

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220083-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 27. Juni 2022

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.____.;

gegen

B.____ & Co. AG, **C.**____ [Ortschaft],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 2. Mai 2022 (EK220114)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster (fortan Vorinstanz) vom 2. Mai 2022 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 5'643.85, Gläubigerkosten von Fr. 375.– und Betreuungskosten von Fr. 169.60 (abzüglich Teilzahlungen von Fr. 89.15; total offen: Fr. 6'099.30) der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/7; nachfolgend zitiert als act. 6). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 10. Mai 2022 (Datum Poststempel) innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist Beschwerde bei der Kammer, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2; act. 5/3–16; act. 7/8; Art. 174 Abs. 1 SchKG). Mit Verfügung vom 11. Mai 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldner darauf hingewiesen, dass bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 13. Mai 2022 die Beschwerde noch ergänzt sowie (nebst den bereits eingereichten) weitere sachdienliche Unterlagen zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nachgereicht werden könnten (act. 10). Nachdem der Schuldner mit Eingabe vom 13. Mai 2022 innert Frist seine Beschwerde ergänzt und weitere Unterlagen zu seiner Zahlungsfähigkeit eingereicht hat (act. 14; act. 15/17–34) und die vorinstanzlichen Akten (act. 7/1–9) beigezogen worden sind, erweist sich die Sache als 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Sicherstellung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts (wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet) gehört (jedenfalls soweit der Schuldner diese Kosten durch Säumnis veranlasst hat) ebenfalls zur Schuldtilgung (Art. 172 Ziff. 3 SchKG; Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 172 N 3, Art. 174 N 10). Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-

hindernden Tatsachen innert dieser Frist 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 hat am 25. April 2022 (also noch vor der Konkursöffnung vom 2. Mai 2022) Fr. 250.– zugunsten der Vorinstanz zur Deckung ihrer Entscheidunggebühren im Falle einer Abweisung des Konkursbegehrens einbezahlt (act. 3 und 6). Die Vorinstanz überwies diesen Betrag an das Konkursamt Uster (act. 6). Sodann hat der Schuldner am 10. Mai 2022 die Konkursforderung inklusive Gläubiger- und Betreuungskosten (total Fr. 6099.30) plus noch einen zusätzlichen Betrag von Fr. 1'150.– (also insgesamt Fr. 7'249.30) bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 5/13). Zudem weist er mittels einer Bestätigung des Konkursamts Uster vom 6. Mai 2022 nach, dass er diesem am 6. Mai 2022 einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet hat, welcher gemäss der Bestätigung des Konkursamts ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts für den Fall der Gewährung der aufschiebenden Wirkung oder der Aufhebung des Konkurses zu decken (act. 5/15; act. 8). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach. Da die Tilgung bzw. Hinterlegung, abgesehen von den erwähnten Fr. 250.–, erst nach der Konkursöffnung erfolgt ist, hat der Schuldner darüber hinaus seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Im Weiteren hat der Schuldner bei der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinterlegt (act. 4/2).

4. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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. Der Schuldner

muss die Zahlungsfähigkeit jedoch nicht strikt beweisen, sondern gemäss der Bestimmung von Art. 174 Abs. 2 SchKG nur glaubhaft machen. Glaubhaft gemacht ist dabei eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3).

5.

5.1. Der Schuldner ist seit dem tt.mm.2019 als Inhaber der Einzelfirma "D._____, Inh. A._____" im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Firma bezweckt das Ausführen sämtlicher Arbeiten im Zusammenhang mit Garten- und Landschaftsbau sowie Aus- und Umbau von Liegenschaften (act. 9/1). Der aktuelle Betreibungsregisterauszug des Schuldners vom 4. Mai 2022 (act. 5/5) weist 15 Betreibungen mit einem Forderungstotal von Fr. 30'923.55 (ohne Betreibungskosten und Zinsen) auf. Hiervon hat der Schuldner 14 Forderungen bereits getilgt (act. 5/5; act. 5/9) und bezüglich der Betreibung, die zur Konkureröffnung geführt hat, den Forderungsbetrag bei der Kasse des Obergerichts hinterlegt. Damit bestehen derzeit, abgesehen von der letzteren, keine offenen Betreibungen.

5.2. Zu prüfen bleibt, ob der Schuldner aktuell sowie in absehbarer Zukunft ausreichend Einnahmen generiert bzw. voraussichtlich generieren wird, um allfällige weitere, (noch) nicht in Betreibung gesetzte Forderungen sowie die laufenden Verbindlichkeiten tilgen zu können, zumal sein Geschäftskonto per Ende März 2021 (neuester eingereichter Kontoauszug) nur einen Saldo von Fr. 4 '229.60 aufwies (act. 15/31). Der Schuldner reichte folgende, seinen Kunden unterbreitete bzw. ausgestellte Offerten und Rechnungen ein:

- 6 Rechnungen (verschiedene Kunden) mit Ausstellungsdaten 23. März bis 28. April 2022 und einem Rechnungstotal von Fr. 14'637.85 (vom Schuldner als bezahlt bezeichnet; act. 2 Rz 24; act. 5/10)
- 4 Rechnungen (verschiedene Kunden) mit Ausstellungsdaten 1. März bis 1. Mai 2022 und einem Rechnungstotal von Fr. 17'689.70 (vom Schuldner als offen bezeichnet; act. 2 Rz 25; act. 5/11)

- 6 Offerten (verschiedene Kunden) mit Ausstellungsdaten 30. März bis 6. Mai 2022 und einem Totalbetrag von Fr. 39'598.20 (vom Schuldner als angenommen bezeichnet; act. 2 Rz 26; act. 5/12)
- 5 Offerten (derselbe Kunde) mit Ausstellungsdaten 2. November 2021 bis 10. März 2022 und einem Totalbetrag von Fr. 122'514.70 (mit der Angabe des Schuldners, dass der Kunde Aufträge in der Grössenordnung von Fr. 100'000.– von ihm habe ausführen lassen; act. 14 Rz 3; act. 15/20)
- 3 Offerten (derselbe Kunde) mit Ausstellungsdaten 6. bis 27. Februar 2022 und einem Totalbetrag von Fr. 7'754.25 (mit der Angabe des Schuldners, dass der Kunde diverse Offerten von ihm habe erstellen lassen, diese akzeptiert habe und die entsprechenden Arbeiten habe ausführen lassen; act. 14 Rz 3; act. 15/21)
- 5 Rechnungen (verschiedene Kunden) mit Ausstellungsdaten 6. April bis 11. Mai 2022 und einem Rechnungstotal von Fr. 17'983.70 (vom Schuldner als offen bezeichnet; act. 14 Rz 5; act. 15/23)
- Eine Offerte vom 6. Mai 2022 über Fr. 15'168.50 und die dazugehörige Rechnung vom 11. Mai 2022 bezüglich einer Anzahlung von Fr. 9'101.10 (act. 14 Rz 6; act. 15/24)
- 11 Offerten mit Ausstellungsdaten 10. Oktober 2021 bis 28. April 2022 und einem Totalbetrag von Fr. 498'014.05 (mit der Angabe des Schuldners, dass diese von den Kunden teilweise bereits bestätigt und die Arbeiten zum Teil schon begonnen oder schon ausgeführt worden seien; act. 14 Rz 7; act. 15/25)

5.3. Einige Offerten und Rechnungen wurden doppelt bzw. mehrfach eingereicht und einzelne Rechnungen stehen mit den erwähnten Offerten im Zusammenhang, sodass zur Bestimmung der (erwarteten) Einnahmen die aufgeführten Beträge nur schon deshalb nicht einfach aufaddiert werden können. Zudem ist auch nicht klar, welche der eingereichten Offerten effektiv angenommen wurden. Es

scheint auch so, als ob nicht sämtliche Offerten und Rechnungen der letzten Zeit überhaupt eingereicht wurden (vgl. act. 2 Rz 23). Die Angabe des Schuldners, im Geschäftsjahr 2022 (Januar bis 11. Mai 2022) bisher einen Umsatz von Fr. 79'208.30 erwirtschaftet zu haben (act. 2 Rz 13; act. 15/33), lässt sich deshalb nicht genau überprüfen. Immerhin geht aus den für die Monate Januar bis Februar 2022 auszugsweise eingereichten Kontoauszügen des Schuldners hervor, dass in dieser Zeitspanne Beträge von total Fr. 70'656.60 einbezahlt wurden (act. 15/29–31). Hierbei handelt es sich wohl hauptsächlich um Kundengelder. Insgesamt lassen die eingereichten Offerten und Rechnungen sowie die weiteren Unterlagen den Schluss zu, dass der Schuldner ein funktionierendes, mit regelmässigen Aufträgen und Einnahmen ausgestattetes Unternehmen betreibt. Aus den Akten geht hervor, dass der Schuldner anfangs Jahr sogar einen Auftrag wegen zu viel Arbeit ablehnen musste (act. 15/20). Im weiteren gibt der Schuldner an, neben seiner Tätigkeit als Gärtner auch noch als Hauswart für drei verschiedene Gebäude zuständig zu sein (act. 15/26).

5.4. Bezüglich der aktuellen Verbindlichkeiten des Schuldners ist nicht viel bekannt. Aus der provisorischen Geschäftsbilanz 2020 geht neben kurzfristigem Fremdkapital von Fr. 7'000.– in Form von passiven Rechnungsabgrenzungen langfristiges Fremdkapital von Fr. 16'000.– in Form eines Darlehens hervor (act. 15/32). Ob dieses Darlehen immer noch besteht, ist nicht bekannt, zumal neuere Geschäftszahlen, insbesondere in Form einer aktuellen Zwischenbilanz, nicht existieren (act. 2 Rz 11 ff.). Jedenfalls erscheint das Darlehen aber nicht derart hoch, als dass es unrealistisch erschiene, dass der Schuldner es mit seinen regelmässig anfallenden Einnahmen nicht innert absehbarer Zeit zurückbezahlen könnte. Der Schuldner gibt sodann an, die geschäftlichen Fahrzeuge (zwei Lieferwagen, einen Anhänger und einen Minibagger) sowie fünf verschiedene Tischfräsen stünden in seinem Eigentum. Diese sind also nicht geleast oder gemietet und verursachen damit bloss gewisse Unterhaltskosten (act. 14 Rz 8; act. 15/26). Darüber hinaus hat der Schuldner diesen Frühling zwei Autoabstellplätze sowie ein kleines Büro für administrative Aufgaben gemietet. Die Gesamtkosten hierfür belaufen sich auch Fr. 611.55 (act. 14 Rz 8; act. 15/27–28). Weitere laufende Verbindlichkeiten wurden nicht aufgeführt, obwohl der Schuldner wohl

auch regelmässig Material erwerben muss, das er sodann bei seinen Kunden verbaut, oder etwa auch Steuern und Sozialabgaben anfallen. Einige Materialbezüge gehen immerhin aus den eingereichten Kontoauszügen hervor (act. 15/29–31). Sodann ist auch nicht bekannt, wie es sich mit den privaten Verbindlichkeiten des Schuldners verhält, für die er ebenfalls der Konkursbetreibung unterliegt (persönlicher bzw. familiärer monatlicher Bedarf [Wohnkosten, Krankenkasse etc.] sowie private Schulden wie z.B. Kredite).

5.5. Immerhin hat der Schuldner aber praktisch keine offenen Betreibungen mehr bzw. für die einzige Betreibung, die noch offen ist und zum vorliegenden Konkurs geführt hatte, hat er den Forderungsbetrag bei der Kasse des Obergericht hinterlegt (anders als die Geschäftsbilanz bildet der Betreibungsregisterauszug sowohl die geschäftlichen wie auch privaten Forderungen ab). Sodann führt der Schuldner ein gut laufendes, ausgelastetes Unternehmen, welches regelmässig Einnahmen generiert. Zudem ist er noch als Hauswart tätig. Die laufenden geschäftlichen Verbindlichkeiten scheinen sodann nicht stark ins Gewicht zu fallen und langfristige geschäftliche Schulden (abgesehen vom erwähnten, nicht sehr hohen Darlehen) nicht zu bestehen. Unter diesen Voraussetzungen darf es trotz der nur bruchstückhaften Dokumentation der aktuellen sowie zu erwartenden finanziellen Situation als gerade noch knapp glaubhaft erachtet werden, dass der Schuldner zahlungsfähig bzw. dazu in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen sowie in absehbarer Zukunft auch allfällige weitere Schulden abzutragen.

6. Die Beschwerde des Schuldners ist folglich gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 2. Mai 2022 ist aufzuheben und das Konkursbegehren der Gläubigerin abzuweisen.

7. Sollte der Schuldner in näherer Zukunft nochmals in Konkurs fallen, muss er damit rechnen, dass dann ein weniger milder Massstab angewendet würde als im vorliegenden Verfahren, zumal es nicht Aufgabe des Gerichts ist, sich aus einem Stapel von Rechnungen, Offerten, Kontoauszügen und weiteren Unterlagen ein mutmassliches Bild der finanziellen Lage zu bilden. Vielmehr hat der Schuldner selbst in nachvollziehbarer Weise (unter Verweis auf diese Unterlagen) zu doku-

mentieren, wie sich seine monatliche (geschäftliche und private) Einnahmen- und Ausgabensituation aktuell sowie in naher Zukunft präsentiert bzw. voraussichtlich präsentieren wird und wie und über welche Zeitspanne hinweg allfällige weitere Schulden abgetragen werden können. Es ist Aufgabe des Schuldners, hierfür Übersichten, Tabellen und dergleichen anzufertigen und einzureichen.

8. Die Gerichtskosten des Konkursöffnungs- und Beschwerdeverfahrens wurden durch das Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufzuheben ist. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Schuldner nicht, weil er die bei ihm angefallenen Aufwendungen selbst zu verantworten hat, und der Gläubigerin nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 2. Mai 2022, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren der Gläubigerin wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 450.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderung der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 7'249.30 der Gläubigerin Fr. 6'099.30 und den Rest von Fr. 1'150.– dem Schuldner auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'550.– (Fr. 750.– und Fr. 250.– Zahlungen des Schuldners sowie Fr. 1'550.– = Rest des von der Gläubigerin 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 und 14, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Grundbuchamt Uster und das Betreibungsamt Uster, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am:
28. Juni 2022