

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220050-O/U

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

Urteil vom 8. April 2022

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 23. Februar 2022 (EK220006)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen eröffnete mit Urteil vom 23. Februar 2022 über den Beschwerdeführer den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 27'494.-- nebst 12 % Zins seit 3. September 2021, Fr. 1'692.60 Zinsanteil des ursprünglichen Passivsaldos und Fr. 215.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 6). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 7. März 2022 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 8. März 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert (act. 9). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer auf die Voraussetzungen der Konkursaufhebung sowie die Möglichkeit, seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Darlegung des Konkursaufhebungsgrundes und der Zahlungsfähigkeit zu ergänzen, hingewiesen (act. 9). Nachdem der Beschwerdeführer mit Eingaben vom 8. und 11. März 2022 seine Beschwerdeschrift hinsichtlich des Konkurshinderungsgrundes und seiner Zahlungsfähigkeit ergänzt hatte (act. 12-13 und act. 14-15), wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 15. März 2022 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 17). Zudem wurde das angefochtene, bis zu diesem Zeitpunkt nicht eröffnete Konkurserkennntnis dem Beschwerdeführer nunmehr ordnungsgemäss zugestellt (act. 17-18). Innert der Rechtsmittelfrist reichte der Beschwerdeführer weitere Eingaben mit zusätzlichen Beilagen ein (act. 19-20 und act. 22-23).

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 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 kon-

kurshindernde 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 einschliesslich Zinsen und Kosten der Beschwerdegegnerin bezahlt zu haben und weist eine Zahlung am 7. März 2022 in Höhe von Fr. 31'074.25 an die Beschwerdegegnerin nach (act. 15/2). Dieser Betrag reicht aus, um die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten zu begleichen (vgl. act. 8). Zudem bezahlte der Beschwerdeführer an die Obergerichtskasse am 8. März 2022 einen Betrag von Fr. 1'786.-- (act. 11) und am 14. März 2022 einen Betrag von Fr. 50.-- (act. 21). Dieser Betrag von insgesamt Fr. 1'836.-- reicht aus, um den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Vorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.-- zu decken sowie im Falle der Gutheissung der Beschwerde die zu erwartenden Konkurskosten (Gebühren und Auslagen, inkl. des erstinstanzlichen Konkursgerichts) sicherzustellen (vgl. act. 16). 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). 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 klei-

nere 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; BGer, 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

3.3. Der Beschwerdeführer ist mit der Firma "C._____" seit dem tt. mm. 2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt die Beratung im Zusammenhang mit Unternehmenstransaktionen und Bereitstellung von Interim Management (act. 5). Hierzu gibt der Beschwerdeführer an, im 2019 seine Anstellung bei einer Grossbank aufgegeben zu haben. Da er gut sieben Monate gebraucht habe, um eine neue Anstellung zu finden, habe er sich mit Beratungsprojekten über Wasser zu halten versucht, was sich als schwierig erwiesen habe. So sei es auch "zu einigem Zahlungsrückstand gekommen" (act. 2 S. 2 f.). Kurz vor Beginn der Covid-19-Pandemie habe er eine neue Anstellung gefunden. Nach zwei Gehaltserhöhungen und der Aufnahme einer weiteren Teilzeittätigkeit betrage sein monatliches Einkommen derzeit Fr. 18'400.-- + Fr. 6'400.-- mit einer freien Liquidität von mindestens Fr. 8'000.-- pro Monat (act. 2 S. 3 und act. 22 S. 3). Ferner stünden ihm aktuell Kontobeträge und eine Festgeldreserve sowie Zahlungen aus der Familie zur Schuldentilgung zur Verfügung (act. 2 S. 4 und act. 14 S. 2).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt zunächst das Betreibungsregister. Die vom Beschwerdeführer eingereichten Betreibungsregistrauszüge des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (act. 4/14 und act. 23/1) weist per 24. Februar 2022 bzw. 28. März 2022 keine Verlustscheine und 26 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 273'009.96 aus, wovon neun Betreibungen über Fr. 154'249.45 allerdings durch Bezahlung an das Betreibungsamt oder den Gläubiger erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der bezahlten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 29'186.60 vermerkt) derzeit noch 16 offene Betreibungen im Ge-

samtbetrag von Fr. 89'573.91, wobei sich eine Betreibung über Fr. 2'058.55 im Stadium der Pfändung befindet, bei acht Betreibungen über Fr. 84'625.06 ebenfalls die Konkursandrohung ausgestellt wurde, bei vier Betreibungen über Fr. 1'530.75 Rechtsvorschlag erhoben wurde und drei Betreibungen über Fr. 1'359.55 neu eingeleitet wurden.

3.5. Der Beschwerdeführer weist allerdings nach, in zehn Betreibungen (Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10) die offenen Forderungen von Fr. 10'125.01 zwischenzeitlich bezahlt zu haben (act. 23/2, act. 23/5, act. 23/7-8, act. 23/12-13 und act. 23/15-18). Ferner weist der Beschwerdeführer nach, in den Betreibungen Nrn. 11 und 12 Teilzahlungen geleistet zu haben, so dass anstatt Fr. 2'455.50 noch Fr. 195.85 offen sind (act. 23/4 und act. 23/11). Demgegenüber vermag der Beschwerdeführer die behauptete Tilgung der Betreibung Nr. 13 mangels Beleg (act. 23/19 fehlt) sowie die behauptete Identität der Betreibungen Nrn. 14 und 12 mangels Nachweis nicht glaubhaft zu machen. Ferner erweist sich mit Bezug auf die Betreibung Nr. 15 der behauptete Abzahlungsplan mit der Restforderung gemäss act. 23/6 der Betreibung nicht zuordenbar. Damit bleibt es bei offenen, in Betreibung gesetzten Schulden von Fr. 77'189.25, hauptsächlich bestehend aus der Betreibung Nr. 16 über Fr. 75'449.80, welche sich im Stadium der Konkursandrohung befindet.

3.6. Diesen Schulden stehen gemäss Kontoauszügen der UBS (act. 23/21) und der Stadtparkasse München (act. 23/22) per 28. März 2022 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 16'071.57 und EUR 15'517.75 (= Fr. 15'852.90 bei einem Kurs von 1.0216) gegenüber. Zudem hält der Beschwerdeführer ein Festgeldkonto bei der Stadtparkasse München mit einem Saldo von EUR 73'021.04 (= Fr. 74'770.60 bei einem Kurs von 1.02396) per 11. März 2022 (act. 15/6), wobei der Beschwerdeführer allerdings nicht ausführt, ab wann ihm dieses Geld tatsächlich zur Verfügung steht bzw. in welchem Zeitraum es ihm möglich ist, dieses Geld verfügbar zu machen. Allerdings reicht der Beschwerdeführer ein Zahlungsverprechen von seiner Mutter D. _____ vom 5. März 2022 ein, wonach diese dem Beschwerdeführer "Gelder zur Rückführung der Aussenstände" zur Verfügung stelle, sollte dies erforderlich sein (act. 4/18 = act. 23/20). Auch wenn aus diesem Schreiben zwar

nicht hervorgeht, in welchem Umfang finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt würden, und keine Belege im Recht liegen, dass D. _____ über einen entsprechenden Geldbetrag verfügt, ist das Zahlungsversprechen unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung dennoch als ausreichend zu erachten (vgl. BGer, 5A_786/2012 vom 18. Dezember 2012, E. 4). Darüber hinaus weist der Beschwerdeführer beträchtliche Einnahmen nach aus unselbständigem Arbeitserwerb bei der E. _____ GmbH und der F. _____ AG von monatlich Fr. 18'445.85 und Fr. 6'431.10, insgesamt Fr. 24'876.95 (act. 4/6-7, act. 4/9-10 und act. 15/7-10 sowie act. 4/11, act. 15/12-13 und act. 23/23). Damit macht der Beschwerdeführer einerseits glaubhaft, dass die im Handelsregister eingetragene Einzelfirma seit Aufnahme der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Jahr 2020 inaktiv ist und mithin keine laufenden Verbindlichkeiten daraus bestehen. Andererseits erscheint glaubhaft, dass der Beschwerdeführer mit diesen Einnahmen sowie den Mietzins-Einnahmen seiner Ehefrau in Höhe von Fr. 3'876.00 pro Monat (vgl. act. 12 S. 2, act. 13/3, act. 14 S. 4, act. 15/11 und act. 15/14) die laufenden Kosten der Familie in Höhe von monatlich rund Fr. 20'000.-- (vgl. act. 12 S. 2, act. 13/4-5, act. 13/6-8, act. 14 S. 4, act. 15/11 und act. 15/15-23) decken kann und ihm dabei ein monatlicher Überschuss von über Fr. 8'000.-- zur Schuldentilgung verbleibt. Zudem verfügen der Beschwerdeführer und seine Ehefrau als weiteres Aktivum offenbar über eine Ferienwohnung in G. _____ (vgl. act. 15/19).

3.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass es dem Beschwerdeführer mit den vorhandenen flüssigen Mitteln in Höhe von über Fr. 30'000.-- möglich ist, zumindest einen Teil der ausstehenden Schulden in Höhe von rund Fr. 77'000.-- sofort zu tilgen. Zur Deckung der restlichen Schulden stehen dem Beschwerdeführer mit dem Guthaben auf dem Festgeldkonto in Höhe von über Fr. 70'000.-- und dem monatlichen Überschuss von Fr. 8'000.-- sodann grundsätzlich genügend finanzielle Mittel zur Verfügung, auch wenn sie nicht sofort verfügbar sind. Dies wirft angesichts der sich im Stadium der Konkursandrohung befindenden Betreuung Nr. 16 die Frage auf, ob im Falle einer Gutheissung der Beschwerde nicht demnächst eine weitere Konkurseröffnung folgen könnte. Allerdings hat seine Mutter dem Beschwerdeführer ihre finanzielle Unterstützung zugesagt. Damit dürfte es dem Beschwerdeführer möglich sein, nebst den laufenden Verbindlichkeiten auch

die restlichen ausstehenden Schulden angesichts möglicher weiterer Konkursbegehren unmittelbar bzw. innert nützlicher Frist zu tilgen.

3.8. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Konkursöffnung eher auf einen vorübergehenden Zahlungseingpass und nicht auf eine ständige Illiquidität des Beschwerdeführers zurückzuführen ist. Jedenfalls erscheint angesichts der vorhandenen Aktiven die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers im heutigen Zeitpunkt wahrscheinlicher als das Gegenteil, weshalb er nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt.

4. Die Beschwerde ist somit 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.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 23. Februar 2022 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den nach Abzug der zweitinstanzlichen Entscheidgebühr verbleibende Rest des bei ihr vom Beschwerdeführer geleisteten Vorschusses (Fr. 1'086.--) an das Konkursamt Küsnacht zu überweisen.
4. Das Konkursamt Küsnacht wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'386.-- (Fr. 1'086.-- Überweisung durch die Obergerichtskasse sowie Fr. 1'300.-- 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 auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel von act. 2, act. 12, act. 14, act. 19 und act. 22, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Küsnacht, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, je gegen Empfangsschein.
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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

Dr. S. Scheiwiler

versandt am:
8. April 2022