

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210197-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Ersatzrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 23. November 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **Krankenversicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 26. Oktober 2021 (EK210374)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 26. Oktober 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'221.15 nebst 5% Zins seit 12. Januar 2021 in der Höhe von Fr. 48.– sowie Fr. 125.– Gläubigerkosten und Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/6).

1.2 Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 3. November 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 8/7). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/2–7). Mit Verfügung vom 4. November 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). 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 weist mittels Zahlungsbeleg nach, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten, mithin total Fr. 1'540.75, am 3. November 2021 innert Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 4/2). Weiter belegt der Schuldner mittels Bestätigung des Konkursamtes Dübendorf, bei diesem die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt zu haben (act. 6). Zudem hat der Schuldner bei der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens

rens hinterlegt (act. 4/4). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715, E. 3.1.; BGE 132 III 140, E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012, 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 (statt vieler: OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer, als wenn der Schuldner innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018, E. 2.3.).

4.2 Der Schuldner ist als Inhaber der Einzelunternehmung "A._____ Gartenbau" seit dem 10. Februar 2017 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist "Landschaftsgärtner, Unterhalt und Gartenumänderungen" angegeben (act. 5). Der Schuldner bringt vor, es liege ein finanzieller Engpass vor, da er die letzten Monate die erledigten Aufträge nicht in Rechnung gestellt habe. Er werde sich inskünftig darum bemühen, die Aufträge gleich abzurechnen und da-

mit genügend liquide Mittel zur Verfügung zu haben, um die Kreditoren gleich bezahlen zu können (act. 2 S. 2).

4.3.1 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 29. Oktober 2021 ein (act. 4/5). Der aktuelle Betreibungsregisterauszug weist keine Verlustscheine aus, aber insgesamt 25 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 34'534.25, welche sich über den Zeitraum von rund eineinhalb Jahren angesammelt haben. Dies zeigt, dass der Schuldner allenfalls schon länger über Zahlungsschwierigkeiten, zumindest aber über eine schlechte Zahlungsmoral verfügt. 18 der in Beteiligung gesetzten Forderungen wurden bezahlt oder sind erloschen. Abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (Beteiligung Nr. 1) sind heute damit noch sechs Beteiligungen im Umfang von total Fr. 15'428.– offen. Diese haben sich im Laufe von fünf Monaten angesammelt. Forderungen im Umfang von total Fr. 14'948.80 befinden sich im Anfangsstadium der Beteiligung (Zahlungsbefehl). Für eine Forderung von Fr. 479.20 erging eine Konkursandrohung.

4.3.2 Der Schuldner äussert sich zu den einzelnen offenen Beteiligungen nicht konkret und macht auch nicht geltend, diese allenfalls schon bezahlt zu haben bzw. den Bestand der Forderungen zu bestreiten. Vielmehr anerkennt er, die im Beteiligungsregister aufgeführten Forderungen noch nicht beglichen zu haben und diese zu begleichen, sobald er wieder über sein Geschäftskonto verfügen könne (act. 2 S. 2). Damit bleibt es bei den offenen Beteiligungen gemäss dem Beteiligungsregisterauszug von Fr. 15'428.–.

4.4.1 Wie gezeigt, macht der Schuldner geltend, aufgrund vernachlässigter Rechnungsstellung in einen Liquiditätsengpass gekommen zu sein. Ansonsten sind die Angaben zu den finanziellen Verhältnissen des Schuldners insgesamt sehr knapp. Er reicht lediglich zwei Kontoauszüge – einmal von einem Privat- und einmal von seinem Firmenkonto – über den sehr kurzen Zeitraum von drei Tagen (1.–3. November 2021) ein (act. 4/5 u. 4/6), sowie eine von ihm erstellte Debitorenliste samt den an die Debitoren ergangenen Rechnungen (act. 4/7). Weder reicht er dem Gericht aber eine (Zwischen-)Bilanz noch Erfolgsrechnungen oder

Steuerdokumente 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. Folglich ist auch nichts bekannt bezüglich der laufenden Ausgaben der Einzelunternehmung, namentlich ob und in welcher Höhe diese Löhne und weitere Fixkosten zu bezahlen hat. Ebenso fehlt es an Angaben, über welchen Betrag der Schuldner monatlich für seine Lebenshaltungskosten bedarf. Nichts bekannt ist auch bezüglich der vergangenen, aktuellen und künftigen Auftragslage des Schuldners. Weder legt er dar, wie viele Aufträge er monatlich oder jährlich bewältigt bzw. bewältigen könnte, noch wie er sich allenfalls um weitere Aufträge bemüht, mithin wie sich die Auftragslage allgemein darstellt. All dies wäre für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit und des Geschäftsganges wichtig.

4.4.2 Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich immerhin Folgendes: Gemäss den eingereichten Kontoauszügen verfügt der Schuldner auf seinem Privatkonto per 3. November 2021 über einen positiven Saldo von rund Fr. 6'000.– (act. 4/2), auf seinem Firmenkonto über einen solchen von rund Fr. 27'000.– (act. 4/6). Damit verfügt der Schuldner über sofort verfügbare flüssige Mittel von Fr. 33'000.–. Weiter reicht der Schuldner eine Liste mit Debitoren und die dazugehörigen Rechnungen für den Zeitraum vom 26. Oktober bis 3. November 2021 ein (act. 4/7). Gemäss der Liste stehen dem Schuldner offene Debitoren von Fr. 25'332.70 zu, was aufgrund der beigelegten Rechnungen als glaubhaft erscheint, indes zu bedenken ist, dass noch ein Delkredererisiko besteht, welches hier aber der Einfachheit halber ausser Acht zu lassen ist. Der Schuldner führt sodann aus, per 3. November 2021 über Ansprüche aus angefangenen Arbeiten im Umfang von Fr. 10'000.– zu verfügen (act. 2 S. 2 u. act. 4/7). Da dies nur pauschal behauptet und nicht belegt wird, ist dieser Betrag hier nicht im Rahmen der Aktiven zu berücksichtigen. Einstweilen ist damit von kurz- und mittelfristig verfügbaren Aktiven von rund Fr. 58'300.– (Bankguthaben und Debitoren) auszugehen.

4.4.4 Diese Aktiven stehen offenen Betreibungsforderungen von wie gezeigt Fr. 15'428.– gegenüber. Weitere Angaben oder Unterlagen, aus welchen sich gegen den Schuldner bestehende Forderungen entnehmen liessen – zu denken wäre insbesondere an eine Kreditorenliste –, reicht der Schuldner nicht ein. Dies wirft Fragen auf, insbesondere da nicht plausibel ist, dass der Schuldner abgesehen von den in Betreibung gesetzten Forderungen über keine weiteren Schulden verfügt. Ein umfassendes Bild über die Passiven und damit über die finanzielle Gesamtsituation lässt sich damit nicht machen.

4.5 Im Rahmen einer Gesamtwürdigung wirkt sich dies negativ aus. Der Schuldner zeichnet aufgrund der knappen Unterlagen nur ein dürftiges Bild seiner finanziellen Situation und es fehlt gänzlich an konkreten Angaben zum Geschäftsgang seiner Einzelunternehmung. Die Prognose zu stellen, dass es sich um einen vorübergehenden Liquiditätsengpass handelt und wie sich der Geschäftsgang insgesamt darstellt und entwickelt, ist schwierig resp. unmöglich. Einen schalen Nachgeschmack hinterlässt sodann der Betreibungsregisterauszug: Neben dem, dass der Schuldner schon über einen Zeitraum von eineinhalb Jahren Betreibungen anhäuft, scheint es zudem, dass der Schuldner sich regelmässig für öffentlich-rechtlich geschuldete Zahlungen und insbesondere für Forderungen der Sozialversicherungsanstalt Zürich, systematisch bzw. regelmässig betreiben liess, unter anderem vielleicht auch deshalb, weil ihm bekannt ist, dass öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht der Konkursbetreibung unterliegen, ihm aus derartigen Forderungen somit keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht. Dies spricht nicht für eine positive Zahlungsbereitschaft des Schuldners und ist negativ zu werten (dazu KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 14).

Entscheidend ist hier allerdings, wie viele betreibungsrechtliche Forderungen aktuell noch offen sind und wie liquid der Schuldner heute ist. Diesbezüglich ist auf das oben Dargetane zu verweisen. So übersteigen zur Zeit die Aktiven des Schuldners die (bekannten) Passiven deutlich um den Betrag von rund Fr. 43'000.–. Es ist davon auszugehen, dass der Schuldner damit seine dringenden und unmittelbar fälligen Forderungen sofort und auch noch nicht fällige

Forderungen mittelfristig wird begleichen können. Dass zudem die Auftragslage des Schuldners als intakt angesehen werden kann, zeigen die von ihm eingereichten Unterlagen zu den Debitoren, und es ist zumindest im Sinne einer wohlwollenden Prüfung einstweilen davon auszugehen, dass dies weiterhin so sein wird – auch wenn der Schuldner es unterlassen hat, sich diesbezüglich konkret zu äussern.

4.6. Gesamthaft betrachtet ist die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Schuldners nicht von vornherein auszuschliessen. Es darf angenommen werden, dass er sowohl seine bestehenden als auch die künftig entstehenden Verbindlichkeiten mit den laufenden Einnahmen und dem vorhandenen Guthaben decken können; damit scheint seine Zahlungsfähigkeit jedenfalls heute bei grosszügiger Betrachtung wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Indes ist der Schuldner darauf hinzuweisen, dass es sich – insbesondere mit Blick auf die sehr dürftigen Unterlagen – um einen knappen Grenzfall handelt, und gerade im Hinblick darauf, dass es sich um die erste Konkursöffnung handelte, die Sachlage eher grosszügig beurteilt wird. Im Falle einer neuerlichen Konkursöffnung wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen. Es bleibt zu hoffen, dass die nun erfolgte Konkursöffnung eine nachhaltige Warnwirkung auf den Schuldner hat und dieser es in Zukunft gar nicht mehr erst bis zum Stadium der Betreibung kommen lässt.

5. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

6. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Oktober 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. 450.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für die Forderungen hinterlegten Betrag von Fr. 1'540.75 der Gläubigerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'750.– (Fr. 1'200.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, sowie an die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dübendorf, 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 Nachlassgerichts 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: