

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230162-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 2. Oktober 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 31. August 2023 (EK230075)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern eröffnete mit Urteil vom 31. August 2023 über den Beschwerdeführer den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 1'255.50 nebst Zins zu 5 % seit 13. Februar 2023 zuzüglich Fr. 41.50 Zins bis 12. Februar 2023, Fr. 40.-- Mahn- und Verwaltungsspesen vom 29. Dezember 2022 sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 7). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. September 2023 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Zudem leistete der Beschwerdeführer bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht üblicherweise erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/6). Mit Verfügung vom 15. September 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurs hinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3.1 Der Beschwerdeführer hinterlegte mit Zahlung vom 13. September 2023 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich zu Gunsten der Beschwerdegegnerin einen Betrag in Höhe von Fr. 1'600.-- (act. 5/9). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten. Des Weiteren bezahlte der Beschwerdeführer am 1. September 2023 dem Konkursamt Schlieren Fr. 1'000.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Kon-

kursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/9). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat der Beschwerdeführer überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.2. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. 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 (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

3.3. Der Beschwerdeführer ist mit der Firma "... Inh. A. _____" seit dem tt.mm.2022 im Handelsregister des Kantons Schwyz eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt die Ausführung von Maler- und Gipserarbeiten sowie aller anderen Arbeiten, die mit dem Baugewerbe zusammenhängen (act. 6). Der Beschwerdeführer gibt zusammengefasst an, der operative Betrieb sei Anfang Juni 2022 aufgenommen worden. Nach einer anfänglich etwas herausfordernden

Auftragslage sei es ihm gelungen, sich auf dem Markt erfolgreich zu positionieren, sodass inzwischen kontinuierlich neue Aufträge generiert werden könnten. Das würden die eingereichte Gegenüberstellung der Einnahmen bzw. Ausgaben, die Kostenübersicht betreffend laufende Arbeiten sowie eine Aufstellung von neuen Offerten für das 4. Quartal 2023 und das 1./2. Quartal 2024 bestätigen (act. 2 S. 6). Da es sich um einen sehr kleinen Familienbetrieb handle, sei bislang noch keine komplexe Buchhaltung geführt worden, welche zu den Akten gereicht werden könne. Eine Steuererklärung liege derzeit auch noch nicht vor. Mit der geleisteten Konkurs hinterlage sowie den eingereichten Kontoauszügen belege er aber, dass er in der Lage sei, den vorübergehenden Liquiditätsengpass zu überbrücken und sämtliche offenen Betreibungen samt Zinsen und Kosten vollständig zu begleichen. Darüber hinaus könne er glaubhaft machen, dass auf Grund seiner Geschäftstätigkeit insbesondere im laufenden Monat September 2023 und im vierten Quartal 2023 ganz konkrete und beträchtliche Zahlungseingänge zu erwarten seien (act. 2 S. 5 und S. 6 f.).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Bonstetten (act. 5/7) weist per 4. September 2023 keine Verlustscheine, allerdings 83 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 95'502.-- seit 10. Oktober 2018 und 32 Betreibungen seit der Eintragung der Einzelunternehmung im Handelsregister aus. Davon sind drei Betreibungen über Fr. 360.-- bereits erloschen, 13 Betreibungen über Fr. 20'317.80 sind durch Befriedigung nach Verwertung und weitere 57 Betreibungen über Fr. 55'652.65 durch Bezahlung an Betreibungsamt/Gläubiger erledigt worden. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 1'337.-- vermerkt) derzeit noch neun offene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 17'834.55, wobei drei Betreibungen über Fr. 4'971.45 sich im Stadium der Pfändung befinden, bei drei Betreibungen über Fr. 4'371.60 ebenfalls die Konkursandrohung ausgestellt wurde, bei einer Betreibung über Fr. 2'665.80 Rechtsvorschlag erhoben wurde und zwei Betreibungen über Fr. 5'825.70 neu eingeleitet wurden.

3.5. Der Beschwerdeführer weist allerdings nach, (mehr als) den gesamten Betrag der noch offenen Betreibungen durch Zahlung von Fr. 21'000.-- am 13. September 2023 bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/10). Dieser Betrag wird dem zuständigen Betreibungsamt zur Tilgung der Forderungen (Betr.-Nrn. ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...) ausbezahlt sein und dürfte im Mehrumfang auch die Inkassospesen des Betreibungsamtes (Art. 19 GebV SchKG) sowie allfällige im Auszug nicht aufgeführte Zinsen und Kosten decken. Unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist gestützt auf die eingereichten Unterlagen deshalb davon auszugehen, dass einzig laufende Verbindlichkeiten bestehen, die es zu decken gilt.

3.6. Nach eigener, detaillierter Aufstellung des Beschwerdeführers belaufen sich die privaten Verbindlichkeiten auf rund Fr. 5'000.-- pro Monat und es ist in den nächsten vier Monaten (September bis Dezember 2023) konkret mit geschäftlichen Ausgaben von rund Fr. 30'000.-- zu rechnen (act. 5/12).

3.7. Zur Deckung dieser Verbindlichkeiten stehen dem Beschwerdeführer gemäss Kontoauszügen der Raiffeisenbank Zürich und der PostFinance betreffend der auf ihn lautenden Konti per 12. September 2023 einerseits flüssige Mittel von Fr. 10'265.04 und Fr. 384.34 zur Verfügung (act. 5/26-27). Andererseits ist nach Angaben des Beschwerdeführers in den nächsten Monaten (September bis Dezember 2023) für bestehende Aufträge mit Einnahmen in Höhe von rund Fr. 140'000.-- zu rechnen (act. 5/11 und act. 5/14-5/21). Damit vermag der Beschwerdeführer glaubhaft zu machen, dass es ihm möglich ist, auch die laufenden Verbindlichkeiten zu decken.

3.8. Vor diesem Hintergrund ist insgesamt glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung trotz einer grossen Zahl von Betreibungen nicht auf eine ständige Illiquidität des Beschwerdeführers zurückzuführen ist, zumal der Beschwerdeführer offenbar in der Lage war, am 13. September 2023 den Betrag von Fr. 21'000.-- für die offenen in Betreibung gesetzten Schulden aufzubringen, und davon auszugehen ist, dass er auch den laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können. Die regelmässigen und häufigen Betreibungen lassen jedoch entweder auf eine mangelhafte Zahlungsmoral oder eine unzureichende Zahlungsadminis-

tration schliessen, die es jedenfalls dringend zu verbessern gilt. Insgesamt erscheint aber die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Beschwerdeführers einstweilen wahrscheinlicher als das Gegenteil. Daher gilt der Beschwerdeführer nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Beschwerdeführers verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 1'600.-- ist der Beschwerdegegnerin auszuführen und der ebenfalls bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 21'000.-- ist an das Betreibungsamt Bonstetten zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 31. August 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'600.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 1'600.-- der Beschwerdegegnerin auszuführen.
5. Die Obergerichtskasse wird ferner angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 21'000.-- dem Betreibungsamt Bonstetten auszuzahlen, zur Anrechnung an die offenen Betreibungen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bonstetten, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: