

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220212-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakić

Urteil vom 21. Dezember 2022

in Sachen

c

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. November 2022
(EK220265)

Erwägungen:

1.1. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem tt. Oktober 2015 im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragenen Einzelunternehmens "A1._____" (act. 5). Über ihn wurde in der Betreuung Nr. ... mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 30. November 2022 für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 1'239.45 zuzüglich Zins von 5 % seit 27. Juni 2022, Spesen von CHF 200.–, Zins von CHF 30.50 und Betreuungskosten von CHF 146.60 der Konkurs eröffnet (Total: CHF 1'643.05; act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 2. Dezember 2022 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert und der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum Ende der Beschwerdefrist im Sinne der Erwägungen ergänzen könne (act. 9). Zudem wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren und dem Betreibungsamt Meilen Frist zur Vernehmlassung angesetzt.

Mit Eingabe vom 8. Dezember 2022 reichte das Betreibungsamt Meilen seine Vernehmlassung ein, die dem Schuldner mit Kurzbrief vom 9. Dezember 2022 zugestellt wurde (act. 12 und 15). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2022 (Datum Poststempel) reichte der Schuldner eine Ergänzung zu seiner Beschwerde ein (act. 16). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde fristgerecht geleistet (act. 18). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-16). Das Verfahren ist spruchreif.

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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren un-

beschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Der Schuldner hat mit Zahlung vom 12. Dezember 2022 für die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten einen Betrag von CHF 1'662.25 beim Betreibungsamt Meilen bezahlt. Dieser Betrag deckt die vorstehend dargelegten Forderungen der Gläubigerin samt Kosten (act. 17/1/2). Weiter hat er die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt (act. 17/1/3). Damit hat der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass er den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG getilgt hat.

4.1. Da die Zahlung erst nach der Konkursöffnung geleistet wurde, bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. 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). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner somit noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, sodass 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 E. 2.3.).

Der Konkurs wurde über den Schuldner als Einzelunternehmer und damit als natürliche Person eröffnet, die für alle Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen haftet. Eine Trennung zwischen geschäftlichen Schulden bzw. Guthaben und solchen des persönlichen Bedarfs gibt es daher nicht, weshalb die Prüfung der Zahlungsfähigkeit auch die Lebenshaltungskosten des Schuldners mitberücksichtigen muss.

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegt ein aktueller Auszug des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach, der den Zeitraum vom 24. Januar 2018 bis 12. Dezember 2022 umfasst (act. 17/6). In dieser Zeit wurde der Schuldner – nebst der vorliegenden Konkursforderung – achtmal betrieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 120'880.–. Aktuell sind noch zwei Betreibungen im Gesamtumfang von CHF 23'616.85 offen, wovon in einer bereits der Konkurs angedroht wurde. Frühere Konkursöffnungen oder Verlustscheine sind keine registriert (act. 17/6).

In Bezug auf die Betreuung der Stockwerkeigentümergeinschaft C.____-Strasse ... / ... erklärt der Schuldner, er werde diese im Dezember begleichen, was ohnehin geplant gewesen sei. Betreffend die Betreuung des Kantons Zürich gibt er an, er müsse dies noch klären, da er der Meinung gewesen sei, diese sei erledigt (act. 17/6). Da keine Belege vorliegen, dass die Ausstände beglichen wurden resp. ungerechtfertigt seien, sind beide Forderungen als Schulden zu berücksichtigen.

Damit ist von Betreuungsschulden im Gesamtumfang von CHF 23'616.85 auszugehen. Über weitere Schulden – abgesehen von Hypothekarschulden – äussert sich der Schuldner nicht.

4.3. Der Schuldner reichte keine Belege ein, aus denen Rückschlüsse über seine Liquidität gezogen werden könnten, wie bspw. Bankbelege. Immerhin geht aus den eingereichten Unterlagen hervor, dass der Schuldner zusammen mit seiner Ehefrau – zumindest per Ende 2018 – über mehrere Liegenschaften verfügte

und er mitten im Verkaufsprozess betreffend die Liegenschaft an der D. _____ - Strasse ... in E. _____ ist (act. 17/3 und 17/5). Aus dem entsprechenden Kaufvertragsentwurf geht hervor, dass der Verkaufserlös der Liegenschaft CHF 1.5 Mio. beträgt, wovon jedoch die Belehnung von CHF 700'000. – sowie die geschätzte Grundstückgewinnsteuer von CHF 90'000. – abzuziehen sind (vgl. act. 17/5 S. 1; vgl. auch Kaufvertragsentwurf S. 7 und S. 10). Gestützt auf den Entwurf und die bereits unterzeichnete Reservationsvereinbarung ist davon auszugehen, dass die vollständige Kaufpreiszahlung per Ende März 2023 geleistet wird (act. 17/5, Reservationsvereinbarung S. 1 und Kaufvertragsentwurf S. 7). Es ist folglich anzunehmen, dass dem Schuldner aus dem Verkauf der Liegenschaft an der D. _____ - Strasse ... in E. _____ netto CHF 700'000.– verbleiben wird. Auch wenn er über diesen Betrag erst im Frühling 2023 verfügen wird und über seine sonstigen Schulden (bspw. Hypothekarschulden der anderen Liegenschaften) wenig bekannt ist, kann zu seinen Gunsten davon ausgegangen werden, dass er (spätestens) mit diesem Betrag seine offenen Schulden wird begleichen können.

4.4. Der Schuldner macht einen monatlichen Bedarf für sich und seine Ehefrau von rund CHF 15'000.– geltend (jährlicher Gesamtbedarf CHF 184'000.–, act. 17/2). Diesem Bedarf kann mangels Belegen kein aktuelles und vollständiges Gesamteinkommen gegenübergestellt werden. In Bezug auf das Einzelunternehmen macht der Schuldner für das aktuelle Jahr Dienstleistungserlöse von rund CHF 80'000.– geltend, wobei die daraus resultierten Einkünfte nur ein Teil des Jahreseinkommens seien (vgl. act. 17/4). Der Schuldner unterlässt es allerdings, in seiner Beschwerde klarzustellen, welche weiteren Einkünfte er hat. Immerhin geht aus der Schlussrechnung für das Steuerjahr 2018 hervor, dass das gesamte Jahreseinkommen der Ehegatten auf CHF 268'000.– veranlagt wurde; selbst unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Abzüge wurde das Einkommen mit rund CHF 205'000.– veranlagt (act. 17/3). Aus denselben Unterlagen geht ferner hervor, dass ein grosser Teil des Einkommens durch Vermietungen der Liegenschaften generiert wird, womit zugunsten des Schuldners wohl auch in Zukunft zu rechnen ist.

4.5. Zusammenfassend kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten hauptsächlich auf den pandemiebedingten Umsatzeinbruch zurückzuführen ist, zumal in den Jahren 2020 und 2021 im Vergleich zu den Vorjahren über 80 % weniger Erlöse generiert wurden (vgl. act. 17/4). Immerhin scheint sich das Unternehmen des Schuldners wieder etwas zu erholen. Durch den zu erwartenden Liegenschaftsverkauf und dem damit verbundenen hohen Zahlungseingang erscheint es glaubhaft, dass der Schuldner seine Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen können und er seinen aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. Der Schuldner erscheint nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid, weswegen seine Zahlungsschwierigkeiten als nur vorübergehend zu erachten sind. Seine wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint gegeben, auch wenn durchaus Zweifel bestehen. Insbesondere erscheint es fraglich, inwiefern der hohe monatliche Bedarf der Ehegatten trotz substantiellem Umsatzeinbruch finanziert werden kann. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. 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.). Der Schuldner ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde, an das Glaubhaftmachen seiner Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären und er insbesondere seine persönliche finanzielle Situation – insb. die Aufschlüsselung der Gesamteinkünfte und Schulden – detaillierter darlegen müsste.

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben. Damit kann die Frage offen bleiben, ob das Betreibungsamt Meilen die Zahlung vom 4. November 2022 über CHF 1'643.08 korrekt verbuchte (vgl. act. 2, act. 12 und act. 16).

5. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine

Zahlungssäumnis – immerhin musste die Gläubigerin das Konkursbegehren stellen – verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 30. November 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass der Schuldner bereits CHF 250.– bezahlt hat und die übrigen CHF 250.– vom Vorschuss der Gläubigerin bezogen wurden.
3. Das Konkursamt Meilen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 3'550.– (CHF 2'000.– Zahlung des Schuldners sowie CHF 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin CHF 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 16, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Meilen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau und an das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach sowie an die Grundbuchämter F._____, G._____, H._____, I._____ und J._____, je gegen Empfangsschein.

5. 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 T. Rumpel

versandt am:
21. Dezember 2022