

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240026-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 23. Februar 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw, LL.M. X2. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfah-
ren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Januar 2024
(EK230330)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen eröffnete mit Urteil vom 31. Januar 2024 über den Beschwerdeführer den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 800.55 nebst Zins zu 5 % seit 25. Juli 2023 zuzüglich Fr. 373.05 Kostenbeteiligung KVG 02/2022, Fr. 26.15 Zinsen KVG, Fr. 300.-- Mahngebühren KVG 07/2022 - 06/2023 sowie Fr. 173.85 Betreuungskosten (act. 3). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 12. Februar 2024 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 15. Februar 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt. Der Kostenvorschuss wurde am 16. Februar 2024 geleistet (act. 11).

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 einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe 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 macht zunächst geltend, die Konkursforderung der Beschwerdegegnerin einschliesslich Zinsen und Kosten bezahlt zu haben. Zum Nachweis legt er die entsprechende Abrechnung des Betreibungsamtes Küssnacht-Zollikon-Zumikon vom 9. Februar 2024 zu den Akten (act. 5/10; Betreuung Nr. ...). Zudem legt der Beschwerdeführer eine Bestätigung des Konkursamtes Küssnacht vom 6. Februar 2024 vor, wonach er zur Deckung der Kosten des Kon-

kursantes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 800.-- geleistet hat (act. 5/12). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

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). 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 "C._____" seit dem tt.mm.2021 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt die Erbringung, Koordination, Planung und Ausführung von ... und Handel mit damit zusammenhängenden Waren (act. 6). Zu seiner Zahlungsfähigkeit gibt der Beschwerdeführer zusammengefasst an, bei seinem Unternehmen handle es sich um ein junges, wachsendes und ertragreiches Unternehmen. In der Vergangenheit sei er mehrfach betrieben worden, doch seien sämtliche Gläubiger mittlerweile befriedigt worden. Er sei unachtsam in Bezug auf die pünktliche Begleichung von Rechnungen gewesen und habe den eingehenden Betreibungen zu-

nächst nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt. Er habe sich offensichtlich zu wenig um die administrativen Angelegenheiten gekümmert. Trotz genügender Einkünfte habe er die in Betreuung gesetzten Forderungen nicht umgehend bezahlt. Erst nach der vom Konkursamt durchgeführten Einvernahme und nach rechtlicher Aufklärung durch seinen Vertreter seien ihm die gravierenden Folgen eines Konkursverfahrens und die Notwendigkeit, seine finanzielle Situation in Ordnung zu bringen, bewusst geworden. In der Folge habe er beim Betreibungsamt sämtliche ausstehenden, in Betreuung gesetzten Forderungen vollumfänglich bezahlt (act. 2 S. 5 ff.). Im Geschäftsjahr 2022 habe er einen betrieblichen Ertrag von Fr. 122'313.-- und einen Gewinn von Fr. 49'004.05 erzielt. Für die Zeit von Januar bis September 2023 werde provisorisch ein Gewinn von Fr. 62'340.04 ausgewiesen. Hochgerechnet auf das ganze Jahr 2023 sei mit einem Gewinn von Fr. 83'120.-- zu rechnen, was im Lichte der im letzten Quartal 2023 erzielten Erträge in Höhe von Fr. 47'000.-- plausibel erscheine. Die Geschäftsentwicklung sei positiv und die Auftragslage sei nach wie vor gut (act. 2 S. 4 f.). Seine privaten Verpflichtungen würden sich monatlich auf Fr. 4'400.-- belaufen. Mit seinen jährlichen Einnahmen von Fr. 83'120.-- bzw. monatlich Fr. 6'925.-- könne er die laufenden Verpflichtungen decken (act. 2 S. 7 ff.).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (act. 5/9) weist per 9. Februar 2024 keine Verlustscheine, aber 34 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 31'339.51 aus. Davon sind zwei Betreibungen über Fr. 946.60 bereits erloschen, in sieben Betreibungen über Fr. 13'158.23 wurde die Forderung nach Verwertung befriedigt und die übrigen 25 Betreibungen über Fr. 17'234.68 (inklusive Konkursforderung, im Registerauszug mit Fr. 1'499.75 vermerkt) sind durch Bezahlung an Betreibungsamt/Gläubiger erledigt worden. Zuletzt bezahlte der Beschwerdeführer am 9. Februar 2024 15 Betreibungen bzw. einen Betrag von rund Fr. 17'000.-- an das Betreibungsamt (act. 5/10 und act. 5/13-14). Demnach bestehen derzeit keine offenen Betreibungen mehr und unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist gestützt auf die einge-

reichten Unterlagen deshalb davon auszugehen, dass einzig laufende Verbindlichkeiten bestehen, die es zu decken gilt.

3.5. Nach eigener, detaillierter Aufstellung des Beschwerdeführers belaufen sich die privaten Verbindlichkeiten auf rund Fr. 4'400.-- pro Monat (vgl. act. 5/15-24). Die geschäftlichen Ausgaben (Aufwand) betragen gemäss den eingereichten Erfolgsrechnungen im Jahr 2022 Fr. 73'309.70 (act. 5/2-3) und im Zeitraum von Januar bis September 2023 Fr. 58'540.36 (act. 5/6-7). Aufgerechnet auf das ganze Jahr 2023 (12/9 = Fr. 78'053.81) ergibt dies monatlichen Ausgaben in Höhe von Fr. 6'504.48. Mit diesem Betrag ist einstweilen auch für das laufende Jahr zu rechnen, zumal ein beträchtlicher Teil der Aufträge offenbar auf Stammkunden entfällt und deshalb davon auszugehen ist, dass sich der geschäftliche Betrieb auch in Zukunft ungefähr im gleichen Rahmen bewegen wird (vgl. act. 5/8).

3.6. Diesen Verbindlichkeiten standen Erträge in Höhe von Fr. 122'313.75 im Jahr 2022 und Fr. 120'880.40 von Januar bis September 2023 bzw. Fr. 161'173.86 aufgerechnet auf das gesamte Jahr 2023 gegenüber (act. 5/2-3 und act. 5/6-7). Hinzu kommt das private Einkommen des Beschwerdeführers, welches jeweils dem Unternehmensgewinn entspricht. Dieser belief sich im Jahr 2022 auf Fr. 49'004.05 und von Januar bis September 2023 auf Fr. 62'340.04 bzw. aufgerechnet auf das gesamte Jahr 2023 auf Fr. 83'120.05 (act. 5/2-3 und act. 5/6-7). Demnach ist wie auch bei den Ausgaben gestützt auf die Zahlen von 2023 (vgl. E. 3.6 vorstehend) derzeit von einem monatlichen Einkommen des Beschwerdeführers in Höhe von Fr. 6'926.67 auszugehen. Angesichts der positiven Umsatz- und Gewinnentwicklung seit Beginn der unternehmerischen Tätigkeit erscheint die Annahme nicht unrealistisch, dass sich der Gewinn zukünftig gar noch erhöhen wird. Damit vermag der Beschwerdeführer glaubhaft zu machen, dass es ihm möglich ist, auch die laufenden privaten und geschäftlichen Verbindlichkeiten zu decken.

3.7. Vor diesem Hintergrund ist insgesamt glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung nicht auf eine ständige Illiquidität des Beschwerdeführers zurückzuführen ist, zumal der Beschwerdeführer offenbar in der Lage war, am 9. Februar 2024 den Betrag für zahlreiche offene Beteiligungen aufzubringen, und da-

von auszugehen ist, dass er auch den laufenden Verbindlichkeiten wird nachkommen können. Vielmehr lassen die Betreibungen und die Konkursöffnung auf eine unzureichende Zahlungsadministration 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. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass bei einer weiteren Konkursöffnung in einem zweiten Beschwerdeverfahren strengere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt würden.

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. Aus dem gleichen Grund ist dem Beschwerdeführer keine Prozessentschädigung zuzusprechen und auch der Beschwerdegegnerin ist bei diesem Ausgang sowie mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 31. Januar 2024 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. 500.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Das Konkursamt Küssnacht wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.-- (Fr. 800.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'300.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Be-

schwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Küsnacht, mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
26. Februar 2024