 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:
11. August 2015