

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150124-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

Urteil vom 31. August 2015

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ **Krankenversicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 17. Juni 2015 (EK150156)

Erwägungen:

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) ist Inhaber des seit dem 24. Februar 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens Maler A. _____. Das Unternehmen ist mit folgendem Zweck im Handelsregister aufgeführt: Malerarbeiten aller Art (act. 8).

1.2. Mit Urteil vom 17. Juni 2015 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur den Konkurs über den Beschwerdeführer für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin von Fr. 3'478.85 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 7/5 = act. 3 = act. 6).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. Juli 2015 (Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung des Urteils des Einzelgerichts in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur vom 17. Juni 2015 (act. 2).

1.4. Mit Verfügung vom 14. Juli 2015 (act. 9) wurde festgehalten, dass der Beschwerdeführer die Konkursforderung von Fr. 3'478.85 einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten mit einer Posteinzahlung im Betrage von Fr. 3'780.60 gedeckt habe (act. 9 S. 2). Weiter wurde er darauf hingewiesen, dass er innert der laufenden Beschwerdefrist eine Bestätigung beibringen müsse, dass die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– sichergestellt seien (act. 9 S. 3). Schliesslich wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass er gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG die Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen müsse und welche Unterlagen in der Regel der Kammer, ebenfalls vor Ablauf der Beschwerdefrist, eingereicht werden müssten (act. 9 S.3 f.). Die Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde vorerst verweigert (act. 9 S. 4 E. 4; Dispositiv-Ziff. 1), mit Verfügung vom 20. August 2015 dann jedoch gewährt (act. 15).

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 einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (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). 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. Der Beschwerdeführer hat mit Einzahlungen vom 7./8. Juli 2015 die der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderungen samt Zinsen und Betreuungskosten beglichen (act. 5/2), für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 11) sowie die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichts sichergestellt (act. 14/8). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Beschwerdeführer überdies 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 Beschwerdeführer hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie 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 der finanziellen Situation zu erkennen sind und der Beschwerdeführer auf unabsehbare Zeit 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 zur Über-

zeugung gelangt, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich behalten wird (BGE 132 III 715; BGer 5A_726/2010 vom 22. März 2011, E. 3.2.1; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3).

2.3.2. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er nach jahrelangen Schwierigkeiten eine Stelle als Maler gefunden hatte, dass aber die Anstellung bei der C._____ Bau GmbH nur kurz – vom Herbst 2013 bis Ende März 2014 – gedauert habe; er habe sie aus wirtschaftlichen Gründen wieder verloren. Bis Januar 2015 sei er dann wieder arbeitslos gewesen. Darauf habe er beschlossen, sich selbständig zu machen. Er habe dann schnell und gut im Baunebengewerbe Fuss fassen können und er verfüge auch jetzt und in nächster Zukunft über gute Aufträge (act. 12 Rz 5). Es sei bereits nach wenigen Monaten absehbar gewesen, dass er mit seinem Umsatz die Mehrwertsteuergrenze von Fr. 100'000.– erreiche. Wegen einer schweren Erkrankung seines Vaters habe er im Mai 2015 nach Kosovo zurückkehren müssen, um für diesen zu sorgen (act. 12 Rz 7). Nach der Rückkehr in die Schweiz im Juli 2015 habe er erfahren müssen, dass der von ihm mit der Ausführung von ausstehenden Zahlungen beauftragte Freund den ihm dafür übergebenen Betrag für sich selbst verwendet und insbesondere auch die Ratenzahlungen aus der Abzahlungsvereinbarung mit der Gläubigerin vom 8. Mai 2015 nicht geleistet habe (act. 12 Rz 8).

Zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit führt er aus, dass er wegen der erst kurzen Geschäftstätigkeit noch keine Bilanzen und Erfolgsrechnungen vorlegen könne (act. 12 Rz 19). Hingegen gehe aus dem vollständigen Kontoauszug des ZKB-Firmenkontos hervor, dass der Beschwerdeführer – trotz Neustart und zweimonatiger Abwesenheit – einen Umsatz von Fr. 54'311.95 erzielen konnte, was für die relevanten 4 Monate einen durchschnittlichen Monatsumsatz von gut Fr. 13'500.– ergebe (act. 12 Rz 20). Weil der Schuldner als Akkordant gearbeitet habe, seien keine Materialkosten und kaum berufliche Auslagen angefallen, ausser die Fahrkosten zu den Einsatzorten (act. 12 Rz 21). Der Saldo des (einzigen) Kontos des Beschwerdeführers sei nie negativ gewesen, obwohl er auch die Auslagen für sich und seine Familie daraus gedeckt habe. Die Aufträge erfolgten kurzfristig und unkompliziert, mündlich, per Telefon, via SMS oder WhatsApp-

Konversation; am 26. Juli 2015 habe er einen neuen Auftrag von Fr. 15'800.– für Wohnungssanierungen in ... erhalten (act. 12 Rz 24). Er werde auch immer wieder von seiner Hauptauftraggeberin, der D._____ GmbH, engagiert. Es seien Debitorenguthaben im Betrage von Fr. 17'777.70 vorhanden, für die in den nächsten Tagen Zahlung eingehen sollte. Der Beschwerdeführer sei klarerweise in der Lage, seine laufenden Kosten zu decken und seinen Verbindlichkeiten nachzukommen (act. 12 Rz 26). Er trage allerdings noch "Altlasten" mit sich herum, jedoch seien die meisten Positionen im aktuellen Betreibungsregisterauszug erledigt (act. 12 Rz 27). Von den 10 Positionen seien deren sieben durch Zahlung erledigt und bei zwei Positionen handle es sich um die identische Forderung. Offen seien damit einzig die Forderung der E._____ Bank AG von Fr. 26'749.75 sowie jene des Staates Zürich und der Stadt Winterthur von Fr. 1'862.30 (act. 12 Rz 28). Für die Forderung der E._____ Bank AG von Fr. 26'749.75 bestehe ein Verlustschein nach Art. 149 SchKG und nach der erneuten Betreuung laufe eine Einkommenspfändung. Aus der Abrechnung per 20. Juli 2015 sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer Abzahlungen im Betrage von Fr. 5'012.55 geleistet habe, so dass noch Fr. 22'094.40 offen seien. Es sei daher zu erwarten, dass der Rest dieser Schuld bis Ende 2015 getilgt sein werde (act. 12 Rz 29). Für die Steuerschuld von Fr. 1'862.30 aus dem Jahr 2011 bestehe ebenfalls ein Verlustschein gemäss Art. 149 SchKG; angesichts der Höhe des Forderungsbetrages sollte eine Tilgung ebenfalls demnächst möglich sein. Gegen den Beschwerdeführer habe es gemäss Konkursamt Winterthur-Wülflingen noch keine einzige Konkurseingabe gegeben, was zur Tatsache passe, dass der Beschwerdeführer den laufenden Verpflichtungen vollumfänglich nachkomme. Es sei ihm auch gelungen, die hohen Kreditschulden (gemäss Steuerunterlagen 2012: Fr. 54'546.–; 2013: Fr. 61'739.–) erheblich zu senken.

2.3.3. Was der Beschwerdeführer zu seinen finanziellen Verhältnissen geltend macht, ist nachvollziehbar. Mit dem eingereichten Kontoauszug (act. 14/11) sind zwischen dem 19. März 2015 und dem 20. Juli 2015 Gutschriften in der Höhe von rund Fr. 54'300.– ausgewiesen. Berücksichtigt man den geltend gemachten familiär bedingten Aufenthalt in Kosovo von ca. 2 Monaten, sind diese Einnahmen in rund vier Monaten erarbeitet worden, so dass die Hochrechnung auf ein Jahres-

einkommen von ca. Fr. 100'000.– realistisch erscheint. Für die nächste Zeit hat der Beschwerdeführer einen grösseren Auftrag über Fr. 15'800.– (act. 14/15). Da er vorwiegend kleinere Arbeiten ausführt, von denen anzunehmen ist, dass sie laufend und spontan anfallen, ist es nicht erstaunlich, dass er nicht auf längere Zeit hinaus konkrete Aufträge nachzuweisen vermag. Dass der Beschwerdeführer – wenn er in der Regel als Akkordant arbeitet und ihm Material und Hilfsmittel zur Verfügung gestellt werden – ausser Transportkosten kaum arbeitsbedingte Ausgaben hat, führt dazu, dass ihm die Einnahmen weitgehend uneingeschränkt zur Verfügung stehen.

Der Beschwerdeführer macht keine Angaben zu seinen privaten Ausgaben für sich, seine Ehefrau und seine zwei Kinder. Es erscheint jedoch glaubhaft, dass er neben der Finanzierung der laufenden Lebenshaltungskosten auch noch die bestehenden Schulden abtragen kann. Diese belaufen sich gemäss dem Betreibungsregisterauszug (act. 14/16) für die E._____ Bank AG sowie den Staat Zürich und die Stadt Winterthur auf insgesamt Fr. 28'612.05. Aus der provisorischen Abrechnung des Betriebsamtes Winterthur Stadt vom 20. Juli 2015 (act. 14/17) ergibt sich, dass sich die Forderung der E._____ Bank AG durch "Ablieferungen" von Fr. 26'749.75 auf Fr. 22'094.40 reduziert hat (act. 14/17), so dass derzeit von Schulden in der Höhe von total Fr. 23'956.70 auszugehen ist. Dem stehen Guthaben von Fr. 17'777.70 (act. 14/13) gegenüber, für die gegenüber der D._____ GmbH Rechnung gestellt wurde (act. 14/14), mit der der Beschwerdeführer in regelmässigem geschäftlichen Kontakt steht und die sein Hauptkunde ist. Daher muss mit einem Passivenüberschuss von rund Fr. 6'000.– gerechnet werden. Was die bisherige Schuldentilgung anbelangt, ist zu erwähnen, dass der Beschwerdeführer in der Pfändung der E._____ Bank AG rund Fr. 5'000.– abliefern konnte. Aus der provisorischen Abrechnung (act. 14/17) ist nicht ersichtlich, in welchem Zeitraum dies möglich gewesen ist; mutmasslich muss dies jedoch in der ersten Hälfte des Jahres 2015 und damit in der Phase des Beginns der selbständigen Tätigkeit gewesen sein, nachdem die zugrundeliegende Betreibung Nr. ... am 6. Oktober 2014 ihren Anfang nahm. Anzumerken ist schliesslich, dass der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren die Mittel für die vier offenen Forderungen der Beschwerdegegnerin (3 x 1'024.–; 1 x

706.85; act. 5/2) sowie die Verfahrenskosten aufbringen konnte (act. 14/6; act. 14/7, 14/8 und 14/9).

Damit rechtfertigt sich die Annahme, dass die Zahlungsschwierigkeiten des Beschwerdeführers lediglich vorübergehender Art sind und dass es ihm durchaus gelingen kann, seine Schulden von netto Fr. 6'000.– bis Ende 2015, jedenfalls innerhalb eines Jahres zu tilgen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Konkurs ist aufzuheben.

3.

Die Kosten beider Instanzen hat der Beschwerdeführer zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen am Bezirksgericht Winterthur vom 17. Juni 2015, 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 Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht in Konkursachen am Bezirksgericht 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-Stadt, 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:

Prof. Dr. I. Jent-Sørensen

versandt am:
2. September 2015