

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240102-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 17. Juni 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfah-
ren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 29. Mai 2024
(EK240110)**

Erwägungen:

1.1 Der Schuldner und Beschwerdeführer des vorliegenden Verfahrens (fortan Schuldner) ist seit dem tt.mm 2020 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber des Einzelunternehmens "C._____" eingetragen, welches die Erbringung von Dienstleistungen im Pharmazie Bereich [...] bezweckt (act. 7).

1.2 Das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen (fortan Vorinstanz) eröffnete mit Urteil vom 29. Mai 2024 für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 554.20 nebst Zins zu 5% seit 27. November 2023, Fr. 245.65 Leistungen KVG vom 10. März 2023, Fr. 150.– Spesen, Fr. 12.60 Zins und Fr. 107.30 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon) über den Schuldner den Konkurs (act. 9/15 = act. 8).

1.3 Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde vom 10. Juni 2024 (Poststempel) beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses. Weiter ersuchte er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um "umgehende Publikation" des entsprechenden Entscheids hierüber im Schweizerischen Handelsamtsblatt (act. 2 inkl. Beilagen act. 5/2-14; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 9/17). Dem ersten prozessualen Antrag des Schuldners wurde mit Präsidialverfügung vom 11. Juni 2024 entsprochen und der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der weitere prozessuale Antrag wurde abgeschrieben (act. 11). Den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.– überwies der Schuldner zuhanden der Obergerichtskasse am 4. Juni 2024 (act. 5/7 und act. 6/1).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Dies bedeutet praxisgemäss, dass zusätzlich zur Tilgung bzw. Hinterlegung der Konkursforderung auch die Kosten

des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes beim zuständigen Konkursamt rechtzeitig sicherzustellen sind (vgl. dazu OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011; PS230230 vom 14. Dezember 2023 E. 2.2; PS240007 vom 30. Januar 2024 E. 3.1; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 10 zu Art. 174 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass sowohl die Zahlungsfähigkeit als auch einer der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden zu belegen sind. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Der Schuldner belegte mittels Quittungen des Obergerichts des Kantons Zürich, Finanzen & Controlling, am 4. bzw. 5. Juni 2024 und damit innert Rechtsmittelfrist, für die Konkursforderung der Gläubigerin total Fr. 1'170.– (Fr. 1'070.– und Fr. 100.–) bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/4-5 und act. 6/2-3). Dieser Betrag vermag die Forderung samt Zinsen und Kosten in Höhe von total Fr. 1'083.70 (vgl. act. 8 S. 2 und act. 10) zu decken. Weiter belegte der Schuldner mittels Bestätigung des Konkursamtes Küssnacht vom 4. Juni 2024 beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt zu haben (act. 5/6).

Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG (Hinterlegung) erfüllt und bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

4.1 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, 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 finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit 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.

4.2 Der Schuldner macht in der Beschwerdeschrift zu seinen finanziellen Verhältnissen geltend, er sei Pharmazeut und als Apotheker in eigener fachlicher Verantwortung berechtigt. Er sei bei der D. _____ AG angestellt, welche er zusammen mit anderen Apothekern gegründet habe. Sein aktuelles monatliches Nettoeinkommen betrage Fr. 9'668.23. Die Einkünfte würden seine Ausgaben um Fr. 279.23 übersteigen. Nebst der Konkursforderung habe er Schulden in Höhe von Fr. 5'985.84. Für diese habe er beim Obergericht eine Sicherheit im Umfang von Fr. 7'000.– geleistet. Er werde diese Forderungen somit zeitnah begleichen können (act. 2 S. 4-6).

4.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage des Schuldners gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 2 des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon vom 31. Mai 2024 wurden gegen den Schuldner in den Jahren 2023 und 2024 insgesamt – ohne die in Betreuung gesetzte Konkursforderung – 18 Beteiligungen eingeleitet (act. 9/13). Davon sind neun Beteiligungen durch Zahlung und zwei durch Verwertung erledigt worden. Offen sind noch Forderungen aus sieben Beteiligungen im Umfang von total ca. Fr. 9'500.–. Unbelegt blieb die Behauptung des Schuldners, wonach die Forderung in der Beteiligung Nr. 3 des kantonalen Steueramtes im Umfang von Fr. 6'304.25 in der Zwischenzeit durch Teilzahlung beglichen und nur noch der Betrag von Fr. 1'919.55 offen sei (vgl. act. 5/13). Diese mit keinerlei Dokumenten belegte Darstellung des Schuldners reicht nicht aus, um die vorerwähnte Beteiligungsforderung teilweise unberücksichtigt zu lassen. Die Forderung gemäss Betreibungsregisterauszug ist daher in vollem Umfang zu berücksichtigen. Ebenfalls

zu berücksichtigen ist die vom Schuldner erwähnte, offene Schuld der E. _____ AG in Höhe von Fr. 805.50 (act. 5/13), welche (noch) nicht im Betreibungsregisterauszug aufgeführt ist.

Nach dem Gesagten sind somit Betreibungsforderungen im Umfang von ca. Fr. 10'300.– zu berücksichtigen.

4.4 Gemäss Lohnausweis 2023 betrug das Nettoeinkommen des Beklagten bei der D. _____ AG Fr. 174'904.– zuzgl. Fr. 11'000.– Spesen (act. 5/9). Als vorsitzender Geschäftsführer der D. _____ AG beträgt sein aktuelles Salär gemäss eingereichtem Arbeitsvertrag monatlich Fr. 10'000.– brutto. Dieses wird 12x ausbezahlt (act. 5/10). Hinzu kommen Fr. 1'000.– Spesen, was gemäss Lohnabrechnung für den Monat Mai 2024 einen ausbezahlten Lohn von Fr. 10'622.81 ergab (act. 5/11). Steuerbelege oder Bankkontoauszüge liegen keine vor. Die Höhe der geltend gemachten monatlichen Lebenshaltungskosten bestehend aus Miete Fr. 3'854.–, monatlichen Kinderunterhaltszahlungen von Fr. 2'500.–, Steuern Fr. 1'480.–, Essen Fr. 700.–, Krankenversicherung Fr. 305.–, allgemeine Kosten Fr. 300.–, Freizeit mit dem Sohn Fr. 200.– und Strom Fr. 50.–. (act. 2 S. 3 f.) blieb bis auf die regelmässigen Zahlungen von Kinderunterhaltsbeiträgen (act. 9/12) unbelegt, erscheint jedoch in der geltend gemachten Grössenordnung realistisch. Daraus folgt, dass die monatlichen Einnahmen des Schuldners seine monatlichen Ausgaben wie geltend gemacht um ca. Fr. 300.– bzw. unter Berücksichtigung der Spesenentschädigung (act. 5/11) sogar um ca. Fr. 1'200.– übersteigen.

4.5 Zur finanziellen Lage des Einzelunternehmens C. _____, dessen Inhaber der Schuldner ist (act. 5/2), welcher somit unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen haftet, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung im Unternehmens- oder im Privatbereich entstanden ist, äussert sich der Schuldner nur insofern, als er geltend macht, die Geschäftstätigkeit des Einzelunternehmens sei vor längerer Zeit eingestellt und das Geschäftskonto im Juli 2021 saldiert worden, wobei er es aufgrund seiner beruflich und privat fordernden Situation versäumt habe, die Löschung beim Handelsregisteramt anzumelden (act. 2 S. 2 f. und act. 5/3).

Bei den aus dem Betreibungsregister ersichtlichen offenen Beträgen handelt es sich hauptsächlich um Versicherungs- und Steuerforderungen. Es ist davon auszugehen, dass es sich um Privat- und nicht um typische Firmenschulden handelt und dass somit neben den im Betreibungsregister ausgewiesenen Schulden nicht noch weitere Schulden, z.B. Altlasten aus der Tätigkeit des Einzelunternehmens, vorhanden sind, dessen Zweck primär ohnehin in der Erbringung von Pharmaziedienstleistungen bestand (vgl. act. 5/2).

4.6 Mit dem bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrag von Fr. 7'000.– (vgl. act. 5/14) ist es dem Schuldner möglich, gut zwei Drittel seiner offenen Schulden in Höhe von ca. Fr. 10'300.– zu tilgen und mit seinem doch stattlichen Einkommen auch den Restbetrag innert nützlicher Frist abzutragen wie auch seine laufenden Verpflichtungen zu decken. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der über den Schuldner am 29. Mai 2024 eröffnete Konkurs aufzuheben.

5. Durch die verspätete Zahlung bzw. Hinterlegung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

6. Der vom Schuldner hinterlegte Betrag in Höhe von Fr. 7'000.– (act. 5/14) für offene Betreibungsschulden, welche nicht die Konkursforderung betreffen und daher nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, sind dem Schuldner von der Obergerichtskasse zurückzuzahlen. Offene Betreibungsschulden sind direkt beim Betreibungsamt zu begleichen. Weiter ist dem Schuldner die Differenz zwischen dem für die Konkursforderung hinterlegten Betrag von Fr. 1'170.– und der Höhe der Konkursforderung von Fr. 1'083.70 bzw. der Betrag von Fr. 86.30 zurück zu erstatten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 29. Mai 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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. 500.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von total Fr. 8'170.– der Gläubigerin Fr. 1'083.70 und dem Schuldner den Restbetrag von Fr. 7'086.30 zu überweisen.
4. Das Konkursamt Küsnacht wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.– (Fr. 1'200.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Küsnacht, ferner im Dispositiv 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: