

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Urteil vom 6. März 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 13. Februar 2023 (EK220745)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 13. Februar 2023 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend: Vorinstanz) über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) den Konkurs für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Gläubigerin) von total Fr. 1'906.– (inkl. Zinsen, Umtriebsspesen, Mahn- und Betreuungskosten; act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/7).

1.2. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 23. Februar 2023 rechtzeitig Beschwerde (act. 2; vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 7/8) und leistete gleichentags den Kostenvorschuss für das vorliegende Beschwerdeverfahren (act. 8/2). Er beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung und stellt ein Gesuch um aufschiebende Wirkung (act. 2 S. 1). Mit Verfügung vom 24. Februar 2023 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er die Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne (act. 9). Der Schuldner reichte mit Eingabe vom 27. Februar 2023 innert der Rechtsmittelfrist weitere Unterlagen ein (act. 11 und act. 12/1-4).

2.

2.1. Das Einzelunternehmen "C._____" wurde am tt.mm.2022 ins Handelsregister eingetragen. Der Schuldner ist Inhaber dieser Einzelfirma und unterliegt deshalb der Konkursbetreuung (act. 5; Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Bauarbeiten ... (act. 5).

2.2. 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, Hinterle-

gung 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.

2.3. Der Schuldner hinterlegte am 23. Februar 2023 bei der Obergerichtskasse Fr. 1'920.– für den der Konkureröffnung zugrunde liegenden Forderungsbetrag (act. 8/1). Zudem weist er mittels Bestätigung des Konkursamtes Bassersdorf (nachfolgend: Konkursamt) nach, die Kosten der Vorinstanz und des Konkursverfahrens mit Fr. 500.– sichergestellt zu haben (act. 4/2). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist damit nachgewiesen.

2.4. 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 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). Nach der 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 lau-

fenden 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.).

2.5. Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Auszug aus dem Betreibungsregister. Vorliegend weist der eingereichte Betreibungsregisterauszug vom 17. Februar 2023 keine Verlustscheine, jedoch dreizehn Betreibungseinträge seit Dezember 2021 auf. Dies zeigt, dass der Schuldner bereits vor der Eintragung seines Einzelunternehmens im Handelsregister Zahlungsschwierigkeiten hatte oder zumindest über eine schlechte Zahlungsmoral verfügte. Lässt man die hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind gemäss Auszug noch sechs Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 15'860.62 offen (act. 4/3). Hinsichtlich der Betreibung Nr. ... des Staates Zürich und der Stadt D._____ – welche sich im Pfändungsstadium befindet – weist der Schuldner mit dem Kontoauszug der Staats- und Gemeindesteuern 2020 der Stadt D._____ nach, dass per 20. Februar 2023 vom betriebenen Forderungsbetrag von Fr. 8'257.20 noch Fr. 5'515.20 offen waren (act. 2 S. 2 und act. 4/4). Entsprechend wurden derzeit insgesamt betriebene Forderungen in der Höhe von Fr. 13'118.62 noch nicht beglichen. Vier der Forderungen befinden sich bereits im Stadium der Konkursandrohung, eine – wie erwähnt – im Pfändungsstadium und bei einer wurde einstweilen die Betreibung eingeleitet (act. 4/3).

2.6. Hinsichtlich der finanziellen Verhältnisse reicht der Schuldner einen Kontoauszug per 21. Februar 2023 des Firmenkontos bei der Credit Suisse ein. Dieses weist einen Saldo von Fr. 46'530.26 auf (act. 4/5). Zudem reicht er einen am 21. Januar 2023 ausgefüllten Antrag an die E._____ AG ein, in welchem er den Rückkauf der gebundenen Vorsorgepolice 3a beantragt. Als Rückkaufgrund kreuzte er die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Haupterwerb an (act. 4/6). Auf diesem Säule 3a-Konto verfüge er über ein Guthaben von rund Fr. 24'000.–. Es fehle für den Rückkauf zurzeit noch eine Bestätigung der SVA Zürich (act. 2 S. 2). Da der Schuldner weder behauptet, dass ihm das Guthaben

auf dem Säule 3a zweifellos ausbezahlt werde, noch eine entsprechende Bestätigung vorliegt, gelingt es ihm nicht, eine zeitnahe Auszahlung des Betrages von Fr. 24'000.– ausreichend glaubhaft zu machen. Es kann dennoch festgehalten werden, dass das Guthaben auf dem Firmenkonto ausreicht, um die betriebenen Forderungen vollständig zu decken (act. 4/3; act. 4/6). Der Schuldner erklärt entsprechend auch, er werde beim Betreibungsamt die Schulden bezahlen, sobald das Firmenkonto vom Konkursamt freigegeben worden sei (act. 2 S. 2; act. 11).

Zur finanziellen Lage des Einzelunternehmens führt der Schuldner aus, dass sich seine Auftragslage gegen Ende des Jahres [2022] deutlich gebessert habe und bereits zukünftige Projekte mit Kunden geplant seien. Diese könnten seine Zahlungsfähigkeit zukünftig sichern (act. 11). In der Debitorenliste listet er unter anderem zwei Auftraggeber, F. _____ und G. _____, auf. Betreffend F. _____ reicht er eine Offerte im Betrag von Fr. 91'414.50 (brutto, exkl. MwSt.) für den Umbau eines Einfamilienhauses ein (act. 12/1/5), wobei der Auftraggeber bereits Akontozahlungen von insgesamt Fr. 70'553.95 geleistet habe (act. 12/1/1 S. 1; vgl. act. 12/2 S. 1 und 3). Bis zur geplanten Fertigstellung Ende März [2023] seien noch Fr. 20'860.55 offen. Ferner habe er von demselben Auftraggeber eine mündliche Zusage für einen weiteren Auftrag mit einer Auftragssumme von Fr. 128'000.–. Es seien in den Jahren 2023 und 2024 auch noch weitere Projekte geplant. Hinsichtlich G. _____ – Sohn des Schuldners – reicht er drei Offerten für diverse Bau- und Renovationsarbeiten mit einen Forderungsbetrag von insgesamt Fr. 93'013.60 ein (act. 12/1/1 S. 1; act. 12/1/2-4). Zwei Aufträge hätten bereits begonnen und deren Fertigstellung sei Anfangs März bzw. Anfangs April [2023] geplant. Es seien bei diesen Aufträgen bereits Akontozahlungen von total Fr. 20'000.– eingegangen (vgl. act. 12/2 S. 1 und 2). Bei der dritten Baustelle sei geplant, dass sie im April [2023] beginne (act. 12/1/1 S. 1). Schliesslich listet er weitere Kunden auf, mit welchen im Jahr 2023 Aufträge geplant seien (act. 2/1/1 S. 2). Insgesamt hat der Schuldner damit glaubhaft gemacht, dass bei den laufenden und zeitnah bevorstehenden Aufträgen noch ein Betrag von total Fr. 93'874.15 (Fr. 20'860.55 [F. _____] + Fr. 73'013.60 [G. _____]) gegenüber den Debitoren ausstehend ist.

Hinsichtlich der Passivseite listet der Schuldner offene Kreditorenforderungen gegenüber der H. _____ AG, der SVA Zürich und der E. _____ von total Fr. 5'280.30 auf (act. 12/1/1 S. 3). Zudem scheint gemäss Kontoauszug der Staats- und Gemeindesteuer 2021 der Stadt D. _____ vom 17. Februar 2023 für die Steuern des Jahres 2021 noch ein Betrag von Fr. 6'570.75 offen zu sein (12/3/1). Somit sind neben den betriebenen Forderungen von Fr. 13'118.62 mindestens zusätzlich noch Fr. 11'851.05 offen. Zu den bezahlten Auslagen des Einzelunternehmens erklärt der Schuldner, auf dem Firmenkontoauszug sei ersichtlich, dass er im Zeitraum vom 19. Juli 2022 bis 21. Februar 2023 für Material, Maschinen etc. Ausgaben von Fr. 40'000.– gehabt habe (act. 12/1/1 S. 4 und act. 12/2).

Schliesslich legt der Schuldner zu seinen Lebenshaltungskosten dar, dass er monatlich anstatt eines festen Mietzinses die Hypothekarzinsen und Nebenkosten der von ihm bewohnten Liegenschaft bezahle. Diese würden monatlich ca. Fr. 1'700.– (Fr. 1'300.– Hypothekarzins [vgl. act. 12/4/1] + Fr. 400.– Nebenkosten; act. 12/1/1 S. 5) betragen. Für die Krankenkassenprämie zahle er monatlich Fr. 662.70 (act. 12/1/3) und für das Telefon und Internet zwischen Fr. 50.– bis Fr. 100.– (act. 12/4/2). Die monatlichen Ausgaben für das Essen und die Verpflegung belaufen sich auf Fr. 1'000.– (act. 12/1/1 S. 5). Weiter reicht der Schuldner die Steuererklärung 2020 sowie teilweise die Steuererklärung 2019 ein (act. 12/3/2-3). Auf der Steuererklärung 2020 ist ersichtlich, dass der Schuldner und seine Ehefrau neben der Liegenschaft in D. _____ – welche sie mittels Erbvorbezug ihrem Sohn übertragen hätten (act. 12/1/1) – per 31. Dezember 2020 über keine namhaften Vermögenswerte verfügten, jedoch über Schulden von insgesamt Fr. 46'436.– (exkl. Hypothekendarlehen; act. 12/3/2). Zu diesen per 31. Dezember 2020 ausgewiesenen Schulden äussert sich der Schuldner nicht.

Unter Berücksichtigung sämtlicher Behauptungen und eingereichten Beilagen des Schuldners ist es schwierig, seine wirtschaftliche Situation umfassend zu beurteilen. Es fehlen Jahres- oder Zwischenabschlüsse des Einzelunternehmens und eine aktuelle Steuererklärung des Schuldners. Er erklärt hierzu, dass er einen neuen Treuhänder gefunden habe, welcher die Unterlagen aufarbeiten werde

(act. 12/1/1 S. 3). Da das Einzelunternehmen (mutmasslich) erst im Jahr 2022 gegründet wurde, sind die eingereichten Steuererklärungen aus dem Jahr 2019 und 2020 nicht geeignet, um dessen wirtschaftliche Situation zu beurteilen. Entsprechend fehlen auch zuverlässige Angaben zu den durchschnittlichen monatlichen Einnahmen und Ausgaben des Unternehmens. Ebenso fehlen aktuelle Angaben zu allfälligen privaten Schulden. Zugunsten des Schuldners ist aber zu berücksichtigen, dass die liquiden Mittel auf dem Firmenkonto von Fr. 46'530.26 ausreichen, um sämtliche derzeit bekannten Schulden von total Fr. 24'969.62 (Fr. 13'118.62 + Fr. 11'851.05) zu decken. Aufgrund der glaubhaft gemachten noch offenen Forderungen gegenüber den Debitoren und der aussichtsreichen zukünftigen Auftragslage des Einzelunternehmens ist davon auszugehen, dass es dem Schuldner möglich sein wird, auch die weiteren laufend anfallenden Verpflichtungen zu bezahlen. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners erscheint somit insgesamt wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und der am 13. Februar 2023 eröffnete Konkurs über den Schuldner ist aufzuheben.

3.

3.1. Durch die verspätete (vollständige) Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Entscheidunggebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

3.2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 13. Februar 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren 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. 200.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem für die Konkursforderung hinterlegten Betrag Fr. 1'906.– der Gläubigerin und dem Schuldner den verbleibenden Restbetrag auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 500.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'600.– Rest des von Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– 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 act. 11, sowie an das Konkursgericht des Einzelgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Kloten, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
7. März 2023