

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230093-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Sarbach, Vorsitzender, Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 17. Juli 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 15. Mai 2023 (EK230147)**

Erwägungen:

I.

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber der Einzelfirma C._____. Der Schuldner liess seine Einzelfirma am tt.mm.2016 ins Handelsregister eintragen. Sie bezweckt ... (act. 5/8). Am tt.mm.2022 gründete der Schuldner die D._____ AG. Diese Aktiengesellschaft verfolgt weitgehend denselben Zweck wie die Einzelfirma, nämlich Der Schuldner ist einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates dieser Aktiengesellschaft (act. 5/9).

1.2. Mit Eingabe vom 6. März 2023 stellte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) beim Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (fortan Vorinstanz) in der Betreuung Nr. ... ein Konkursbegehren gegen den Schuldner (act. 7/1). Die Vorinstanz eröffnete mit Urteil vom 15. Mai 2023 per 15. Mai 2023 um 11:20 Uhr antragsgemäss den Konkurs über den Schuldner (act. 7/9 = act. 3).

2.

2.1. Mit Schreiben vom 26. Mai 2023 (Datum Poststempel) erhob der Schuldner beim Obergericht Beschwerde gegen diese Konkursöffnung. Darin stellte er die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

"1. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 15. Mai 2023 (EK230147), mit dem über den Beschwerdeführer der Konkurs eröffnet wurde, sei aufzuheben.

2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

2.2. Am 30. Mai 2023 forderte die Gerichtsschreiberin der Kammer die Rechtsvertreterin des Schuldners telefonisch auf, verschiedene Unterlagen nachzureichen (act. 11). In der Folge reichte diese Rechtsvertreterin gleichentags eine

ergänzende Beschwerdebeurteilung sowie weitere Unterlagen ein (act. 12 f.). Mit Verfügung vom 31. Mai 2023 wurde der Beschwerde in der Folge einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 17).

2.3. Der Schuldner hat die Gerichtskosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 750.– an die Kasse des Obergerichtes sicher gestellt (act. 5/3). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.

1.1. 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (vgl. BGer, 5A_1005/2020 vom 19. Januar 2021, E. 3.1.2; BGE 139 III 491; BGE 136 III 294).

1.2. Die Vorinstanz stellte dem Schuldner das den Konkurs eröffnende Urteil am 17. Mai 2023 zu (act. 7/10). Damit endete die Frist unter Berücksichtigung von Art. 142 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO (Berücksichtigung der Pfingsten) am 30. Mai 2023. Der Schuldner reichte seine Beschwerde (act. 2 S. 1) und die dazugehörigen Ergänzungen am 30. Mai 2023 (act. 12 S. 5; act. 14–16) bei der Kammer ein. Beide Eingaben erfolgten somit rechtzeitig innerhalb der Beschwerdefrist.

1.3. Der Schuldner hinterlegte bei der Kasse Fr. 6'800.30 (act. 5/2). Damit ist die Konkursforderung der Gläubigerin in der Höhe von Fr. 6'096.75 samt Fr. 162.85 Zins zu 5 % seit dem 1. November 2022, Fr. 94.05 weiterer Zins vom 1. Januar 2022 bis 31. Oktober 2022, Fr. 300.– Betreuungsspesen und

Fr. 146.60 Betreuungskosten sichergestellt (vgl. act. 6). Der Schuldner hat zudem beim Konkursamt Wallisellen die Kosten des Konkursverfahrens mit Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 5/1). Auch hat er den Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das vorliegende Beschwerdeverfahren geleistet (act. 5/3). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist damit nachgewiesen.

2.

2.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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 jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb 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, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGer, 5A_108/2021 vom 29. September 2021, E. 2.2; BGE 140 III 610 E. 4.1). Nach der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden seine früher entstandenen Verbindlichkeiten wird abtragen können (OGer ZH, PS210178 vom 20. Oktober 2021, E. 3.2.2; OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2).

2.2. Die Praxis stellt erhöhte Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigungen vorliegen (OGer ZH, PS210224 vom 28. Januar 2022,

E. 4.1). Gleiches gilt, wenn Verlustscheine vorhanden sind. Neben der Konkursandrohung vom 21. November 2022, die zur vorliegenden Konkursöffnung geführt hat, wurde dem Schuldner bereits am 23. März 2022 der Konkurs angedroht. Am 13. Januar 2022, 2. November 2022, 13. Dezember 2022, 5. Januar 2023 und 8. März 2023 erfolgten zudem Pfändungen. Schliesslich enthält der Betreibungsregisterauszug einen nicht getilgten Verlustschein (act. 13/21). Bei dieser Ausgangslage hebt die Kammer den Konkurs über den Schuldner nur auf, wenn dieser seine Zahlungsfähigkeit qualifiziert glaubhaft zu machen vermag.

2.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der Schuldner reichte einen Auszug des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon vom 30. Mai 2023 ein. Darin sind 22 Betreibungen eingetragen (act. 13/21): Zwei dieser Betreibungen sind erloschen. Acht weitere Betreibungen hat der Schuldner bezahlt. Wie oben dargelegt, hat der Schuldner mittlerweile auch diejenige Betreibung der Gläubigerin vollständig sichergestellt, die zur vorliegenden Konkursöffnung geführt hat. Damit verbleiben noch die folgenden elf offenen Betreibungen:

Status	Forderungsbetrag	Gläubigerin
Rechtsvorschlag	Fr. 6'458.40	SVA des Kantons Zürich
Pfändung	Fr. 8'114.65	SVA des Kantons Zürich
Konkursandrohung	Fr. 540.–	E. _____
Pfändung	Fr. 235.–	Schweizerische Eidgenossenschaft
Pfändung	Fr. 4'274.90	SVA des Kantons Zürich
Konkursandrohung	Fr. 2'009.30	E. _____
Pfändung	Fr. 3'131.70	SVA des Kantons Zürich
Pfändung	Fr. 6'588.65	Schweizerische Eidgenossenschaft
Betreibung eingel.	Fr. 2'648.35	SVA des Kantons Zürich
Betreibung eingel.	Fr. 4'613.05	SVA des Kantons Zürich
Betreibung eingel.	Fr. 2'820.70	SVA des Kantons Zürich
	Fr. 41'434.70	

Die in Betreibung gesetzten Forderungen betragen insgesamt Fr. 41'434.70. Davon entfallen Fr. 32'061.75 auf Sozialversicherungsbeiträge der SVA des Kantons Zürich. Per 24. Mai 2023 schuldete Schuldner der SVA des Kantons Zürich noch Fr. 12'018.55 (act. 5/5), was auf Amortisationszahlungen in der Höhe von Fr. 20'043.20 schliessen lässt, wie vom Schuldner geltend gemacht. Weitere Fr. 4'569.65 überwies der Schuldner am 26. Mai 2023, das heisst am selben Tag,

an dem er die Beschwerde bei der Post aufgab (act. 5/6). Seine SVA-Schulden belaufen sich somit auf noch Fr. 7'448.90 (Fr. 12'018.55 ./ Fr. 4'569.65). Demgegenüber hat der Schuldner keine Unterlagen eingereicht, welche eine ganze oder teilweise Tilgung der übrigen Betreuungsforderungen bei der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der E. _____ dokumentieren. Folglich betragen seine in Betreuung gesetzten Schulden aktuell noch Fr. 16'821.85 (Fr. 7'448.90 + Fr. 540.– + Fr. 235.– + Fr. 2'009.30 + Fr. 6'588.65). Dazu kommt ein nicht getilgter Verlustschein über Fr. 13'581.05 (act. 13/21).

2.4. Gemäss Jahresabschluss 2022 verfügt die Einzelfirma C. _____ per 31. Dezember 2022 über Fr. 1'003.65 Aktiven und Fr. 164'559.75 Passiven. Diese Passiven setzen sich aus folgenden Teilbeträgen zusammen (act. 13/24):

Passiven	Betrag
Kurzfristiges Fremdkapital	
Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen	Fr. 11'924.–
Kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten bei ZKB	Fr. 2'294.25
Mehrwertsteuer	Fr. 32'086.35
Verbindlichkeiten BVG	Fr. 6'500.–
Verbindlichkeiten AHV/ALV	Fr. 54'034.25
Verbindlichkeiten UVG	Fr. 2'620.90
Verbindlichkeiten KVG	Fr. 1'500.–
Passive Rechnungsabgrenzungen	
Noch nicht bezahlte Aufwendungen	Fr. 9'000.–
Langfristige Verbindlichkeiten	
Covid-Kredit	Fr. 44'600.–
TOTAL Passiven	Fr. 164'559.75

Wie oben dargelegt, sind aktuell nur noch Fr. 7'448.90 an AHV-/ALV-Beiträgen ausstehend. Die Passiven der Bilanz reduzieren sich deshalb um Fr. 46'585.35 (Fr. 54'034.25 ./ Fr. 7'448.90). Ob (und wenn ja, in welchem Umfang) der Schuldner in der Zwischenzeit auch weitere Verbindlichkeiten seiner Einzelfirma bezahlt hat, lässt sich aufgrund der von ihm eingereichten Unterlagen nicht beantworten. Da der Schuldner seine finanzielle Situation schlüssig darzutun hat, ist zu seinen Lasten von einem unveränderten Fortbestand dieser einzelfirmabezogenen Schulden auszugehen. Der Schuldner hat sein Einzelunternehmen stillgelegt; es ist nicht zu erwarten, dass ihm daraus weitere Schulden erwachsen. Der Schuldner hat als Einzelunternehmer einen sog. Covid-Kredit bezogen

(act. 13/24). Zwar sind solche Gelder weder bei der Berechnung des Kapitalverlustes noch bei der Überschuldung im Sinne von Art. 725 aOR [= Art. 725a und Art. 725b OR] zu berücksichtigen (Art. 24 Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz; Art. 21 Covid-19-Härtefallverordnung). Indessen beziehen sich diese Bestimmungen bloss auf Kapitalgesellschaften, nicht aber auf Einzelfirmen. Sie sind daher im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägig. Entscheidend ist indessen, dass Covid-Kredite unabhängig von der Rechtsform innerhalb von acht, in Ausnahmefällen innerhalb von zehn Jahren zurückzuzahlen sind (Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz). Auch wenn es sich somit um einen langfristigen Kredit handelt, wird der Schuldner in absehbarer Zeit Amortisationszahlungen vornehmen müssen (OGer ZH, PS220183 vom 21. Dezember 2022, E. 5b). Entgegen der Beschwerde muss dieser Kredit daher im vorliegenden Verfahren berücksichtigt werden. Insgesamt ist von Schulden aus der Einzelunternehmung in der Höhe von rund Fr. 116'970.75 auszugehen (Fr. 164'559.75 [total Passiven] ./ Fr. 46'585.35 [bezahlte AHV-/ALV-Beiträge] ./ Fr. 1'003.65 [Aktiven]). Dem Schuldner gehören zwei Stockwerkeigentumseinheiten in der Türkei, die zur Zeit mit einer Hypothek von Fr. 14'498.40 belastet sind (act. 13/27).

2.5. Die gesamten Schulden des Schuldners belaufen sich somit auf **Fr. 161'872.05** (Fr. 116'970.75 Schulden aus der Einzelunternehmung + Fr. 16'821.85 [in Betreuung gesetzte Schulden] + Fr. 13'581.05 [offener Verlustschein] + Fr. 14'498.40 [Hypothekarschulden in der Türkei]).

3.

3.1. Der Schuldner lebt mit seiner Ehefrau, seinen beiden minderjährigen Kindern und seinem erwachsenen Sohn in einer Mietwohnung, für die er monatlich Fr. 1'951.– bezahlt (act. 13/28). Seine Krankenkassenprämie beträgt Fr. 441.70, diejenigen seiner minderjährigen Kinder Fr. 138.90. Seine weiteren Lebenshaltungskosten sind nicht bekannt. Ebenfalls unklar ist, in welchem Umfang sich seine erwerbstätige Frau und sein erwerbstätiger volljähriger Sohn am familiären Bedarf beteiligen und wie alt seine beiden minderjährigen Kinder sind. Geht man von einem Ehegattengrundbetrag von Fr. 1'700.–, zwei Kindergrundbeträgen von je Fr. 600.–, Kommunikationskosten von Fr. 120.– (geschätzt), Versicherungskosten

ten von Fr. 40.– (geschätzt) sowie der Serafegebühr von Fr. 28.– aus, resultiert ein Bedarf von rund Fr. 6'000.–.

3.2. Der Schuldner erzielt als angestellter Haustechniker der D._____ AG ein monatliches Nettoeinkommen von ca. Fr. 11'000.– (act. 5/16). Zieht man davon seinen monatlichen Bedarf von rund Fr. 6'000.– ab, verbleibt ein Überschuss von Fr. 5'000.–, den der Schuldner zur Schuldentilgung verwenden kann. Er ist zudem Alleinaktionär der D._____ AG. Im Jahr 2022 erzielte diese Gesellschaft einen Gewinn von rund Fr. 160'404.95 nach Steuern (act. 5/15). Aktiengesellschaften müssen seit dem 1. Januar 2023 5 % ihres Jahresgewinnes der gesetzlichen Gewinnreserve zuweisen (Art. 672 Abs. 1 OR). Dabei ist diese Gewinnreserve solange zu äufnen, bis sie zusammen mit der gesetzlichen Kapitalreserve (Art. 671 Abs. 1 OR) die Hälfte des im Handelsregister eingetragenen Aktienkapitals erreicht (Art. 672 Abs. 2 OR). Somit ist für die Berechnung des Maximalbetrags der gesetzlichen Reserve nur noch das ausgegebene Aktienkapital massgebend. Demgegenüber stellt das geltende Recht nicht mehr auf den Grad der Liberierung (Kleibold, Reserven, Art. 671–674 OR, in: Nobel/Müller, Das Aktienrecht: Kommentar der ersten Stunde, Berner Kommentar, Bern 2023, § 7 N 39). Es spielt mithin keine Rolle, dass die Aktien der D._____ AG bloss zu 50 % liberiert sind (act. 5/12). Umgerechnet auf einen Monat verbleibt damit ein grundsätzlich realisierbarer Gewinnanteil von ungefähr Fr. 12'700.– ($[\text{Fr. } 160'404.95 \times 0.95] : 12$). Der Schuldner kann als Alleinaktionär diesen Unternehmensgewinn in Form von Dividenden beziehen und ebenfalls zur Schuldentilgung verwenden. Das sich damit ergebende Gesamteinkommen von Fr. 17'700.– (Fr. 5'000.– + Fr. 12'700.–) ermöglicht eine Amortisation der Schulden in Höhe von Fr. 161'872.05 innerhalb von rund neun Monaten (Fr. 161'872.05 : Fr. 17'700.–). Der Schuldner arbeitet sodann in einer Branche, in welcher der Fachkräftemangel bekanntermassen besonders ausgeprägt ist (Art. 151 ZPO). Er dürfte daher auch in absehbarer Zukunft gut verdienen. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erweist sich unter diesen Umständen als glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

3.3. Die Beschwerde des Schuldners ist folglich gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 15. Mai 2023 ist aufzuheben und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

3.4. Abschliessend ist der Schuldner auf Folgendes hinzuweisen: Sollte die Vorinstanz oder ein anderes Bezirksgericht künftig erneut den Konkurs über ihn eröffnen, darf er nicht ohne Weiteres mit einer nochmaligen Konkursaufhebung rechnen. Dannzumal wird sich der Schuldner nicht auf sein mangelndes Flair für Buchhaltung und Administration berufen können. Vielmehr dürfte der Umstand, dass er sich weiterhin – trotz erwirtschafteter Gewinne der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft – für öffentlich-rechtliche Forderungen betreiben lässt, ein schlechtes Licht auf seine Zahlungsmoral werfen, zumal der Schluss nahe liegt, dass ihm bekannt ist, dass öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht der Konkursbetreuung unterliegen. Ins gleiche Bild passt auch der ungetilgte Verlustschein im Betrag von Fr. 13'581.05 (act. 13/21), leistet der Schuldner doch seit Mai 2020 monatliche Amortisationszahlungen von rund Fr. 3'300.– an den Hypothekarkredit für seine Immobilie in der Türkei (act. 13/27). Vor diesem Hintergrund dürfte ihm im Falle einer erneuten Konkursöffnung eine Verwertung seines ganzen Vermögens drohen. Dazu zählt insbesondere auch seine Beteiligung an der D._____ AG. Das Konkursamt wird diese gegebenenfalls an Dritte veräussern oder anderweitig zu Geld machen. Um dies zu verhindern, muss der Schuldner seine bestehenden Schulden möglichst rasch tilgen und verhindern, dass ihm neue entstehen.

III.

Der Schuldner hat durch seine verspätete Zahlung sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das vorliegende Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und des Obergerichtes zu tragen (Art. 108 ZPO). Aufgrund des Verursacherprinzips hat er auch keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwen-

dungen im vorliegenden Verfahren ebenfalls keine solche Entschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 15. Mai 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidegebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'000.– 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.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon, 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

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am: