

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200113-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 11. Juni 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **SA**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen Entscheide des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 11. und 13. Mai 2020 (EK200071)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) vom 11. Mai 2020, berichtigt mit Verfügung vom 13. Mai 2020, wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) der Konkurs eröffnet für die Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 266.50 nebst 5% Zins seit 9. September 2019, sowie für die Forderung von Fr. 2'422.60 ohne Zins, administrative Kosten von Fr. 220.–, fällige Zinsen vor Betreibung von Fr. 3.35 und Fr. 154.60 Betreibungskosten (vgl. act. 3 = 7/13 sowie act. 4 = 7/20). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 22. Mai 2020 (Datum Poststempel) Beschwerde und beantragt sinngemäss die Aufhebung der Konkursöffnung und die Abweisung des Konkursbegehrens (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 26. Mai 2020 wurde der Schuldner darauf hingewiesen, er habe seine Beschwerde, insbesondere die Zahlungsfähigkeit, noch weiter zu belegen und zu begründen, und ihm wurde dargelegt, welche Belege diesbezüglich sachdienlich sind. Zudem wurde er verpflichtet, einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– zu leisten (act. 10).

Am 27. Mai 2020 überbrachte der Schuldner der Kammer eine Ergänzung der Beschwerdebegründung und Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit. Zudem stellte er den Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (act. 12 u. act. 13/1–4). Mit Verfügung vom 27. Mai 2020 wurde der Beschwerde daraufhin die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt und der Schuldner wurde darauf hingewiesen, dass er bis Ablauf der Beschwerdefrist die Möglichkeit habe, seine Beschwerde zu ergänzen und weitere sachdienliche Unterlagen einzureichen (act. 14). Die Beschwerdefrist lief am 29. Mai 2020 ab (vgl. act. 10 E. 2.2.2). Weitere Unterlagen gingen innerhalb der Beschwerdefrist nicht ein. Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde vom Schuldner geleistet (act. 16). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–22). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

3. Der Schuldner überbrachte der Kammer innert Beschwerdefrist zwei Belege vom 25. und vom 26. Mai 2020, woraus sich ergibt, dass er bei der Obergerichtskasse den Betrag von insgesamt Fr. 3'200.– hinterlegt hat (act. 8 u. 9). Der hinterlegte Betrag reicht aus, die Konkursforderungen samt Zinsen sowie die administrativen Kosten und Betreuungskosten zu decken (vgl. act. 3 S. 2). Sodann überbrachte der Schuldner der Kammer eine Quittung des Konkursamtes Embrach vom 22. Mai 2020, wonach er dort Fr. 500.– für die mutmasslichen Kosten des Konkursverfahrens bis zum Entscheid des Obergerichts sichergestellt habe; die Kosten für das Bezirksgericht Bülach seien nicht mitberücksichtigt, da diese direkt bezahlt worden seien (act. 6). In den Akten der Vorinstanz findet sich ein Beleg, wonach der Schuldner beim Bezirksgericht Bülach die Fr. 200.– am 4. Mai 2020 geleistet hat; die Kosten der Vorinstanz wurden entsprechend im Entscheid mit diesem Vorschuss verrechnet (act. 7/9 u. act. 3 Dispositiv Ziffer 3). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also 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, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf

unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich aber ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als seine Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Der Schuldner ist als Inhaber der Einzelunternehmung "C._____" seit dem 17. Mai 2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist "Masseur und Kosmetiker mit Zertifikat" angegeben (act. 5). In seiner Beschwerde bringt der Schuldner vor, am 27. Januar 2020 dem Betreibungsamt Embrach Fr. 3'398.80 aufgrund des Zahlungsbefehls der "B._____" vom 10. Dezember 2019 bezahlt zu haben; auf Nachfrage sei ihm mitgeteilt worden, dass alles beglichen sei. Am 11. Mai 2019 habe er dann die Konkursöffnung wegen eines Zahlungsbefehls vom 10. September 2019 erhalten. Zur Betreuung sei es gekommen, da er im Herbst 2018 gesundheitliche Probleme gehabt habe. Er habe – da er da gerade in die Schweiz gekommen sei – "auf die schnelle" einen Krankenversicherungsvertrag abgeschlossen, ohne zu wissen, dass er vor einem Arztbesuch zuerst für eine Überweisung bei der Krankenkasse anrufen müsse. Aufgrund dessen sei er von der Krankenkasse mit hohen Kosten konfrontiert worden und mit den Zahlungen in Verzug geraten.

Über seine Einzelfirma arbeite er bei der 'D._____' als Masseur für verschiedene Hotels in Zürich, namentlich für das 'E._____', das 'F._____', die 'G._____'

etc. Aktuell beziehe er zudem Arbeitslosengeld und befinde sich im Anerkennungsverfahren als Physiotherapeut. Sobald er anerkannt werde, könne er als Physiotherapeut arbeiten (act. 12).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Der Schuldner reicht einen Betreibungsregisterauszug vom 18. Mai 2020 ein (act. 13/1). Der aktuelle Betreibungsregisterauszug weist keine Verlustscheine aus. Aufgeführt sind neun Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 7'530.35. Sieben der neun Betreibungen wurden bezahlt. Abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (Betreibung Nr. 1) ist heute noch eine Betreibung im Umfang von Fr. 660.– offen, bezüglich welcher Rechtsvorschlag erhoben wurde.

4.4.1 Der Schuldner begründet seine Betreibungen wie gezeigt damit, dass er aufgrund unerwartet hoher Arztkosten mit Zahlungen in Rückstand geraten sei, die Nichtzahlung der nun für die Konkurseröffnung ursächliche Forderungen sei auf ein Missverständnis zurückzuführen (vgl. E. 4.2 sowie act. 12, vgl. auch Beilagen act. 13/2; 13/3 [wobei die darin aufgeführte und beglichene Betreibung Nr. 2 offenbar aus dem Betreibungsregisterauszug gelöscht wurde]). Ansonsten unterlässt es der Schuldner aber weitgehend, sich zu seinen finanziellen Verhältnissen zu äussern. Weder reicht er dem Gericht eine (Zwischen-)Bilanz noch eine Erfolgsrechnung oder Steuerelemente ein, welche ein umfassendes Bild über die finanzielle Situation zulassen würden. Unter diesen Umständen ist es nicht möglich, gesamthaft die vorhandenen Aktiven und Passiven sowie einen allfälligen Gewinn oder Verlust der letzten Jahre zu beurteilen. Dies wäre für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit und des Geschäftsganges von immanenter Wichtigkeit. Folglich ist auch nichts bekannt bezüglich der laufenden Ausgaben im Zusammenhang mit der Einzelunternehmung.

4.4.2 Der Schuldner führt denn zu seinen persönlichen Fixkosten immerhin aus, zusammen mit seiner Tochter und seiner Freundin in einer 4.5-Zimmer-Wohnung zu wohnen. Seine monatlichen Fixkosten würden Fr. 2'410.– betragen (hälftige Miete Fr. 1'040.–, Krankenkasse Fr. 270.–, Autoleasing Fr. 560.–, Mobiltelefon

Fr. 100.– und sonstige Autokosten [Versicherung und Strassenverkehrsabgaben] rund Fr. 440.–). Dabei nicht berücksichtigt sind indes Kosten für Güter des alltäglichen Lebens, wie Nahrung, Kleidung etc. weshalb von tatsächlich höheren Fixkosten auszugehen ist.

Zu den Einkünften ergibt sich aus den eingereichten Unterlagen wenig. So ist aus einer eingereichten Abrechnung der Arbeitslosenkasse ersichtlich, dass der Schuldner für den Monat April 2019 eine Auszahlung von Fr. 1'660.15 erhielt, wobei ein Zwischenverdienst von Fr. 1'688.– berücksichtigt worden war (vgl. act. 13/8 bzw. 13/9), woraus sich ein monatliches Einkommen von rund Fr. 3'349.– ergibt. Die nun schon mehr als ein Jahr zurückliegenden Einkünfte – welche insbesondere noch vor Eintragung der Einzelunternehmung ins Handelsregister (17. Mai 2019) generiert worden waren – sind für die aktuelle Zahlungsfähigkeit nicht aussagekräftig. Ebenso wenig aussagekräftig für die Beurteilung der aktuellen Zahlungsfähigkeit ist die "Rechnung Dienstleistung D._____" für die Abrechnungsperiode vom 21. Mai 2019 bis 20. Juni 2019. Zwar ergibt sich daraus, dass der Schuldner in dieser Zeit Fr. 1'493.75 mit Massagen und kosmetischen Behandlungen verdient hat. Weder reicht dieser Betrag aber aus, seine monatlichen Fixkosten zu begleichen, noch lassen sich aus dieser Abrechnung Schlüsse in Bezug auf die aktuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ziehen. Ob und welche Einkünfte der Beschwerdeführer seit Juni 2019 erzielte, ist nicht bekannt.

4.4.3 Es bleibt damit insgesamt im Dunkeln, wie sich die aktuelle Geschäftslage des Schuldners darstellt und ob allenfalls Vermögen vorhanden ist. Eine Beurteilung der aktuellen Zahlungsfähigkeiten ist unter diesen Umständen nicht möglich, und es ist nicht erkennbar, woraus der Schuldner seine laufenden Fixkosten bestreitet bzw. inwieweit er dazu aus seiner Geschäftstätigkeit in der Lage oder allenfalls auf die Hilfe Dritter angewiesen ist. Auch zur künftigen Liquidität ist nichts bekannt. Zwar macht der Schuldner in diesem Zusammenhang geltend, sich um einen Anerkennung als Physiotherapeut zu bemühen und nach Anerkennung auch als solcher arbeiten zu wollen. Aus einer entsprechenden Beilage ergibt sich aber einzig (act. 13/12), dass ein "Anerkennungsgesuch" beim Schweizerischen Roten Kreuz eingereicht wurde und noch weitere Unterlagen nachzureichen sein

werden. Darüber, ob und in welchem Zeitraum tatsächlich mit einer Anerkennung zu rechnen ist und inwiefern sich dies auf die Geschäftslage des Schuldners auswirkt, kann nur spekuliert werden.

4.4.4 Damit behauptet und belegt der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nur ungenügend, weshalb diese nicht glaubhaft gemacht ist. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

5. Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **11. Juni 2020, 16.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Embrach wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 3'200.– dem Konkursamt Embrach zuhanden der Konkursmasse zu überweisen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 12, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Embrach, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Embrachertal, je gegen Empfangsschein.
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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
11. Juni 2020