

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 8. Mai 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **Versicherungen AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch B. _____ Versicherungen AG, Inkasso

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Affoltern vom 26. Februar 2024 (EK240006)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 26. Februar 2024 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Affoltern für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 2'867.40 nebst 5 % Zins seit 12. September 2023 zuzüglich Fr. 271.95 Kostenbeteiligung KVG, Fr. 99.75 Zinsen, Fr. 155.– Mahngebühr und Fr. 161.60 Betreuungskosten den Konkurs über den Schuldner (act. 3). Dagegen erhob dieser mit Eingabe vom 8. März 2024 Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Dazu reichte er zahlreiche Beilagen ein (act. 5/2-15).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist, der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist, oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hängt nach der Praxis der Kammer davon ab, ob innert der Beschwerdefrist einer der vorgenannten Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachgewiesen wird und (falls es darauf ankommt) die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten nicht schon auf den ersten Blick geradezu ausgeschlossen ist (vgl. ZR 112 (2013) Nr. 4). Beim Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung muss der geschuldete Betrag einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten vor Ablauf der Beschwerdefrist beim Obergericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt worden sein (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sind praxisgemäss (ebenfalls vor Ablauf der Beschwerdefrist) beim zuständigen Konkursamt sicherzustellen (vgl. OGer PS110095 vom 6. Juli 2011).

3. Mit Einreichung der Beschwerde belegte der Schuldner, dass er die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von Fr. 3'627.40 innert der Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse hinterlegt und die Kosten des Konkursamtes in der Höhe von Fr. 1'200.– sichergestellt hatte (act. 5/12 und 5/15, act. 2 Rz 7). Somit liegt der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung gemäss

Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Weiter leistete der Schuldner den Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 5/12, act. 2 Rz 7). Mit Verfügung vom 12. März 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 11).

4. Nebst dem Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt. 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; BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2).

5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Betreibungsamts Affoltern am Albis (act. 5/11) wurden in den letzten fünf Jahren bis zum 4. März 2024 44 Beteiligungen eingeleitet, wovon 39 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie der Umstand, dass es in den noch nicht erledigten Beteiligungen in drei Fällen zur

Konkursandrohung und zweimal zur Pfändung kam, lassen auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde der Forderungsbetrag der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreuung Nr. 1 inzwischen bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Damit sind noch vier Betreibungen von total rund Fr. 7'354.– offen. Den Gesamtbetrag der beiden Betreibungen Nr. 2 und 3 der C._____ SA von Fr. 1'050.80 überwies der Schuldner, abgesehen von Fr. 0.30, direkt an die C._____ (act. 5/13). Die beiden Betreibungen Nr. 4 und 5 betreffen Steuerschulden. Auch diese beiden Beträge in der Höhe von Fr. 6'302.75 hinterlegte der Schuldner bei der Obergerichtskasse (act. 5/14-5/15). Somit verbleiben keine offenen, in Betreuung gesetzten Forderungen.

b) Der Schuldner ist Inhaber der Einzelfirma D._____, Inh. E._____. Diese habe er jedoch 2023 stillgelegt, weshalb sie im Handelsregister hätte gelöscht werden sollen. Aktuell sei er als Geschäftsführer in seiner eigenen GmbH, der D._____ angestellt (act. 2 Rz 4 f., act. 5/3-4). Der Schuldner reichte weder den letzten Jahres- oder Zwischenabschluss seiner Einzelfirma noch seine neuesten Steuererklärungen ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Er macht geltend, er habe nur vereinzelte Kreditoren wie laufende Rechnungen für Telefon, EWZ und Krankenkasse, welche er fristgerecht begleichen werde (act. 2 Rz 6). Hierzu ist anzumerken, dass seit Anfang 2023 immerhin vier Betreibungen inklusive derjenigen für die Konkursforderung von Krankenkassen eingeleitet worden sind. Diese Forderungen wurden aber inzwischen wie ausgeführt bezahlt oder hinterlegt. Somit ist zugunsten des Schuldners davon auszugehen, dass die in der konkursamtlichen Einvernahme vom 29. Februar 2024 noch erwähnten Ausstände von Fr. 8'000.– (act. 5/6 S. 12) nicht mehr bestehen und er aktuell keine nennenswerten Verbindlichkeiten hat, die zu decken wären. Er führt aber auch keine Debitoren an. So weist sein Konto bei der F._____ per 31. Januar 2024 einen Saldo von Fr. 32.70 auf. Gemäss den Angaben des Schuldners in der Einvernahme hat er noch ein Konto bei der G._____ mit einem Guthaben von Fr. 12.85 (act. 5/6 S. 9). Weiter erwähnt er seine Stammanteile an der GmbH (act. 2 Rz 5, act. 5/6 S. 11). Diese sind jedoch unbeachtlich, da sie in der Gesellschaft gebunden sind und zudem lediglich einen Nominalwert darstellen. Hin-

weise auf andere Vermögenswerte liegen nicht vor und ergeben sich insbesondere auch nicht aus dem Einvernahmeprotokoll.

Der Schuldner führt unter Hinweis auf seinen Arbeitsvertrag aus, als Geschäftsführer der GmbH beziehe er einen Monatslohn von Fr. 7'000.–. In der Einvernahme erklärte er, geplant sei ein monatliches Einkommen von brutto Fr. 7'000.–, es variere jedoch je nach Auftragslage (act. 5/6 S. 8). Damit könne er den Lebensunterhalt seiner Familie bestreiten. Für seine 4½-Zimmerwohnung bezahle er monatlich Fr. 1'820.– (act. 2 Rz 6, act. 5/5 und 5/8). In Anbetracht des Umstandes, dass der Schuldner mit Blick auf dieses Verfahren innert Kürze rund Fr. 11'700.– aufzubringen und damit seine Schulden abzutragen vermochte (act. 5/12-5/14, oben E. 5.a), erscheint auch ohne detaillierte Angaben zu seiner wirtschaftlichen Lage glaubhaft, dass er mit seinem Einkommen in Zukunft seinen laufenden Verpflichtungen regelmässig nachkommen kann. Zur Untermauerung seiner grundsätzlich soliden finanziellen Lage verweist der Schuldner auf seine GmbH, welche gut aufgestellt sei. Diese beschäftige drei Angestellte sowie zwei Lehrlinge und erziele genügend Umsatz, um ihm den erwähnten Lohn auszusahlen (act. 2 Rz 5 f.). Die wirtschaftliche Situation der GmbH ist für die Frage der Zahlungsfähigkeit des Schuldners indes nur am Rande von Bedeutung. Im Übrigen kann aus der Liste "Einnahmen / Ausgaben" vom 8. März 2024 – konkret wurden die Debitoren von Fr. 21'377.65 im März 2024 hervorgehoben, ohne aber die Ausgaben von Fr. 23'512.20 zu erwähnen (act. 2 Rz 6) – nicht auf die Profitabilität der GmbH geschlossen werden, da die Aufstellung nur vier Monate umfasst und das Verhältnis zwischen Einnahmen und Ausgaben sowie deren Höhe von Monat zu Monat stark schwanken (act. 5/9). Von der Zwischenbilanz (wohl per 8. März 2024) wurde nur die Aktivseite eingereicht, welche Aktiven von Fr. 44'107.05 ausweist. Sie führt aber auch nicht näher kommentierte negative Aktiven von rund Fr. 80'000.– auf (act. 5/10). Da die Passivseite fehlt, kann keine Beurteilung der Vermögenslage der GmbH vorgenommen werden. Massgebend ist aber vorliegend, dass der Schuldner von der GmbH ein Einkommen bezieht, welches ihm die Deckung seiner Lebenshaltungskosten ermöglicht. So sind im Kontoauszug der F._____ denn auch regelmässige Gutschriften verzeichnet

(act. 5/7). Demzufolge ist von einer bloss vorübergehenden Illiquidität des Schuldners auszugehen.

c) Seine Zahlungsfähigkeit ist gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, auch wenn der Schuldner seine finanzielle Situation teilweise lückenhaft belegt. Dies insbesondere, da es sich um die erstmalige Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über den Schuldner. Der Schuldner ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde und an das Glaubhaftmachen seiner Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären.

6. Obschon die Beschwerde gutzuheissen ist, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 26. Februar 2024, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
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. Das Konkursamt Affoltern ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.– (Fr. 1'200.– 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.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Gläubigerin die vom Schuldner hinterlegten Fr. 3'627.40 zu überweisen.

Weiter wird die Obergerichtskasse angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 6'302.75 an das Betreibungsamt Affoltern a.A. zur Tilgung der Forderungen aus den Betreibungen Nr. 4 (Staat Zürich und Gemeinde Obfelden) und 5 (Kanton Zürich) zu überweisen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Affoltern, weiter im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sowie an das Betreibungsamt Affoltern a.A., je gegen Empfangsschein, ferner an die Obergerichtskasse.
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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:
13. Mai 2024