

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 15. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Uster vom 21. März 2023 (EK230084)**

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster (nachfolgend: Vorinstanz) vom 21. März 2023 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 2'512.65, Fr. 37.– Zins von 5 % auf Fr. 1'667.90, Fr. 14.60 Gläubigerkosten sowie Betreuungskosten von Fr. 164.80, total mithin Fr. 3'005.05, der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 8 = act. 9/8; nachfolgend zitiert als act. 8). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 3. April 2023 (überbracht) fristgerecht (vgl. Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 SchKG sowie act. 9/9) Beschwerde, wobei er die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 4. April 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und der Schuldner darauf aufmerksam gemacht, dass er seine Beschwerde innert Beschwerdefrist ergänzen könne (act. 11). Daraufhin machte der Schuldner mit Eingabe vom 19. April 2023 innert Beschwerdefrist (vgl. Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 SchKG sowie act. 9/9) weitere Ausführungen und reichte weitere Belege ein (act. 13 und act. 14/24-35). Mit Verfügung vom 21. April 2023 wurde der Beschwerde daraufhin die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 15).

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-10). Die Sache erweist sich als spruchreif.

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, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und

Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Der Schuldner hinterlegte am 3. April 2023 und damit vor Ablauf der Beschwerdefrist (vgl. Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Art. 63 SchKG sowie act. 9/9) Fr. 4'707.55 bei der Obergerichtskasse (act. 2 Rz 68; act. 5/12; act. 7/1). Damit sind die Konkursforderung sowie die Zinsen und Kosten von insgesamt Fr. 3'005.05 (vgl. act. 8 und act. 5/12; siehe auch act. 2 Rz 26 ff. und 72 sowie act. 7/3) gedeckt. Zudem leistete der Schuldner beim Konkursamt Uster am 28. März 2023 und damit ebenfalls fristgerecht einen Vorschuss von Fr. 750.—, der nach der Bestätigung des Konkursamts vom selben Datum ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 2 Rz 75; act. 5/23). Schliesslich bezahlte der Schuldner bei der Obergerichtskasse am 3. April 2023 Fr. 750.— als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 2 Rz 74; act. 5/12; act. 7/2). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach. Da die Hinterlegung nach der Konkursöffnung erfolgt ist, hat der Schuldner darüber hinaus seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den 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 hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Auch das Vorhandensein von Verlustscheinen ist ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. zu Letzterem BGer 5A_470/2012 vom 19. November 2021

E. 3.3). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es grundsätzlich aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind dann zu stellen, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigungen in Betreibungen nach Art. 43 SchKG vorhanden sind. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; BGer 5A_181/2018 vom 30. April 2018 E. 3.1; BGer 5A_93/2018 vom 18. April 2018 E. 4.1).

4.2. Der Schuldner führt das seit Januar 2019 im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmen C._____, Inh. A._____, das die Ausführung sämtlicher Arbeiten im Zusammenhang mit Garten- und Landschaftsbau sowie den Aus- und Umbau von Liegenschaften bezweckt (act. 5/4 und act. 6). Die Konkursöffnung, so der Schuldner, sei auf ein Versehen zurückzuführen: Die Gläubigerin habe gegen ihn zwei Betreibungsverfahren eingeleitet, nämlich die Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2. In beiden Betreibungen habe die Gläubigerin im Frühjahr 2023 das Konkursbegehren gestellt. In der Betreibung Nr. 1 sei daraufhin von der Vorinstanz mit Anzeige vom 13. Februar 2023 zu einer Verhandlung am 21. März 2023 vorgeladen worden, in der Betreibung Nr. 2 mit Anzeige vom 7. März 2023 auf den 28. März 2023. Die Forderung der Betreibung Nr. 2 über Fr. 1'592.90 habe er, der Schuldner, mittels drei Überweisungen vom 31. Januar 2023 und vom 13. Februar 2023 – mithin am Tag der Zustellung der Vorladung betreffend die Konkursandrohung in der Betreibung Nr. 1 – getilgt, wobei allerdings die Zinsen und Kosten von total Fr. 452.50 offen geblieben seien. Zudem habe er übersehen, dass er damit die zeitlich später in Betreibung gesetzte Forderung getilgt habe. Nach Erhalt der zweiten, "neuen" Vorladung sei er als in rechtlichen Belangen nicht sachkundiger Laie irrtümlich davon ausgegangen, dass damit die Vorladung zur Verhandlung

vom 21. März 2023 aufgrund der Bezahlung der vermeintlichen ersten Forderung abgenommen worden sei (act. 2 Rz 7 ff. sowie act. 5/5-7). Allgemein zu seinen Zahlungsschwierigkeiten führt der Schuldner weiter aus, seine Kunden hätten oft verspätet gezahlt, was dann zu Verzögerung bei der Begleichung seiner eigenen Schulden geführt habe (act. 2 Rz 42). Insbesondere aber habe ihn ein tragischer Unfall im September 2022 für ein paar Monate aus der Bahn geworfen: Am 7. September 2022 sei er mit seinem Geschäftslieferwagen mit einem Fussgänger kollidiert, der später im Spital verstorben sei. Es sei gegen ihn ein Strafverfahren eröffnet worden; gegen den am 18. Januar 2023 ausgestellten Strafbefehl habe er Einsprache erhoben. Es sei für ihn, den Schuldner, ein riesiger Schock und eine kaum aushaltbare Situation gewesen, für den Tod eines Menschen verantwortlich zu sein. Dies habe zu einer tiefen Trauer und einer mehrmonatigen Antriebslosigkeit geführt, während der er nur noch das Nötigste habe tun können bzw. für viele Aktivitäten keine Kraft oder Motivation aufzuwenden vermocht habe. So habe er sich etwa nur schwer um ausstehende Debitoren kümmern und auch nur eingeschränkt Arbeiten ausführen bzw. neue Projekte anreissen können. Auch mit den in diesem Zeitraum eingeleiteten Betreibungen habe er sich nur teilweise befassen können. Anfang Jahr habe er dank intensiver Unterstützung aus seinem privaten Umfeld wieder mehr Lebensmut und Antrieb fassen und sich in der Folge auch wieder um die Geschicke seines Betriebes kümmern können, also insbesondere auch wieder neue Aufträge einholen, Arbeiten ausführen und sich mit den Debitoren befassen können (act. 2 Rz 47 ff.; act. 5/15). Zudem habe er auch erkannt, dass er bei grösseren Aufträgen aus Liquiditätsgründen von seinen Kunden Akontozahlungen verlangen müsse. Auf Anraten seines Rechtsvertreters nehme er nun ausserdem für die Buchhaltung die Hilfe eines Treuhänders in Anspruch (act. 2 Rz 63 f.; act. 13 Rz 30).

4.3. Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreibung Nr. 1 drei weitere Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung über total Fr. 11'531.10 offen sind. Eine Betreibung über Fr. 1'406.05 befindet sich im Stadium der Pfändung und zwei weitere über insgesamt Fr. 5'282.71 wurden erst

eingeleitet. Die restlichen siebzehn Betreibungen – die erste wurde im August 2018 eingeleitet – sind aufgrund von Zahlungen an das Betreibungsamt oder an die Gläubiger erloschen. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 5/8). Allerdings kam es vor kurzem bereits zu einer Konkursöffnung; diese wurde mit Urteil der Kammer vom 27. Juni 2022 aufgehoben (Geschäfts-Nr.: PS220083, act. 5/9; vgl. auch act. 5/4 und act. 6), wobei schon damals darauf hingewiesen wurde, dass bei einem neuerlichen Konkurs in näherer Zukunft ein strengerer Massstab angewendet würde (OGer ZH PS220083 vom 27. Juni 2022, in act. 5/9 nicht eingereichte E. 7 S. 8; vgl. dazu auch unten, E. 4.10.).

Nebst der zur vorliegenden Konkursöffnung führenden Betreibung Nr. 1, für welche der Forderungsbetrag inklusive Zinsen und Kosten wie erwähnt hinterlegt wurde (vgl. E. 3), kann auch die Forderung in der Betreibung Nr. 3 der D._____ AG im Stadium der Konkursandrohung, welche zur erwähnten früheren Konkursöffnung geführt hatte, als getilgt gelten: Im damaligen Beschwerdeverfahren wurde der entsprechende Betrag bei der Obergerichtskasse hinterlegt und gemäss dem Urteil vom 27. Juni 2022 der D._____ AG ausbezahlt (vgl. act. 2 Rz 22 f.; act. 5/9). Ebenfalls bezahlt hat der Schuldner die Forderung in der Betreibung Nr. 4 im Stadium der Einleitung von E._____ über Fr. 2'037.10 (act. 2 Rz 24 f.; act. 5/10-11). Auch die bereits erwähnte weitere Forderung der Gläubigerin in der Betreibung Nr. 2 kann als getilgt bzw. zumindest gedeckt angesehen werden, hat der Schuldner doch wie erwähnt die Hauptforderung von Fr. 1'592.90 mittels Teilzahlungen von Fr. 758.95, Fr. 508.95 und Fr. 325.– an die Gläubigerin beglichen und die Zinsen und Kosten von total Fr. 452.50 am 3. April 2023 zu Gunsten der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 2 Rz 32 ff. und 70; act. 5/6-7; act. 7/1 und act. 7/3). Der Schuldner macht geltend, er habe die Forderung von Fr. 3'245.61 der F._____ AG [Bank] in der Betreibung Nr. 5, die erst eingeleitet worden war, in Raten bezahlt (act. 2 Rz 35 ff.; act. 5/14). Diesbezüglich fällt auf, dass die Betreibung am 4. Januar 2023 für einen Betrag von Fr. 3'245.61 eingeleitet wurde. Von den vom Schuldner belegten Ratenzahlungen wurde ein Teilbetrag von Fr. 2'283.15 bereits vor Einleitung der Betreibung bezahlt (Fr. 713.15 am 3. Juni 2022 und je Fr. 392.50 am 26. Juli 2022, 30. August

2022, 11. Oktober 2022 und 7. November 2022). Da der Schuldner keine Ratenzahlungsvereinbarung mit der F. _____ AG eingereicht hat, ist aufgrund der eingereichten Belege glaubhaft, dass die Forderung von Fr. 3'245.61 zwischenzeitlich im Betrag von Fr. 962.46 getilgt ist und noch ein Ausstand von Fr. 2'283.15 besteht. Mit der G. _____ AG, welche die Betreuung Nr. 6 über Fr. 4'015.50 eingeleitet hat, die sich derzeit im Stadium der Konkursandrohung befindet, hat der Schuldner gemäss seinen Ausführungen eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen. Vier Raten à Fr. 500.– hat er nachweislich bereits geleistet (act. 2 Rz 29 ff.; act. 5/13), offen sind damit noch Fr. 2'015.50. Ebenfalls noch offen ist die Betreuung Nr. 7 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich für eine Forderung von Fr. 1'406.05, sie befindet sich im Stadium der Pfändung (act. 2 Rz 38 f.). Das Total der noch offenen Betreibungen beläuft sich damit auf Fr. 5'704.70 (Fr. 2'283.15 + Fr. 2'015.50 + Fr. 1'406.05), die entsprechenden Forderungen sind zufolge des angedrohten Konkurses bzw. der angekündigten Pfändung dringendst zu bezahlen.

Zusätzlich zu den im Betreibungsregister aufgeführten Schulden erwähnt der Schuldner noch zwei weitere Kreditoren. Es handelt sich dabei um eine Rechnung von H. _____ ch über Fr. 839.95, welche am 7. April 2023 gemahnt worden sei, sowie eine Rechnung des Friedensrichteramtes I. _____ über Fr. 300.– für ein von ihm gegen eine säumige Kundin eingeleitetes Verfahren. Diese Rechnungen habe er, der Schuldner, noch nicht bezahlen können, weil zufolge der Konkurseröffnung sein Konto gesperrt worden sei (act. 13 Rz 17; act. 14/32). Im Übrigen, so der Schuldner weiter, müsse er jeweils die normalerweise monatlich anfallenden Verbindlichkeiten bezahlen (act. 13 Rz 15 mit Hinweis auf act. 13 Rz 9 ff.). Angesichts dessen, dass der Schuldner diese Schulden von sich aus vorbringt, erscheint es als glaubhaft, dass sich seine derzeit ausstehenden Kreditoren gesamthaft auf Fr. 6'844.65 belaufen (Fr. 5'704.70 + Fr. 839.95 + Fr. 300.–). Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, ob der Schuldner über ausreichende liquide Mittel verfügt, um diese begleichen zu können. Auf die laufenden Verbindlichkeiten bzw. die Frage, ob der Schuldner diesen jeweils nachkommen kann, ist sodann unter Erwägungen 4.7 und 4.9 einzugehen.

4.4. Auf dem Privatkonto des Schuldners bei der L. _____ AG, welches angesichts der darauf erfolgenden Gutschriften und dem grössten Teil der Ausgaben auch sein Geschäftskonto zu sein scheint, befanden sich am 31. März 2023 Fr. 6'971.30 (act. 5/20). Zudem hat der Schuldner noch Fr. 450.– für die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 2 Rz 69, 72 f. sowie act. 5/12, act. 7/1 und act. 7/3). Da diese Kosten jedoch bereits mit dem an das Konkursamt Uster geleisteten Vorschuss gedeckt sind (vgl. E. 3), stehen die Fr. 450.– als zusätzliche Mittel zur Schuldentilgung zur Verfügung. Dasselbe gilt für die ebenfalls bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 700.– für unvorhergesehene Kosten (act. 2 Rz 71 ff. sowie act. 5/12, act. 7/1 und act. 7/3). Nicht als Guthaben berücksichtigt werden können demgegenüber die zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Fr. 100.– für die Gerichtskosten des zweiten bei der Vorinstanz anhängig gemachten Konkursöffnungsverfahrens (Geschäfts-Nr. EK230127) betreffend die Betreuung Nr. 2, welches als gegenstandslos abgeschrieben wurde (act. 2 Rz 70, 72 f. sowie act. 5/12, act. 7/1, act. 7/3 und act. 5/22), zumal der Schuldner der Gläubigerin die fraglichen Kosten zurück bezahlen will. Zur Tilgung der in Erwägung 4.3 erwähnten noch offenen Kreditoren von Fr. 6'844.65 stehen dem Schuldner nach dem Gesagten jedenfalls Fr. 8'121.30 (Fr. 6'971.30 + Fr. 450.– + Fr. 700.–) an liquiden Mitteln zur Verfügung. Damit kann er seine Schulden sofort und vollumfänglich bezahlen.

Anzufügen ist in diesem Zusammenhang, dass der Schuldner vorbringt, zum Zeitpunkt der Einreichung seiner Beschwerde auch noch über Debitoren von rund Fr. 72'000.– zu verfügen (act. 2 Rz 52 f.). Zwar fällt auf, dass gewisse der zu deren Nachweis eingereichten Rechnungen mit einem Gesamtbetrag von Fr. 18'120.50 (Fr. 11'400.– + Fr. 1'938.60 + Fr. 3'704.90 + Fr. 1'077.–) schon vor gut einem Jahr bzw. in einem Fall einem halben Jahr gestellt wurden und zur Zahlung fällig gewesen wären (vgl. act. 5/16; Rechnungen Nrn. 8, 9, 10 und 11). Dies passt zum vom Schuldner aufgeführten Grund seiner Zahlungsschwierigkeiten. Da er jedoch glaubhaft dargelegte, dass er nun seine Buchhaltung von einem Treuhänder führen lassen wird (vgl. E. 4.2), kann davon ausgegangen werden, dass auch das Eintreiben dieser älteren Ausstände in Angriff genommen werden wird. Die übrigen Rechnungen über total Fr. 47'667.75 (Fr. 667.75 + Fr. 10'000.–

+ Fr. 5'000.– + Fr. 30'000.– + Fr. 2'000.–) sind demgegenüber erst im Jahr 2023 gestellt worden (vgl. act. 5/16; Rechnungen Nrn. 12, 13, 14, 15 und 16) und es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese nicht bezahlt werden sollten. Unter Abzug eines Delkrederes von immerhin 10 % sowie unter Vernachlässigung eines weiteren vom Schuldner erwähnten abgeschlossenen Projektes, bezüglich welchem er die Rechnung über Fr. 6'000.– aber nicht einreichte (vgl. act. 2 Rz 53), belaufen sich die Debitoren immer noch auf rund Fr. 59'200.– ([Fr. 18'120.50 + Fr. 47'667.75] x 0.9). Spätestens nach Eingang der Debitoren kann der Schuldner somit allfällige noch offene Kreditoren begleichen.

4.5. Es bleibt der Geschäftsgang zu prüfen. Da die Jahresrechnung für das Geschäftsjahr 2022 noch nicht erstellt worden sei und während der Beschwerdefrist keine Zwischenbilanz habe erstellt werden können (act. 2 Rz 59; act. 13 Rz 3 f.), reichte der Schuldner die Jahresrechnung 2021 ein (act. 14/25). Wie er richtig ausführt, weist diese einen Gewinn von rund Fr. 106'000.– aus, zudem ist ein Umsatz von Fr. 373'000.– ersichtlich. Im Vergleich dazu hatte der Schuldner im Jahr 2020 einen Gewinn von Fr. 53'000.– und einen Umsatz von Fr. 145'000.–. Den Anstieg sowohl von Gewinn als auch von Umsatz im Jahr 2021 im Vergleich zum Vorjahr führt der Schuldner auf die deutlich gestiegene Auftrags- und Kundenlage zurück (act. 13 Rz 3; act. 14/25). Zu beachten ist allerdings, dass die Bilanz in beiden Jahren ein negatives Eigenkapital aufwies, mithin das Fremdkapital die Aktiven überstieg. Flüssige Mittel waren jedoch vorhanden, im Jahr 2021 rund Fr. 18'000.– (act. 14/25). Für das Jahr 2022 reichte der Schuldner sodann eine provisorische Aufstellung der effektiv erhaltenen Einnahmen ein, wobei der Monat August 2022 davon noch ausgenommen sei, da zufolge der Kontenblockierung die nötigen Unterlagen dafür nicht greifbar gewesen seien. Der Schuldner nahm demnach Fr. 208'875.55 ein (act. 13 Rz 4 f.; act. 14/26). Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass bei dieser Zahl ein (umsatzstarker) Monat fehlt sowie der persönlichen, sich auf seine Geschäftstätigkeit auswirkenden Schwierigkeiten des Schuldners, erscheint diese Zahl, die zwischen den Umsätzen der beiden Vorjahre anzusiedeln ist, als glaubhaft. Für das Jahr 2023 reichte der Schuldner sodann den Kontoauszug seines bereits erwähnten Privatkontos bei der L. _____ AG für den Zeitraum vom 1. Januar 2023 bis zum 31. März 2023 ein. Daraus sind

Gutschriften von total Fr. 53'448.25 und Ausgaben von Fr. 51'796.24 ersichtlich, wobei der Schuldner zu bedenken gibt, dass im Gartenbau die Wintermonate witterungs- und temperaturbedingt eher schwach seien (act. 2 Rz 57; act. 13 Rz 6 f.; act. 5/20; vgl. auch act. 14/27-28). Auf das ganze Jahr hochgerechnet ergäbe sich rein rechnerisch ein Umsatz von rund Fr. 213'000.–. Dieser dürfte aber angesichts der Zahlen der beiden Vorjahre (unter Berücksichtigung der erwähnten Schwierigkeiten im Jahr 2022) und weil in den Sommermonaten nach allgemeiner Lebenserfahrung mit mehr Arbeit für einen Gärtner zu rechnen ist als im Winter, effektiv höher ausfallen.

4.6. In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen des Schuldners zur derzeitigen Auftragslage zu betrachten. Vier zugesagte Aufträge im Umfang von gesamthaft Fr. 89'223.40 erscheinen durch die entsprechenden Offerten Nrn. 147, 174, 10 und 182 als glaubhaft. Gemäss dem Schuldner sollen diese Projekte im April und Mai 2023 ausgeführt werden und jeweils nach Abschluss umgehend in Rechnung gestellt werden (act. 2 Rz 54; act. 13 Rz 21; act. 5/17). Eine weitere Offerte, Nr. 185, mit einem Auftragsvolumen von rund Fr. 211'000.– für eine Gartenneugestaltung einer Überbauung liege derzeit beim Architekt des entsprechenden Projektes zur Prüfung (vgl. act. 2 Rz 54; act. 13 Rz 21; act. 5/17). Ferner erwähnt der Schuldner noch weitere Projekte, welche er jedoch nicht bzw. nur vage mit Belegen untermauert: Ein anscheinend zugesagter, eintägiger Einsatz im Mai 2023, der mit rund Fr. 1'110.– in Rechnung gestellt werden könne (act. 2 Rz 54; act. 13 Rz 21; act. 5/17); ein Projekt für einen Kunden in J. _____ [Ort] mit einem Auftragsvolumen von Fr. 9'000.–, das voraussichtlich Ende April 2023 in Angriff genommen werden könne (act. 2 Rz 54; act. 13 Rz 21), sowie ein weiteres Projekt für die K. _____ über Fr. 24'000.–, für welches Mitte April 2023 bereits die erste Akontorechnung gestellt werden könne. Für die K. _____ habe er, der Schuldner, zudem Mitte April 2023 einen Auftrag mit einem Auftragsvolumen von Fr. 11'000.– fertiggestellt, die Schlussrechnung solle noch vor Ende April 2023 versandt werden (act. 13 Rz 21). Zudem macht der Schuldner glaubhaft, dass er über einen Kundenstamm verfügt, den er als treu bezeichnet und der sich stets auch durch Weiterempfehlungen erweitere (act. 2 Rz 55 und 63; act. 13 Rz 29; act. 5/18). Selbst wenn (noch) nicht alle der erwähnten Aufträge sicher vergeben

und/oder lückenlos belegt sind, zeigen diese Ausführungen doch, dass der Schuldner laufend Aufträge akquirieren und auch erheblichen Umsatz erzielen kann. Würde angenommen, der Schuldner könne in den Monaten Juni bis September 2023 ähnliche Einnahmen erzielen wie derzeit für den Mai und April 2023 zu erwarten sind sowie in den Monaten Oktober bis Dezember 2023 denselben Umsatz wie in den ersten drei Monaten des Jahres, käme er auf einen dem Jahr 2021 vergleichbaren Umsatz ([2 x Fr. 53'000.–] + [3 x Fr. 89'000.–]). Zudem zeigt sich am geplanten Zeitrahmen, dass der Schuldner gut ausgelastet zu sein scheint; er macht sogar geltend, auch Aufträge ablehnen zu müssen, weil er nicht genügend Kapazität habe (act. 13 Rz 28).

4.7. Den zu erwartenden Einnahmen stehen gemäss dem Schuldner geschäftliche Ausgaben von rund Fr. 9'800.– pro Monat gegenüber, wobei darin noch kein Lohn für ihn enthalten sei (act. 13 Rz 10 f.; vgl. auch act. 2 Rz 56 und act. 5/19 sowie act. 14/31-32). Werden die vom Schuldner im Einzelnen aufgelisteten Positionen mit den Angaben aus der Erfolgsrechnung des Jahres 2021 verglichen (vgl. act. 14/25), so ergibt sich, dass sich die meisten Zahlen jeweils in der gleichen Grössenordnung bewegen, was sie als plausibel erscheinen lässt. Wesentliche Unterschiede bestehen – abgesehen von den höher als im Jahr 2021 ausfallenden Mietkosten für Büro und Parkplätze, die jedoch belegt sind (vgl. act. 2 Rz 56 und act. 5/19 sowie act. 14/31) sowie den damals noch nicht erforderlichen Rückzahlungen des Corona-Kredites mit Fr. 416.– pro Monat (vgl. act. 13 Rz 10), welche vom Schuldner von sich aus erwähnt werden und damit als glaubhaft anzusehen sind – hinsichtlich des Fahrzeug- und des Materialaufwandes. So entstanden dem Schuldner im Jahr 2021 Fahrzeugkosten von rund Fr. 2'400.– monatlich (vgl. act. 14/25), während er in seiner ergänzenden Eingabe zur Beschwerde vom 19. April 2023 von rund Fr. 1'000.– ausgeht (Fr. 225.– Fahrzeugversicherungen + Fr. 208.– Abgaben Strassenverkehrsamt + Fr. 600.– Benzinkosten; act. 13 Rz 10). Waren- und Materialaufwand berücksichtigt der Schuldner in seiner Berechnung gar nicht. Im Jahr 2021 schlug dies jedoch mit rund Fr. 9'900.– pro Monat zu Buche (vgl. act. 14/25). Bei beiden Kategorien von Ausgaben ist allerdings zu beachten, dass deren Höhe direkt von der geleisteten Arbeit abhängig ist: Leistet der Schuldner mehr Einsätze, fallen die Kosten für Fahrzeuge und Ma-

terial höher aus, korrespondierend dazu dürfte er aber auch höhere Einnahmen erzielen. Betrachtet man die Jahresrechnung 2021, so ist ersichtlich, dass sich das Verhältnis von Aufwänden zu Einnahmen im Jahr 2020 auf 63 % und im Jahr 2021 auf 71 % belief (vgl. act. 14/25). Es ist – insbesondere auch unter Berücksichtigung der zu erwartenden Einnahmen – kein Grund ersichtlich, weshalb dies aktuell, wo der Schuldner sich wieder erholt hat und grundsätzlich ohne Einschränkungen arbeiten kann, wesentlich anders sein sollte. Selbst wenn also die gesamten Auslagen des Schuldners zufolge der Fahrzeug- und Materialaufwände höher ausfallen sollten als er in seiner Eingabe vom 19. April 2023 darlegt, ist zu berücksichtigen, dass entsprechend auch seine Einnahmen höher ausfallen dürften und er mutmasslich wie bereits in den Jahren 2020 und 2021 einen Gewinn erzielen wird.

4.8. Vom erzielten Gewinn zahlte sich der Schuldner jeweils einen Lohn aus. Im Jahr 2021 waren dies Fr. 67'080.– (act. 13 Rz 12). Beim erwähnten Verhältnis von Auslagen zu Einnahmen würde ein Umsatz von Fr. 225'000.– ausreichen, um einen Gewinn von Fr. 67'000.– zu erzielen und so den erwähnten Lohn ausrichten zu können. Nach den oben getätigten Ausführungen zu den Einnahmen des Schuldners sollte es ihm ohne weiteres möglich sein, einen solchen Umsatz zu erreichen. Sollte der Schuldner, was nicht unwahrscheinlich ist, einen höheren Umsatz und damit einen höheren Gewinn erzielen, stünden ihm zudem finanzielle Mittel zur Verfügung, um sein Fremdkapital zu reduzieren und die buchhalterische Überschuldung aufzulösen, insbesondere die beiden Darlehen über total Fr. 46'000.– abzubezahlen (vgl. act. 14/25). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Schuldner den ihm gewährten Corona-Kredit ohnehin bereits am Tilgen ist (vgl. E. 4.7).

4.9. Da der Schuldner ein Einzelunternehmen führt, ist auch seine private finanzielle Situation zu prüfen. Dabei ist gestützt auf die entsprechenden Ausführungen des Schuldners davon auszugehen, er werde sich erneut ein Einkommen wie in den letzten beiden Jahren ausbezahlen, nämlich rund Fr. 67'000.– bzw. Fr. 5'600.– monatlich (vgl. act. 13 Rz 12 f.). Nach den obigen Ausführungen darf angenommen werden, dass der Schuldner hierzu über genügend Mittel verfügen

wird. Weitere Einnahmen sind Kinderzulagen von insgesamt Fr. 650.– monatlich sowie das Einkommen der Ehefrau des Schuldners von Fr. 1'300.– pro Monat. Insgesamt stehen der Familie folglich Einkünfte von total Fr. 7'550.– zur Verfügung (act. 13 Rz 12 f.).

Die Ausgaben des Schuldners und seiner Familie belaufen sich gemäss seinen Angaben auf Fr. 5'107.– (act. 13 Rz 9). Die darin enthaltenen Mietkosten von Fr. 1'671.–, die Krankenkasse für die Familie von total Fr. 834.– sowie die Ratenzahlungen an die F. _____ von Fr. 392.– sind belegt (vgl. act. 13 Rz 9 und act. 14/29-30, act. 5/14). Sodann erscheinen Fr. 550.– Fahrtwegkosten sowie Fr. 390.– für Telefonie, Internet, TV/Radio (vgl. act. 13 Rz 9) für die fünfköpfige Familie angesichts der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend: Richtlinien) als plausibel. Die für Essen/Körperpflege/Kinder eingesetzten Fr. 1'100.– (vgl. act. 13 Rz 9) erscheinen jedoch als deutlich zu tief veranschlagt; gestützt auf die Richtlinien wären Grundbeträge von Fr. 1'700.– für den Schuldner und seine Ehefrau sowie Fr. 400.– bzw. ab einem Alter von 10 Jahren Fr. 600.– pro Kind einzurechnen. Strom- und Wasserkosten wären gemäss den Richtlinien in diesem Grundbetrag enthalten; der Schuldner bezieht in seiner entsprechenden Position, die er mit Fr. 170.– beziffert, jedoch auch Nebenkosten mit ein (vgl. act. 13 Rz 9). Da unklar ist, wie hoch diese genau ausfallen, sind die Fr. 170.– vollumfänglich zu berücksichtigen. Hinzu kommt schliesslich ein Betrag für Steuern, hier ist ausgehend von der Steuererklärung 2021 sowie unter Berücksichtigung des im Vergleich zu damals zusätzlichen Einkommens der Ehefrau des Schuldners mit einem Betrag von monatlich Fr. 200.– zu rechnen (vgl. act. 5/21; act. 14/33; act. 14/35). Gesamthaft beläuft sich der Bedarf für den Schuldner und seine Familie somit auf Fr. 7'507.–. Diesen Bedarf können der Schuldner und seine Ehefrau mit den erwähnten Einkünften gerade decken.

4.10. Gesamthaft gewürdigt entsteht aus den geschilderten Umständen der Eindruck, dass der in administrativen Angelegenheiten unbeholfene Schuldner durch seinen Verzicht auf das Stellen von Akontorechnungen und allenfalls auch eine Vernachlässigung seiner Buchhaltung Liquiditätsprobleme erhielt, welche zu ver-

späteten Zahlungen führte. Es kam zu einer ersten Konkureröffnung und deren Aufhebung durch die Kammer Ende Juni 2022, unter anderem, weil sämtliche damals offenen Betreibungen getilgt worden waren (vgl. OGer ZH PS220083 vom 27. Juni 2022 E. 5.1, act. 5/9). Dass es dem Schuldner nicht gelang, in der Folge weitere Betreibungen zu verhindern, erscheint angesichts des Unfalls mit tödlichem Ausgang Anfangs September 2022, welcher den Schuldner offenbar schwer belastete und ihn seine Geschäftstätigkeit vernachlässigen liess, jedoch als nachvollziehbar und kann ihm insofern nicht zum Vorwurf gemacht werden. Dass die gemäss dem Betreibungsregistrauszug vom 3. April 2023 noch offenen Betreibungen praktisch alle schon sehr weit fortgeschritten sind bzw. waren, zeigt allerdings die Dringlichkeit des Problems und führt zusammen mit dem Umstand, dass es bereits einmal zu einer Konkureröffnung kam dazu, dass erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zu stellen sind. Immerhin deuten die vom Schuldner im Jahr 2023 akquirierten neuen Aufträge und der Geschäftsgang seither wie er auch selbst ausführt darauf hin, dass er sich nun wieder gefangen hat und sich auf seine berufliche Tätigkeit konzentrieren kann. Zudem hat der Schuldner durch die Einstellung eines Buchhalters und das Stellen von Akontorechnungen auch hinsichtlich den anderen Gründen für seine Zahlungsschwierigkeiten Abhilfe geschaffen. Auch erscheint er bemüht, seine Ausstände zu tilgen, sind die Betreibungen doch bis auf zwei Ausnahmen durch Zahlung erloschen bzw. inzwischen getilgt worden und erhob der Schuldner auch nicht systematisch Rechtsvorschlag und liess es nicht zu Verlustscheinen kommen. Die vorliegende Konkureröffnung beruhte zudem auf einem Irrtum des Schuldners und nicht auf fehlender Liquidität – wie gezeigt, ist er in der Lage, seine Kreditoren umgehend vollumfänglich zu tilgen. Da es sich bei seinem Betrieb um ein grundsätzlich gut laufendes Gartenbaugeschäft mit regelmässigen Aufträgen handelt und zu erwarten ist, dass der Schuldner auch in Zukunft Gewinne erwirtschaften können wird, sollte es bei entsprechendem Management der administrativen Angelegenheiten gelingen, die laufenden Verbindlichkeiten stets termingerecht zu decken und zudem Fremdkapital zu reduzieren. Im Übrigen stehen dem Schuldner und seiner Familie auch privat genügend finanzielle Mittel zur Verfügung, um ihre Lebenshaltungskosten bezahlen zu können. Es bestehen somit

wesentliche Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation des Schuldners, sodass seine Zahlungsschwierigkeiten noch einmal als vorübergehend erscheinen und die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Sollte es in näherer Zukunft allerdings ein weiteres Mal zu einer Konkursöffnung kommen, so müsste dies als kaum mehr zu überwindendes Indiz seiner Zahlungsunfähigkeit gewertet werden. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen.

4.11. Von den bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 4'707.55 (vgl. E. 3) stehen Fr. 3'557.55 (Fr. 3'005.05 [für die Konkursforderung hinterlegter Betrag] + Fr. 452.50 [Zinsen und Kosten betreffend die Betreuung Nr. 2, vorinstanzliches Verfahren EK230127] + Fr. 100.– [Ersatz der Gerichtskosten des Verfahrens EK230127]) der Gläubigerin zu und Fr. 1'150.– (Fr. 450.– [Entscheidgebüür Vorinstanz] + Fr. 700.– [unvorhergesehene Kosten]) dem Schuldner. Die Kasse ist zu entsprechenden Auszahlungen anzuweisen.

5. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben wird. Der Gläubigerin ist mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 21. März 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebüür wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebüür von Fr. 450.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderung hinterlegten Betrag von total Fr. 4'707.55 der Gläubigerin Fr. 3'557.55 und dem Schuldner Fr. 1'150.– auszubezahlen.
5. 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 auszuführen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 13, 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 Zürich und an das Betreibungsamt Uster, je gegen Empfangs-schein.

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. K. Houweling-Wili

versandt am:
15. Mai 2023