

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240177-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Urteil vom 8. Oktober 2024

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 3. September 2024 (EK240245)**

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 3. September 2024 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin in der Höhe von Fr. 3'019.10 nebst Zins zu 5 % seit 8. März 2024, Fr. 91.– Zinsen KVG, Fr. 425.– Mahngebühr und Fr. 157.20 Betreuungskosten (act. 3).

1.2. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 16. September 2024 (act. 2) Beschwerde samt Beilagen (act. 5/1–20). Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 17. September 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 11/1–14). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Die Konkursöffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 139 III 491).

3.1. Der Schuldner belegt, beim Obergericht des Kantons Zürich valuta 13. September 2024 einen Betrag von Fr. 4'100.– zuhanden der Gläubigerin hinterlegt zu haben (vgl. act. 5/1 und act. 7). Dieser Betrag deckt die Forderung samt Zinsen und Kosten (Fr. 3'766.35) bzw. übersteigt diese (vgl. act. 8). Ferner hat der Schuldner beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 5/2). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist damit nachgewiesen.

3.2. Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er 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, so dass 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). Nach der 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 abtragen können wird (vgl. OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.3.1. Der Schuldner ist Inhaber des 2023 neu gegründeten Einzelunternehmens C._____ - Dieses bezweckt den Handel mit Waren aller Art (act. 6). Laut Schuldner habe das Einzelunternehmen sich insbesondere auf einen selbst entwickelten Ultraschallreiniger für Schallplatten spezialisiert (act. 2 Rz. 12).

3.3.2. Der Schuldner macht geltend, er habe keinerlei Zahlungsschwierigkeiten. Zur Konkureröffnung sei es aufgrund einer Verkettung unglücklicher Umstände gekommen und nicht wegen fehlenden Vermögens. Er sei drei Monate auslandabwesend gewesen und anders als während früherer Reisen habe die Postorganisation offensichtlich nicht funktioniert (act. 2 Rz. 9 f.).

3.3.3. Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Vorliegend weist der eingereichte Betreibungsregisterauszug neben der nun getilgten Konkursforde-

zung fünf weitere Betreibungen auf, welche alle bereits durch Zahlung erledigt worden sind. Es bestehen damit keine offenen Betreibungen. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 5/12).

3.3.4. Zu den vorhandenen liquiden Mitteln gibt der Schuldner an, aktuell bei der ZKB über ein Barvermögen von Fr. 93'117.95 zu verfügen (act. 2 Rz. 15) und reicht diesbezüglich ZKB-Kontoauszüge eines Geschäftskontos lautend auf C. _____ ein (act. 5/6).

Weiter gab der Schuldner an über ein Konto und ein Depot bei der Credit Suisse zu verfügen, wobei er keine Kontoauszüge habe beschaffen können, da der Online-Banking Zugang seit der Konkursöffnung gesperrt sei. Ein Bildschirmfoto zeige indes, dass er über ein Guthaben von Fr. 11'000.– verfüge (act. 2 Rz. 15 mit Verweis auf act. 5/7). Die eingereichten Bildschirmfotos sind nur schwer lesbar. Auf dem linken Bild ist der Kontostand eines auf den Schuldner lautenden Kontokorrentkontos von Fr. 2'789.91 zu erkennen. Auf dem rechten Bildschirmfoto der Depotwert eines Portfolios von Fr. 8'108.–, wobei weder ersichtlich ist, auf wen das Portfolio lautet noch von wann das Bildschirmfoto stammt (act. 5/7). Auf dem linken Bildschirmfoto sind sowohl Zahlungen vom 3. September 2024 (Datum der Konkursöffnung) als auch vom 6. September 2024 zu erkennen, weshalb das entsprechende Foto nach der Konkursöffnung entstanden sein muss. Nicht nachvollziehbar ist daher, weshalb der Schuldner in der Lage gewesen sein soll, Bildschirmfotos von seinem (gesperrten) Onlinebanking-Account zu machen, nicht aber Kontoauszüge auszudrucken.

Ferner erklärte der Schuldner, auf einem auf ihn und seine Partnerin lautenden ZKB-Konto über ein Guthaben von Fr. 1'761.– zu verfügen (act. 2 Rz. 15). Weshalb diesbezügliche Belege fehlen wird nicht dargetan und erstaunt angesichts der genauen Angabe des Kontostands. Vor diesem Hintergrund erscheint einzig das Guthaben auf dem Firmenkonto hinreichend glaubhaft gemacht. Es ist daher von sofort und konkret verfügbaren liquiden Mitteln von rund Fr. 95'000.– auszugehen.

3.3.5. Zur generellen wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit seines Unternehmens führt der Schuldner aus, die eigentliche Geschäftstätigkeit sei erst im September 2023 aufgenommen worden, weshalb sich das Geschäft noch in der Aufbauphase befinde (act. 2 Rz. 12). Der Geschäftsabschluss per Ende 2023 liege noch nicht vor und in der kurzen Beschwerdefrist hätten sich auch keine aktuellen Buchauszüge beschaffen lassen (act. 2 Rz. 14). Er habe liquide Mittel von Fr. 93'117.95. Dass der Kontosaldo vor der Auszahlung seines Freizügigkeitsguthabens durch die D._____ wesentlich tiefer gewesen sei, liege daran, dass zwischen April 2023 und August 2024 grosse Anschaffungen für den Aufbau seines Warenlagers getätigt worden seien. Dafür habe er einen Grossteil seiner Ersparnisse von rund Fr. 100'000.– verwendet. Er habe dies im Bewusstsein getan, dass er bereits eine Zusage von der D._____ für die Auszahlung der Fr. 97'000.– sowie weitere private Ersparnisse von Fr. 28'000.– gehabt habe (act. 2 Rz. 16). Eine aktuelle Aufstellung über den Warenbestand sei nicht vorhanden. Annäherungsweise lasse sich ein Warenbestand aus dem Auszug Woocommerce/WordPress entnehmen. Dieser Warenbestand beschränke sich indes ausschliesslich auf den Onlinehandel. Die Waren für den Vertrieb über Partner seien darin nicht enthalten (act. 2 Rz. 20). Sodann habe er stetig wachsende Einnahmen aus seiner Geschäftstätigkeit verzeichnen können. Die Investitionen seien daher gerechtfertigt gewesen und hätten ihn keineswegs in die Nähe einer Zahlungsunfähigkeit gebracht (act. 2 Rz. 17). Auch erwarte er in den kommenden Tagen den Eingang einer Zahlung eines Kunden aus dem Onlinehandel in der Höhe von Fr. 12'195.90, welche alleine schon ausreichen würde, um die laufenden Kosten zu decken (act. 2 Rz. 18). Was den Vertrieb über Partner angehe, sei festzuhalten, dass von bestehenden Vertriebspartnern bis Ende 2024 Umsätze von Fr. 30'000.– budgetiert seien. Die Partner bezahlten für Warenlieferungen jeweils direkt auf das Geschäftskonto (act. 2 Rz. 19 mit Verweis auf act. 5/6 Gutschrift E._____ per 09.07.24). Offene Forderungen habe er – abgesehen von den laufenden Kosten wie Miete und Krankenkasse – keine. Da er die Ware für sein Geschäft stets gegen Vorkasse beziehe, seien keine Kreditoren aus dem Geschäftsbetrieb vorhanden (act. 2 Rz. 21). Die geschäftlichen Ausgaben würden sich auf Fr. 7'200.– (Fr. 900.– Miete Geschäftsraum, Fr. 200.– Miete Lagerraum,

Fr. 5'000.– Lohn Schuldner, Fr. 700.– Marketingkosten, Fr. 400.– Warenversand zzgl. Sozialversicherungen, MWST und Wareneinkauf) belaufen. Eine erste Abrechnung der SVA über Sozialversicherungsabgaben liege aufgrund der erst kürzlich aufgenommenen Selbständigkeit noch nicht vor. Ebenso existiere noch keine definitive Mehrwertsteuerabrechnung (act. 2 Rz. 23).

Es fehlen Unterlagen, die konkreten Aufschluss über die finanzielle Situation des Unternehmens sowie den allgemeinen Geschäftsgang geben würden, wie eine aktuelle Debitoren- und Kreditorenliste oder aktuelle Jahres- bzw. Zwischenjahresabschlüsse. Zumindest teilweise lässt sich dies damit begründen, dass das Einzelunternehmen erst im April 2023 gegründet wurde und sich noch in der Aufbauphase befindet. Die finanzielle Situation des Einzelunternehmens lässt sich vor diesem Hintergrund nur schwer beurteilen. Zwar weist das Firmenkonto per 13. September 2024 einen Saldo von Fr. 93'117.94 auf. Dies jedoch einzig deshalb, weil am 4. September 2024, mithin einen Tag nach der Konkurseröffnung, eine Überweisung von der D._____ von Fr. 97'746.90 erfolgte (vgl. act. 5/6). Dass es sich dabei um das Freizügigkeitsguthaben des Schuldners handelt ist zwar nicht belegt, erscheint aufgrund der Firmengründung im Jahr 2023 aber glaubhaft. Was den Geschäftsgang anbelangt geht aus den eingereichten Kontoauszügen hervor, dass per 30. September 2023 ein Barvermögen von Fr. 91'263.06 auf dem Firmenkonto vorhanden war, welches sich im Zeitraum bis 30. August 2024 kontinuierlich auf Fr. 9'223.69 reduzierte (act. 5/6). Der Schuldner erklärt die Reduktion mit grossen Anschaffungen für den Aufbau seines Warenlagers. Angesichts der Geschäftsgründung im Jahr 2023 erscheint es plausibel, dass zunächst Lagerbestände aufgebaut und in den ersten Monaten daher höhere Ausgaben verzeichnet werden mussten. Dennoch erstaunt es, dass der Schuldner keine konkreten Angaben dazu machte, welche Kontobewegungen dem Aufbau des Warenlagers dienten, zumal keine grösseren Zahlungen aus den eingereichten Unterlagen ersichtlich sind und wohl auch private Ausgaben vom Firmenkonto getätigt wurden, wie etwa die Zahlung vom 1. März 2024 an die F._____ [Fluggesellschaft] im Umfang von Fr. 978.70 (act. 5/6). Er reicht einzig "exemplarisch" eine vom 12. September 2024 datierende Lieferbestätigung für eine Bestellung über USD 4'680.– ein (act. 5/11). Es ist indes fraglich, wie repräsentativ dieser – nach

der Konkursöffnung datierende – Beleg für den Zeitraum des behaupteten Aufbaus des Warenlagers ist. Immerhin reichte der Schuldner einen "Auszug Warenbestand Woocommerce/Wordpress" ein, wonach der Lagerbestand des Online-shops rund Fr. 40'000.– betrage. Es handelt sich beim eingereichten Dokument allerdings um eine Excel-Tabelle ohne Angabe des Erstellers (vgl. act. 5/10). Ob sie vom Schuldner erstellt oder von der angegebenen Plattform abgemischt wurde, ist nicht ersichtlich. Ausserdem gibt der Schuldner an, dass die Aufstellung nur den Onlinehandel betreffe und die Waren für den Vertrieb über Partner darin nicht enthalten seien (act. 2 Rz. 20). Der Wert der Warenbestände ist folglich ohnehin nicht bekannt. Es erscheint indes glaubhaft, dass Auslagen für den Aufbau von Lagerbeständen angefallen sind.

Was die Geschäftstätigkeit anbelangt, macht der Schuldner geltend, er verzeichne stetig wachsende Einnahmen. Er reicht eine Aufstellung der Einnahmen aus dem Onlineshop ein, wobei der Autor der Aufstellung erneut nicht ersichtlich ist (act. 5/8). Es geht daraus eine kontinuierliche Zunahme der Bestellungen und ein wachsender monatlicher Umsatz hervor, wobei in den Monaten Juni und Juli 2024 ein Bruttoumsatz von Fr. 8'195.65 bzw. Fr. 8'935.73 erzielt worden sei. Die Umsatzzahlen für den Monat August 2024 fehlen. Weiter reicht der Schuldner einen Auszug des Finanzdienstleisters G. _____ ein, wonach Kundenzahlungen aus dem Onlinehandel in der Höhe von Fr. 12'195.90 anstehen (act. 5/9). Weiteren Umsatz erzielt der Schuldner durch den Vertrieb seiner Ware über Partner. Der Schuldner gibt an "bis Ende 2024 Umsätze von Fr. 30'000.– budgetiert zu haben". Angaben dazu, wie hoch seine monatlichen Einnahmen *konkret* sind, macht er nicht. Es scheint jedoch glaubhaft, dass der Schuldner die Ware für sein Geschäft stets gegen Vorkasse bezieht (vgl. div. Einkäufe bei Onlinehändler, act. 5/6) und damit (wohl) keine Kreditoren aus dem Geschäftsbetrieb vorhanden sind. Damit muss der Schuldner mit seinen Einnahmen lediglich die geltend gemachten laufenden Auslagen im Umfang von Fr. 7'200.– (vgl. act. 2 Rz. 23) decken. Dass ihm dies gelingen sollte, ist angesichts der vorstehenden Ausführungen, der eingereichten Unterlagen sowie der vorhandenen liquiden Mittel von rund Fr. 95'000.– hinreichend glaubhaft.

3.3.6. 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 somit nicht. Der Schuldner gibt an, sich einen Lohn von Fr. 5'000.– auszubezahlen. Damit ist er in der Lage die von ihm geltend gemachten und glaubhaft erscheinenden Auslagen von total Fr. 3'707.65 (Fr. 1'200.– Grundbetrag, Fr. 1'802.– Miete, Fr. 462.65 Krankenkasse, Fr. 30.– Haftpflichtversicherung, Fr. 162.– Telefon/TV/Internet, Fr. 200.– Mobilität) zu decken (act. 2 Rz. 29 mit Verweis auf act. 5/17–20).

3.4. Zwar bleiben aufgrund der fehlenden Unterlagen (insbes. Jahres- und Zwischenabschlüsse) und angesichts der konstanten Abnahme der liquiden Mittel von September 2023 bis August 2024 Bedenken an der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit des Einzelunternehmens des Schuldners. Dem Schuldner ist aber zu Gute zu halten, dass es während der (zwar erst kurzen) Geschäftstätigkeit des Einzelunternehmens zu keinen weiteren Betreibungen kam und er über sofort verfügbare liquide Mittel von Fr. 95'000.– verfügt. Insgesamt erscheint die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nach dem Gesagten wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit. Demzufolge erweist sich die Beschwerde als begründet und der am 3. September 2024 eröffnete Konkurs über den Schuldner ist aufzuheben. Der Schuldner ist indes darauf aufmerksam zu machen, dass im Falle eines neuerlichen Konkurses an die Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit ein strengerer Massstab angelegt würde.

4.1. Durch die verspätete Zahlung hat der Schuldner sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat er die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

4.2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 3. September 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. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem vom Schuldner für die Konkursforderung hinterlegten Betrag Fr. 3'766.35 der Gläubigerin und dem Schuldner den verbleibenden Restbetrag auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Wädenswil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'700.– (Fr. 1'200.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wädenswil, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wädenswil, je gegen Empfangsschein.
7. 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:

lic. iur. C. Schmidt

versandt am: