

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210024-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 19. Februar 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG [Krankenversicherung],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 4. Februar 2021 (EK200452)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "C._____", welche gemäss Handelsregister folgenden Zweck aufweist: *"Kinderhort, Kinderkrippe, Tagesstätte, Mittagstisch, insbesondere Unterstützung und Betreuung von Kindern ab 3 Monate bis 12 Jahre"*. Die Einzelfirma hat ihren Sitz an der D._____-strasse ... in ... E.____ (act. 6). Der private Wohnsitz des Schuldners befindetet sich jedoch an der F.____-str. ... in ... G.____ bei H.____.
2. Mit Urteil vom 4. Februar 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 2'752.05 nebst Zins zu 5% seit 16. Juli 2020, Fr. 24.20 Leistungen KVG vom 13. Dezember 2019, Fr. 250.– Spesen, Fr. 63.70 Zins, Fr. 9.– Zustellkosten und Betreuungskosten von Fr. 146.60 den Konkurs über den Schuldner (act. 7 [= 3 = act. 8/6).
3. Mit Eingabe vom 8. Februar 2021 (Datum Poststempel) erhob der Schuldner Beschwerde gegen dieses Konkurserkennntnis und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 9. Februar 2021 wurde der Beschwerde des Beschwerdeführers einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 9). Am 15. Februar 2021 reichte der Schuldner innert noch laufender Beschwerdefrist (vgl. act. 8/7/2) eine Ergänzung der Beschwerde sowie weitere Unterlagen ein (act. 12 und 13/1-21). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

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. 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 Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner belegt, dass er die Forderung der Gläubigerin am 6. Februar 2021 inkl. Zinsen und Kosten bezahlt hat (act. 5/4). Im Weiteren hat Schuldner beim Konkursamt Höngg-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'800.– sichergestellt (act. 5/6). Zudem hat er den Kostenvorschuss für das vorliegende Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– am 8. Februar 2021 bereits an die Obergerichtskasse überwiesen (act. 5/7; act. 11). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt.

Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen 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 ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Aus dem vom Schuldner eingereichten Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes H._____ vom 5. Februar 2021 ergeben sich neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreuung (Nr. 1) 23 weitere Betreibungen, von denen jedoch in neun Fällen entweder nach Verwertung eine vollständige Befriedigung des Gläubigers resultierte oder die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. Von den restlichen 14 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 28'253.25) befinden sich sieben (Gesamtbetrag Fr. 8'908.55) noch im Einleitungsstadium, in fünf Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 15'848.05) läuft die Pfändung und in zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 3'496.65) wurde dem Schuldner bereits der Konkurs angedroht (act. 5/5).

Der Schuldner belegt, dass er seit der Konkursöffnung neben der Konkursforderung die Forderungen in sechs weiteren Betreibungen (Nrn. 2; 3; 4; 5 und 6) durch Bezahlung an den Gläubiger getilgt (act. 13/15-16 und 13/18) oder bei der Obergerichtskasse sichergestellt hat (Nr. 7; act. 13/17). Damit reduzieren sich die offenen Betreibungsforderungen um Fr. 5'133.75 auf Fr. 23'119.50. Ausserdem weist der Schuldner nach, dass er mit der Gläubigerin der Betreuung Nr. 8 (Gemeinde H._____) eine Zahlungsvereinbarung abgeschlossen hat, in welcher er sich verpflichtet hat, die geschuldete Summe von insgesamt

Fr. 7'132.75 in 11 monatlichen Raten à Fr. 600.– und einer Rate an Fr. 532.75 zu bezahlen (act. 13/19).

Schliesslich belegt der Schuldner, dass er von seinen Eltern einen Erbvorbezug von Fr. 16'000.– erhalten hat (act. 13/20-21), welcher es ihm nach eigenen Ausführungen ermögliche, neben der ratenweisen Abbezahlung der vorgenannten Schuld von Fr. 7'132.75 auch noch die verbleibenden Restschulden von rund Fr. 16'000.– zu tilgen (act. 12 S. 10 f., Rz. 22).

2.4 Zu seiner Zahlungsfähigkeit brachte der Schuldner sodann vor, er führe einerseits die als Einzelfirma organisierte Kinderkrippe "C. _____", welche erst Ende des Jahres 2019 ihren Betrieb aufgenommen habe. Aus der provisorischen Erfolgsrechnung für das Jahr 2020 resultiere für diese Einzelfirma ein Verlust von Fr. 65'885.66, welcher in unmittelbarem Zusammenhang mit der COVID 19 Pandemie stehe. So habe die Kinderkrippe wenige Monate nach dem Start verschiedene Einschränkungen hinnehmen müssen. Die Ungewissheit der Pandemie sowie des verhängten Lockdowns hätten grosse Auswirkungen auf das Einzelunternehmen gehabt. Wie dem Jahresbericht 2020 entnommen werden könne, sei die Anzahl an betreuten Kindern im Verlaufe des Jahres 2020 trotz aller Umstände gestiegen und es sei davon auszugehen, dass die Anzahl auch im Jahr 2021 weiter steigen werde, da Krippenplätze in der Schweiz rar seien. Aus dem Jahresbericht 2020 sei auch ersichtlich, dass die monatlichen Einnahmen jeweils von Monat zu Monat gestiegen seien, wobei die Rückgänge im Juli und Dezember dadurch zu erklären seien, dass die Eltern in diesen Monaten wegen Ferien und Festtagen freie Tage hätten und deshalb keine Kinderbetreuung benötigten (act. 12 S. 6, Rz. 10). Weiter könne der Kreditoren- und Debitorenliste vom 15. Februar 2021 entnommen werden, dass die Einzelunternehmung in Zukunft mehr Einnahmen als voraussichtliche Ausgaben haben werde. So stünden monatlichen Einnahmen in Form von gesicherten Elternbeiträgen von mindestens Fr. 19'781.20 Ausgaben von Fr. 18'626.35 gegenüber. Einzig im April 2021 sei voraussichtlich aufgrund einer einmaligen Ausgabe für Werbung für die Neukundenakquise mit höherer Ausgabe zu rechnen (act. 12 S. 7, Rz. 12). Ausserdem habe er beim Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) ein Gesuch um Finanzhilfen

für familienergänzende Kinderbetreuung gestellt, wobei die eingereichten Unterlagen vom BSV an den Kanton weitergeleitet worden seien und nunmehr dessen Stellungnahme abgewartet werde. Erst dann könne das BSV über sein Gesuch entscheiden, wobei bei Kindertagesstätten während zweier Jahre bis maximal Fr. 5'000.– pro Platz und Jahr ausgerichtet würden. Bei 80 Krippenplätzen ergebe dies ein Maximalbetrag von Fr. 400'000.–, welcher gewährt werden könne. Da seine Einzelunternehmung alle Voraussetzungen für die Finanzhilfen erfülle, sei er beitragsberechtigt und es sei davon auszugehen, dass seinem Betrieb bald finanziell unter die Arme gegriffen werde (act. 12 S. 7, Rz. 13).

Andererseits – so die weiteren Ausführungen des Schuldners zu seinen finanziellen Verhältnissen – arbeite er persönlich seit dem 8. Februar 2021 Vollzeit für die Firma I._____ GmbH, bei welcher er auch Gesellschafter sei, als Geschäftsführer und erziele dabei einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 6'000.– (act. 12 S. 5, Rz. 8). Seine Wohnung koste monatlich Fr. 2'635.– (act. 12 S. 4, Rz. 6). Er besitze bei der UBS zwei persönliche Konten, nämlich ein Privatkonto und ein Fiscakonto. Dem detaillierten Kontoauszug seines Privatkontos vom 1. August 2019 bis 7. Februar 2021 könne entnommen werden, dass regelmässige Gutschriften sowie Zahlungen betreffend die laufenden Verbindlichkeiten erfolgen würden, wobei der Kontostand per 7. Februar 2021 Fr. 3'674.88 betragen habe. Auf dem Fiscakonto habe per 7. Februar 2021 ein Kontosaldo von Fr. 7'256.45 bestanden (act. 12 S. 5. Rz. 9; act. 13/6-7).

2.5 Im Ergebnis ist aufgrund der Ausführungen des Schuldner dessen Zahlungsfähigkeit glaubhaft. So ist belegt, dass der Schuldner alle noch offenen Betreuungsforderungen bis auf diejenige des Steueramtes H._____, für welche er eine Ratenzahlung abgeschlossen hat, zeitnah durch die ihm von seinen Eltern mittels Erbvorbezug zur Verfügung gestellten Mittel wird begleichen können. Sodann sind die vom Schuldner geschilderten Startschwierigkeiten der von ihm als Einzelunternehmung betriebenen Kinderkrippe "C._____" vor dem Hintergrund der COVID 19 Pandemie ebenso glaubhaft, wie seine Darlegungen, dass sich die Einzelunternehmung auf einem guten Weg befinde. So ergibt sich aus dem vom Schuldner eingereichten Jahresbericht 2020, dass – wie vom Schuldner ausgeführt – die

Zahl der betreuten Kinder im Laufe des Jahres 2020 stetig zunahm und damit verbunden auch die Einnahmen stetig anstiegen (act. 13/11 S. 7 f.). Zudem ist belegt, dass der Schuldner als Geschäftsführer der Firma I. _____ GmbH ein monatliches Einkommen von Fr. 6'000.– (davon Fr. 500.– Pauschalspesen) erzielt (act. 13/4), welches es ihm ermöglicht, seine finanziellen Risiken in der Startphase der von ihm gegründeten Kinderkrippe etwas zu reduzieren. Insgesamt ist deshalb glaubhaft, dass es dem Schuldner möglich sein wird, neben der Bezahlung seiner laufenden Kosten auch die Raten der zwischen ihm und dem Steueramt H. _____ geschlossenen Zahlungsvereinbarung zu bezahlen. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 4. Februar 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 3'056.95 zur Tilgung der Betreuung Nr. 7 der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.– (Fr. 1'800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel der act. 2 und 12,
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und
 - das Konkursamt Höngg-Zürich,ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau und an das Betreibungsamt H._____, je gegen Empfangsschein.
6. 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:

19. Februar 2021