

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220214-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 23. Dezember 2022

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B._____ Schweiz,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch AHV-Ausgleichskasse Forte,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 1. Dezember 2022 (EK220114)

Erwägungen:

1.1. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem tt.mm.2020 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C._____" (act. 7). Über ihn wurde mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 1. Dezember 2022 für eine Forderung des Gläubigers von CHF 751.– nebst Zins von 5 % seit 22. Juni 2022, zuzüglich aufgelaufenen Zins bis 21. Juni 2022 von CHF 21.– und Betreuungskosten von CHF 106.60 der Konkurs eröffnet (Total CHF 895.25, act. 5).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 7. Dezember 2022 (Übergabedatum) Beschwerde bei der Kammer (act. 2). Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 7. Dezember 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum Ende der Beschwerdefrist im Sinne der Erwägungen ergänzen könne (act. 10). Da der Schuldner bereits einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet hatte (act. 9), wurde von einer Fristansetzung zur Leistung eines solchen abgesehen. In der Folge ergänzte der Schuldner seine Beschwerde (act. 13 und act. 14/1-5). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-19). 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 hinderungsgründe (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. Der Schuldner hat dem Gläubiger mit Einzahlung vom 5. Dezember 2022 CHF 1'074.25 für die der Konkurseröffnung zugrunde liegende offene Forderung samt Zinsen und Kosten überwiesen (act. 4/2). Weiter hat er die Kosten des Kon-

kursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt (act. 4/1). Damit hat der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass er den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG getilgt hat.

4.1. Da die Zahlung erst nach der Konkurseröffnung geleistet wurde, 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. 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). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner somit 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 seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, sodass 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.).

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.

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegt

ein aktueller Auszug des Betreibungsamtes Hausen am Albis, der den Zeitraum vom 21. September 2018 bis 13. Dezember 2022 umfasst (act. 14/3). In dieser Zeit wurde der Schuldner – nebst der vorliegenden Konkursforderung – 66 mal betrieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 89'500.–. Aktuell sind noch 16 Betreibungen im Gesamtumfang von CHF 24'899.75 offen, wovon in einer bereits der Konkurs angedroht wurde und in sechs eine Pfändung läuft; in den übrigen Betreibungen wurde bislang der Zahlungsbefehl zugestellt und kein Rechtsvorschlag erhoben. Frühere Konkursöffnungen oder Verlustscheine sind keine registriert (act. 14/3).

Der Schuldner anerkennt sämtliche Betreibungsschulden (act. 13 oben). Entsprechend ist von solchen in Höhe von CHF 24'899.75 auszugehen. Im Übrigen erklärt er, sämtliche Kreditoren seien bezahlt (act. 13 unten). Über Schulden, die nicht mit seinem Unternehmen im Zusammenhang stehen, äussert sich der Schuldner nicht.

4.3. Aus der eingereichten Vermögensübersicht des Schuldners geht hervor, dass er aktuell über rund CHF 25'000.– an flüssigen Mitteln und Fondssparvermögen verfügt (act. 14/2). Mit dem Guthaben aus dem Fondsparkonto [recte wohl: Fondsspardepot] in Höhe von CHF 21'872.82 hat er vor, den grössten Teil seiner Schulden zu begleichen (vgl. act. 13 oben mit Verweis auf act. 14/2). Zudem führt der Schuldner diverse Debitorenforderungen von knapp CHF 52'000.– auf, die bereits fällig sind oder spätestens Mitte Januar 2023 fällig werden (act. 14/1 Liste D und act. 14/4). Zugunsten des Schuldners kann damit davon ausgegangen werden, dass genügend finanzielle Mittel verfügbar sind, um die aufgelaufenen Schulden innert nützlicher Frist abzutragen.

4.4. Der Schuldner bringt vor, monatliche Gesamteinnahmen von CHF 6'437.– zu haben, bestehend aus Lohn aus dem Einzelunternehmen von CHF 5'000.– und einer Ehegattenrente von rund CHF 1'437.– (act. 14/1). Dem steht ein monatlicher Bedarf gegenüber, welchen der Schuldner auf monatlich rund CHF 3'945.– beziffert (act. 14/1). Hinzu kommt der gerichtsnotorische Grundbetrag von CHF 1'200.– (s. Richtlinien der Verwaltungskommission des Obergerichts für die

Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009), was einen monatlichen Gesamtbedarf von CHF 5'145.– und folglich einen Überschuss von gerundet CHF 1'290.– ergibt. Weitere Ausgaben macht der Schuldner nicht geltend; insbesondere fehlen – abgesehen von der monatlichen Lagermiete von CHF 250.– (act. 14/1) – Ausgaben im Zusammenhang mit dem Einzelunternehmen, wie bspw. Fahrzeug-, Material-, Geräte-, Versicherungskosten etc. Zudem ist unklar, mit welcher (monatlichen) Steuerlast der Schuldner zu rechnen hat. Zugunsten des Schuldners kann jedoch einstweilen davon ausgegangen werden, dass er mit dem Überschuss CHF 1'290.– den laufenden Bedarf (inkl. den aufgeführten unklaren Positionen) wird decken können.

4.5. Zusammenfassend kann beim Schuldner zum jetzigen Zeitpunkt nicht von einer unabsehbaren Illiquidität gesprochen werden. Immerhin scheint das Unternehmen des Schuldners eine gute Geschäftstätigkeit aufzuweisen (vgl. Übersicht über die aktuelle Auftragslage von gerundet CHF 86'000.–, ohne Berücksichtigung der noch offenen Offerten in Höhe von knapp CHF 40'000.–, vgl. act. 14/1 Liste A bis C). Mit dem Fondssparvermögen, den zu erwartenden Zahlungseinzügen und der guten Geschäftstätigkeit des Einzelunternehmens erscheint es glaubhaft, dass der Schuldner durch regelmässige Auszahlung eines Einkommens seine Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen können und er seinen aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. Seine wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint gegeben, auch wenn durchaus Zweifel bestehen, zumal der Betriebsregisterauszug zeigt, dass der Schuldner fast ausschliesslich öffentlich-rechtliche Forderungen nicht bezahlt, für deren Ausfälle er (noch) nicht auf Konkurs betrieben werden kann (vgl. Art. 43 SchKG). Seine Zahlungsfähigkeit ist gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies insbesondere, da es sich um die erstmalige Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Der Schuldner ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde, an das Glaubhaftmachen seiner Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen

gen zu stellen wären und er seine finanzielle Situation – insb. mithilfe von Buchhaltungsunterlagen, Steuererklärungen etc. – detaillierter darlegen müsste.

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

5. 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 Affoltern vom 1. Dezember 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Affoltern ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'800.– (CHF 1'200.– Zahlung des Schuldners sowie CHF 1'600.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) dem Gläubiger CHF 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2 und 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Affoltern a.A. ZH, je gegen Empfangsschein.

5. 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:

MLaw B. Lakic

versandt am:
23. Dezember 2022