

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

## Urteil vom 24. März 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **[Versicherung]**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. Februar 2021 (EK210026)

### **Erwägungen:**

1.1. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem tt.mm.2019 im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragenen Einzelunternehmens "Pizzeria C.\_\_\_\_\_" (act. 6). Mit Urteil vom 15. Februar 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 820.20 nebst Zins zu 5 % seit 19. Oktober 2019, Nebenforderungen von CHF 112.20 und Betreuungskosten von CHF 121.60, total CHF 1'108.50 (act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 26. Februar 2021 Beschwerde bei der Kammer. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Noch während laufender Beschwerdefrist ergänzte der Schuldner mit Eingabe vom 4. März 2021 seine Beschwerdeschrift (act. 12). Mit Verfügung vom 5. März 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss zu leisten (act. 14). Der Schuldner hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens rechtzeitig sichergestellt (act. 16). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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 hindernde Gründe (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.

3.1. Der Schuldner hat mit Einzahlung vom 1. März 2021 für die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten einen Betrag von CHF 1'109.60 (somit CHF 1.10 zu viel) beim Obergericht hinterlegt (act. 11). Weiter hat er gleichentags die Kosten des Konkursgerichts und des

Konkursverfahrens sichergestellt (act. 5/15-16). Damit hat der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass er den geschuldeten Betrag zuhanden der Gläubigerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinterlegt hat.

3.2.1. Folglich bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. 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. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass insgesamt glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur. 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 den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (vgl. OGer ZH PS180150 vom 14. September 2018 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. 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 (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A\_115/2012

vom 20. April 2012 E. 3; BGer 5A\_118/2012 vom 20. April 2012 E. 3.1; BGer 5A\_328/2011 vom 11. August 2011 E. 2).

3.2.2. Der Konkurs wurde über den Schuldner als Einzelunternehmer und damit als natürliche Person eröffnet, die für alle Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen haftet. Eine Trennung zwischen geschäftlichen Schulden bzw. Guthaben und solchen des persönlichen Bedarfs gibt es daher nicht, weshalb die Prüfung der Zahlungsfähigkeit auch die Lebenshaltungskosten des Schuldners mitberücksichtigen muss.

3.2.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegen zwei Auszüge der Betreibungsämter Buchs und Rapperswil (act. 5/4-5). Daraus ergeben sich elf Beteiligungen, die zwischen dem 28. April 2020 und dem 12. Februar 2021 eingeleitet und wovon vier durch Bezahlung erledigt wurden. Abzüglich der Konkursforderung der Gläubigerin sind noch Beteiligungen in gesamthafter Höhe von rund CHF 6'440.– offen, wobei der Schuldner glaubhaft darlegt, dass die in Beteiligung gesetzten Forderungen der D. \_\_\_\_\_ GmbH und der E. \_\_\_\_\_ AG um gesamthaft CHF 217.25 reduziert wurden (von CHF 562.35 auf CHF 450.– sowie von 404.90 auf CHF 300.–, act. 5/10 und 13/19). Die eingereichte Quittung des Betreibungsamtes Rapperswil vom 22. Februar 2021 über CHF 465.35 bestätigt, dass der Schuldner nach wie vor Zahlungen zur Begleichung seiner Altlasten tätigt (act. 5/12). Aktuell ist entsprechend von noch offenen, in Beteiligung gesetzten Forderungen in Höhe von rund CHF 5'760.– auszugehen. Die neue Beteiligung der F. \_\_\_\_\_ AG bestreitet der Schuldner (act. 13/18). Da keine Anzeichen vorhanden sind, dass er systematisch gegen jede Beteiligung Rechtsvorschlag erhebt, ist die fragliche Forderung in der vorliegenden Berechnung nicht zu berücksichtigen.

Darüber hinaus bestehen offenbar fünf Pfändungsverlustscheine aus Beteiligungsverfahren an früheren Wohnsitzen des Schuldners in Höhe von rund CHF 4'000.– (vgl. act. 5/7 S. 7). Unsicherheit besteht hinsichtlich weiterer Forderungen der Gläubigerin in Höhe von knapp CHF 3'460.–, wobei insbesondere ungeklärt blieb, ob die Forderung über CHF 956.65, über die ein Verlustschein be-

stehen soll, im vorstehenden Betrag über CHF 4'000.– bereits enthalten ist (act. 5/7 S. 14).

3.2.4. Der Schuldner konnte aufgrund der eingereichten Belege glaubhaft machen, dass er von der Plattform G.\_\_\_\_.ch Zahlungseingänge von rund CHF 8'000.– für Essenslieferungen im Januar und Februar 2021 erwarten kann (nach Abzug der Kommission in Höhe von 16 %, act. 5/13). Hervorzuheben ist, dass diesem Zahlungseingang kein Aufwand (mehr) gegenübersteht, da der Schuldner die Mietzinse für das Geschäftslokal – mit CHF 3'600.– monatlich die grösste Aufwandposition – für Januar und Februar 2021 bezahlt hat und es glaubhaft ist, dass er die Lebensmittel direkt bei Bezug bezahlen muss (act. 5/11 und act. 5/7 S. 13 oben). Darüber hinaus kann zum jetzigen Zeitpunkt zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass der Schuldner eine Härtefall-Entschädigung des Kantons Aargau über CHF 10'000.– erhalten wird (vgl. act. 5/7 S. 13 und act. 5/9). Neben diesen Guthaben bleibt zu prüfen, ob der Schuldner genügend Einkommen generiert, um seinen laufenden Aufwand zu decken.

3.2.5. In Bezug auf die Einkünfte des Schuldners lässt sich den vorgelegten Jahresabschlüssen 2019 und 2020 wenig entnehmen (act. 5/6). Daraus geht lediglich hervor, dass der Schuldner im Jahr 2020 gesamthaft einen Vorsteuergewinn von nur CHF 2'718.91 erwirtschaftete. Aufgrund der Pandemie und deren notorischen Auswirkungen auf den Gastronomiebereich ist diese Kennzahl allerdings wenig aussagekräftig. Der Schuldner erhielt für das Jahr 2020 nur einen vergleichsweise kleinen Unterstützungsbeitrag von CHF 3'000.– (vgl. act. 5/7 S. 13 und letzte Seite). Im Jahr 2019 erwirtschaftete der Schuldner innert knapp vier Monaten seit der Eröffnung des Restaurationsbetriebs einen Vorsteuergewinn von rund CHF 12'000.– (act. 5/6), was nicht viel ist. Gerade in der Anfangsphase eines Unternehmens kann jedoch nicht mit grossen Gewinnen gerechnet werden. Immerhin scheint der Start des Unternehmens damals einigermaßen geglückt zu sein.

Aus den Abrechnungen für die Monate Januar und Februar 2021 kann geschlossen werden, dass der Schuldner mit seinem Einzelunternehmen – trotz pandemiebedingter Schliessung des Restaurants – im Januar einen Umsatz von

CHF 8'139.– und im Februar CHF 7'053.65 erwirtschaftete (wobei der Monat Februar nicht vollständig abgerechnet wurde, was sich bereits daraus ergibt, dass die Abrechnung bereits am 26. Februar 2021 eingereicht wurde, act. 5/13). Ausgehend von einem geschätzten Umsatz von monatlich rund CHF 8'000.– abzüglich der Vermittlungspauschale von 16 % und den Mietkosten für das Geschäftslokal von CHF 3'600.– verbleibt ein Betrag von rund CHF 3'000.– monatlich. Neben den weiteren Geschäftskosten (bspw. Lebensmitteleinkauf, allfällige Arbeitnehmer, etc.) hat der Schuldner mit diesem Betrag wie dargelegt auch seine Lebenshaltungskosten zu bestreiten (s. dazu E. 3.2.2.), was äusserst knapp sein dürfte. Zu seinen Gunsten ist zwar davon auszugehen, dass die privaten Auslagen tief sind, zumal bereits seine Wohnkosten als regelmässig grösste Aufwandposition mit CHF 1'150.– inkl. Nebenkosten gering sind (act. 5/7 S. 9); dennoch wird der Schuldner mit den erwarteten Zahlungseingängen zumindest teilweise auch seinen laufenden, persönlichen Bedarf decken müssen. Es darf jedoch davon ausgegangen werden, dass der Umsatz steigen wird, sobald die behördlichen Pandemie-Massnahmen gelockert werden und dadurch der Terrassen- oder gar der gesamte Restaurationsbetrieb des Schuldners wieder möglich sein wird. Entsprechend sollte er seinen laufenden Bedarf aus dem Umsatz seines Einzelunternehmens decken können. Zum jetzigen Zeitpunkt kann folglich nicht von einer unabsehbaren Illiquidität gesprochen werden.

3.2.6. Durch die zu erwartenden Zahlungseingänge und die andauernde Geschäftstätigkeit erscheint es glaubhaft, dass der Schuldner seine Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen können und er seinen aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. Weiter konnte er glaubhaft darlegen, dass die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten hauptsächlich dem pandemiebedingten Umsatzeinbruch im Jahr 2020 geschuldet sind, für welche er bislang lediglich eine geringe staatliche Unterstützung erhalten hat. In diesem Zusammenhang ist dem Schuldner zugutezuhalten, dass er trotz des Umsatzeinbruchs bestrebt war, seine Schulden zu begleichen, und zugunsten der Gläubiger regelmässig Zahlungen ans Betreibungsamt Rapperswil leistete (act. 5/8). Der Schuldner erscheint nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid, weswegen seine Zahlungsschwierigkeiten als nur vorübergehend zu erachten sind. Seine wirtschaftliche Überlebensfähigkeit

scheint gegeben, auch wenn durchaus Zweifel bestehen. Die Zahlungsfähigkeit ist damit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Der Schuldner ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Falle einer neuerlichen Konkursöffnung an das Glaubhaftmachen seiner Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären und er insbesondere seine vollständige Finanzlage darlegen und sich auch zu den früheren Betreibungen äussern müsste.

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen, und das angefochtene Urteil ist aufzuheben. Das Konkursbegehren ist abzuweisen.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 15. Februar 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von CHF 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Wetzikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 4'300.– (CHF 2'800.– Zahlung des Schuldners sowie CHF 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin CHF 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von CHF 1'109.60 der Gläubigerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wetzikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau und an das Betreibungsamt Hinwil, 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. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am:  
25. März 2021