

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210146-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 17. August 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 3. August 2021 (EK210257)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der Einzelfirma "A._____ *Ihr ...-Spezialist*", welche seit dem tt. Juli 2016 im Handelsregister eingetragen ist und ihren Sitz seit dem tt. März 2018 an der Adresse C._____ ... in D._____ SZ hat. Gemäss Handelsregister bezweckt die Einzelunternehmung des Schuldners die Erbringung von Schreinereiarbeiten, insbesondere Holzterrassen (vgl. act. 5). Der Schuldner selbst hatte seinen Wohnsitz bis Ende Mai 2021 an der E._____ -Strasse ... in F._____ (vgl. act. 8/6). Die Vorinstanz ging davon aus, dass er danach an die Sitzadresse der Einzelunternehmung in D._____ SZ gezogen, dort jedoch nicht gemeldet sei (act. 8/7). Mit Schreiben vom 12. August 2021 teilte der Schuldner der Kammer mit, dass er ab September 2021 an der G._____ -Strasse ... (recte: G'._____ -Strasse ...) in H._____ wohnen werde (act. 12).

2. Mit Urteil vom 3. August 2021 (act. 3 [= act. 7 = 8/11]) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster für nachfolgende Forderung der Gläubigerin den Konkurs über den Schuldner:

Forderung von	CHF	1'130.25
Zins 5% seit 01.09.2020	CHF	52.00
Gläubigerkosten	CHF	160.00
Betriebskosten	CHF	158.60
. / . Teilzahlungen	CHF	-
Total	CHF	1'500.85

3. Mit Eingabe vom 9. August 2021 (Datum Poststempel) erhob der Schuldner Beschwerde gegen dieses Konkurserkennnis und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung der Kammer vom 10. August 2021 wurde der Beschwerde des Schuldners die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert, weil der Schuldner keine Unterlagen zu seiner Zahlungsfähigkeit eingereicht hatte. Zudem wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde

bis zum Ablauf der Beschwerdefrist (16. August 2021) im Sinne der Erwägungen ergänzen könne (act. 9). Nachdem er mit Eingaben vom 11. August 2021 (act. 11/1-15) und 12. August 2021 (act. 12 und 13/1-8) solche nachgereicht hatte, wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 13. August 2021 erteilt (act. 14). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner belegt, dass er zugunsten der Gläubigerin am 6. August 2021 bei der Obergerichtskasse Fr. 1'550.– und damit einen die Konkursforderung von Fr. 1'500.85 (inkl. Kosten und Zins) übersteigenden Betrag hinterlegt hat (act. 4/2). Im Weiteren hat der Schuldner gleichentags beim Konkursamt Uster zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 750.– sichergestellt (act. 4/3) und den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 4/1). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist damit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 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 (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Wie bereits vorstehend (Ziff. I.1) ausgeführt, befand sich der Wohnsitz des Schuldners bis Ende Mai 2021 in F._____. Für die Zeit danach ging die Vorinstanz davon aus, dass der Schuldner an die Sitzadresse der Einzelunternehmung in D._____ SZ gezogen sei. Der Schuldner reicht sowohl vom für die Gemeinde F._____ zuständigen Betreibungsamt Uster (act. 11/3) als auch vom für die Gemeinde D._____ SZ zuständigen Betreibungsamt D._____ (act. 13/8) einen aktuellen Betreibungsregisterauszug ein, wobei er geltend macht, alle sich aus

den beiden Auszügen ergebenden Betreibungen vollständig bezahlt zu haben (act. 2 und 12).

a) Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des **Betreibungsamtes Uster** vom 11. August 2021 ergeben sich neben der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreibung (Nr. 1) insgesamt 48 weitere Betreibungen, von denen jedoch in 38 Fällen die Forderung bereits vollständig an das Betreibungsamt oder den Gläubiger bezahlt wurde oder nach Verwertung eine vollständige Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist. Von den verbleibenden 10 Betreibungen ist eine (Nr. 2 über Fr. 3'600.–) erloschen, die restlichen neun Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 16'715.35) befinden sich allesamt im Stadium der Konkursandrohung (act. 11/3).

Der Schuldner ist der Meinung, alle aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Uster ersichtlichen Betreibungen beglichen zu haben (vgl. act. 2 und 12), wobei er hierzu die nachfolgenden Belege einreicht:

Betreibung-Nr.	Betrag Register	Gläubiger	bezahlter Betrag	Zahlungsdatum	Beleg
1 3	Fr. 13'379.35	I.____ AG	13'079.40	25.09.2020	11/6 = 13/7
2 4	Fr. 526.65	J.____ AG	523.15	26.10.2020	11/5 = 13/6
3 5	Fr. 904.35	K.____ Zürich Service Center	818.55	31.08.2020	13/5
4 6	Fr. 398.35	L.____ (Schweiz)	250.00	16.11.2020	13/4
7	Fr. 303.20	K.____ Zürich Service Center			
5 8	Fr. 301.70	K.____ Zürich Service Center	1'904.35	13.08.2021	13/2
9	Fr. 71.70	K.____ Zürich Service Center			
6 10	Fr. 496.75	B.____ Hauptsitz			
7 11	Fr. 333.30	M.____ Schweiz AG	352.60	12.08.2021	13/3

Zu diesen Belegen ist folgendes auszuführen:

ad 1) Dass der Schuldner mit der von ihm ausgewiesenen Zahlung vom 25. September 2020 über Fr. 13'079.40 die von der Gläubigerin I.____ AG am 20. März 2020 in Betreibung gesetzte Forderung bezahlt hat, ist glaubhaft, da der

Schuldner beim Zahlungsgrund hier ausdrücklich "Zahlung Konkursandrohung Forderung" vermerkt hat (vgl. act. 11/6).

ad 2) Der Schuldner belegt, dass er der J._____AG, welche am 20. Mai 2020 Fr. 526.65 gegen ihn in Betreuung gesetzt hatte, am 26. Oktober 2020 Fr. 523.15 überwiesen hat (act. 13/6). Dass es sich dabei um dieselbe Forderung handelt, ist zwar nicht ausgewiesen, aufgrund der Beträge aber zumindest glaubhaft.

ad 3) Der Schuldner belegt, dass er der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich am 31. August 2020 Fr. 818.55 überwiesen hat, wobei er geltend macht, er habe damit die in der Betreuung Nr. 5 offene Forderung getilgt (vgl. act. 13/5); indes handelt es sich bei der Gläubigerin dieser Betreuung um die K._____ Zürich, weshalb die Tilgung der genannten Forderung nicht glaubhaft ist.

ad 4) Der Schuldner belegt, dass er in der Betreuung Nr. 6 am 16. November 2020 eine Teilzahlung von Fr. 250.– geleistet hat (act. 13/4). Nicht erstellt ist indes, dass damit die unter dieser Nummer in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 398.35 vollständig beglichen wurde.

ad 5) Die Gläubigerin K._____ Zürich hat in drei Betreibungen zwischen dem 24. September 2020 und dem 23. November 2020 gegen den Schuldner insgesamt Fr. 676.60 (Fr. 303.20 + Fr. 301.70 + Fr. 71.70) in Betreuung gesetzt. Der Schuldner stellt sich auf den Standpunkt, er werde diese Betreibungsforderungen mit einer Zahlung über Fr. 1'904.35 am 13. August 2021 tilgen (vgl. act. 13/2). Indes ist einerseits nicht belegt, dass die in Auftrag gegebene Zahlung am 13. August 2021 tatsächlich ausgeführt wurde; ebenfalls nicht belegt ist sodann, dass die vom Schuldner zugunsten der K._____ Zürich in Auftrag gegebene Zahlung die genannten Betreibungen mitumfasst, kann dem Beleg doch kein entsprechender Zahlungsgrund entnommen werden.

ad 6) Bezüglich dieser zweiten Forderung der Konkursgläubigerin stellt sich der Schuldner auf den Standpunkt, dass dieser Betrag ebenfalls bei der Obergerichtskasse hinterlegt worden sei (vgl. act. 13/1 S. 2). Dies erweist sich jedoch

nicht als zutreffend, erfolgte die Konkursöffnung doch nur für die Betreuung Nr. 1 und reicht der vom Schuldner sichergestellte Betrag von Fr. 1'550.00 lediglich aus, um die Konkursforderung von Fr. 1'500.85 (inkl. Zins und Kosten) zu begleichen. Dass die von der Konkursgläubigerin in der Betreuung Nr. 10 in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 496.75 ebenfalls sichergestellt wurde, ist damit unzutreffend.

ad 7) Der Schuldner macht geltend, er habe am 12. August 2021 die in der Betreuung Nr. 11 noch offene Restforderung durch Zahlung an das Betreibungsamt D. _____ SZ vollständig beglichen (act. 13/3). Zwar ist mit diesem Beleg ausgewiesen, dass der Schuldner die in der Betreuung Nr. 11 des Betreibungsamtes D. _____ SZ durch die Gläubigerin M. _____ Schweiz AG in Betreuung gesetzte Forderung vollständig bezahlt hat, wobei dieselbe Gläubigerin auch die Betreuung Nr. 10 des Betreibungsamtes Uster gegen den Schuldner eingeleitet hat. Dass es sich jedoch in beiden Betreibungen um dieselbe Forderung der Gläubigerin handelt, wie der Schuldner sinngemäss behauptet, ist nicht ausgewiesen, weshalb die Tilgung der in Uster in Betreuung gesetzten Forderung nicht glaubhaft ist.

Zusammenfassend ist glaubhaft, dass der Schuldner die beim Betreibungsamt Uster offenen Betreibungsforderungen im Umfang von mindestens Fr. 14'156.– (Fr. 13'379.35 [Betreibung Nr. 3] + Fr. 526.65 [Betreibung Nr. 4] + Fr. 250.– [Betreibung Nr. 6]) getilgt hat, womit beim Betreibungsamt Uster noch Betreibungen in Höhe von Fr. 2'559.35 (Fr. 16'715.35 – Fr. 14'156.–) verbleiben, deren Tilgung nicht glaubhaft gemacht wurde.

b) Aus dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister des **Betreibungsamtes D. _____ SZ** vom 12. August 2021 ergeben sich insgesamt drei Betreibungen, wobei jedoch in allen die Forderung vollständig an das Betreibungsamt bezahlt wurde (act. 13/8).

2.4 Zu seiner Zahlungsfähigkeit führt der Schuldner im Wesentlichen aus, seine Einzelunternehmung habe in diesem Jahr bereits einen Umsatz von über Fr. 350'000.– erwirtschaftet, wovon er sich einen Lohn von Fr. 58'000.– habe auszahlen können und noch einen Gewinn von ca. Fr. 20'000.– erzielt habe. Auf dem Firmenkonto würden sich derzeit ca. Fr. 45'000.– befinden. Für die Zukunft habe er zudem bereits mehrere kleine Aufträge und eine grössere Überbauung in N._____ (Auftragsvolumen ca. Fr. 98'000.–). Er sei zahlungsfähig und verfüge über genügend liquide Mittel, um seiner Zahlungspflicht nachzukommen (act. 12).

2.5 Zwar belegt der Schuldner die von ihm zu seinem Umsatz und Gewinn gemachten Aussagen nur durch eine rudimentäre Aufstellung seiner Geschäftszahlen, die zudem von ihm nicht unterzeichnet wurde (act. 11/7). Indes ist aus den vom Schuldner im Übrigen eingereichten Unterlagen ersichtlich, dass sich auf seinem Geschäftskonto per 11. August 2021 tatsächlich ein Saldo von Fr. 45'761.30 befand (act. 11/14), weshalb er bereits aufgrund dessen ohne weiteres in der Lage ist, die noch offenen Betreuungsforderungen unmittelbar nach Aufhebung der Konkursöffnung vollständig zu tilgen. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist damit hinreichend glaubhaft.

Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben. Festzuhalten ist jedoch, dass – sollte es den Erwartungen zum Trotz dennoch zu einer erneuten Konkursöffnung kommen – der Massstab in einem weiteren Konkursverfahren strenger und die Tatsache der erneuten Konkursöffnung in einem Beschwerdeverfahren ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wäre.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.

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 Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 3. August 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr vom Schuldner hinterlegten Betrag von Fr. 1'550.– der Gläubigerin Fr. 1'500.85 und dem Schuldner – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – den Restbetrag auszusahlen.
4. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 750.– 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 auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Schwyz und an das Betreibungsamt Uster, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am:
18. August 2021