

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180101-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-  
richtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 2. Juli 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. \_\_\_\_\_

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes  
Pfäffikon vom 5. Juni 2018 (EK180038)

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) ist Inhaber der seit dem tt.mm.2018 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "D. \_\_\_\_\_", welche die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Gartenbau sowie Reinigung und Hauswartung bezweckt (act. 5).
2. Mit Urteil vom 5. Juni 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'379.15 inkl. Zins und Spesen den Konkurs über den Schuldner (act. 3 [= act. 6/7]).
3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner am 22. Mai 2018 (Datum Poststempel) Beschwerde. Er beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 11. Juni 2018 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurshindernungsgrundes sowie der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne (act. 8). Am 14. Juni 2018 – und damit innert laufender Rechtsmittelfrist – reichte der Schuldner eine weitere Eingabe (act. 10) samt Beilagen ein (act. 11/1-10), wobei er erneut die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragte. Mit Verfügung vom 19. Juni 2018 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erneut verweigert, weil die Zahlungsfähigkeit des Schuldners auch gestützt auf eine summarische Prüfung der neuen Unterlagen nicht genügend wahrscheinlich erschien (act. 15). Am 21. Juni 2018 stellte die Kammer dem Schuldner zwei Aktennotizen zu ergänzenden Sachverhaltsabklärungen, welche die Kammer gestützt auf Art. 255 lit. a ZPO hinsichtlich der vom Schuldner eingereichten Unter-

lagen vorgenommen hatte, mit dem Hinweis zu, dass er dazu Stellung nehmen könne. Der Schuldner liess sich jedoch in der Folge nicht verlauten. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre 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 die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Der Schuldner beruft sich auf den Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG. Aus den Akten ergibt sich diesbezüglich, dass die Gläubigerin ihr Konkursbegehren einen Tag nach Konkurseröffnung bei der Vorinstanz zurückgezogen (act. 6/9 [= act. 11/2]) und damit implizit auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (vgl. etwa BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 23). Der Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts ist damit ausgewiesen.

2.2 Beim Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG muss – anders als bei den Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG – weder die Tilgung noch die Hinterlegung der *Kosten im Sinne der vorinstanzlichen Entscheidgebühr und der Kosten des Betreibungs- bzw. Konkursamts* innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist erfolgen (zu den Kosten auch un-

ten). Die Tilgung bzw. Hinterlegung dieser Kosten bildet mit anderen Worten keine Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung. Insofern ist es für eine allfällige Gutheissung der Beschwerde nicht relevant, dass der Schuldner dem Konkursamt E. \_\_\_\_\_ zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 1'000.– sichergestellt hat (act. 11/3). Zu prüfen bleibt nachstehend somit die zweite Voraussetzung: die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A\_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A\_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 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 bereits bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Vorliegend lassen sich dem Auszug des Schuldners aus dem Betreibungsregister der Betreibungsamtes Mittleres Tösstal vom 22. Mai 2018 neben der der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Betreuung (Nr. ...) 46 weitere Betreibungen entnehmen, von denen jedoch in 19 Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt oder den Gläubiger bezahlt wurde oder aber nach Verwertung eine volle Befriedigung des Gläubigers resultierte. Übrig bleiben damit 27 offene Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 608'353.05. Von diesen sind zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 40'452.45) erloschen, eine Betreuung (Fr. 735.65) befindet sich noch im Einleitungsstadium und in einer Betreuung (Fr. 2'126.30) hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben. 19 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 61'287.70) öffentlich-rechtlicher Gläubiger bzw. von Gläubigern, die vor der Eintragung des Schuldners in das Handelsregister am 6. Februar 2018 das Fortsetzungsbegehren gestellt haben, befinden sich im Stadium der Pfändung. Ausserdem befindet sich eine Betreuung (Fr. 500'000.–) im Stadium der Verwertung. Schliesslich wurde dem Schuldner in drei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 3'750.95) bereits der Konkurs angedroht (act. 11/10).

Zu den offenen Betreibungen hinzu kommen sodann 31 offene Verlustscheine nach Art. 149 SchKG im Gesamtbetrag von Fr. 213'250.30 (act. 11/10).

2.4 Der Schuldner bringt zu seiner Zahlungsfähigkeit vor, er sei zur Tilgung seiner Schulden im Begriff, eine in seinem Eigentum stehende Immobilie in E. \_\_\_\_\_ zu verkaufen (act. 2; act. 10). Mithin könnten mit dem Erlös sämtliche auf dem Betreibungsregisterauszug aufgeführten Forderungen bezahlt werden. Zu diesem Zweck werde ein Teil des Kaufpreises (Fr. 73'309.20) direkt an das Betreibungsamt überwiesen. Zur Deckung der noch offenen Verlustscheine des Steueramtes werde zudem ein Teilbetrag des Kaufpreises von Fr. 80'000.– direkt an das Steueramt E. \_\_\_\_\_ überwiesen. Für den danach noch offenen Teil werde eine Abzahlungsvereinbarung getroffen. Durch den Verkauf der Immobilie verfüge er über genügend Mittel, um sämtlichen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Er verfüge über ein monatliches Einkommen von Fr. 6'600.–; zudem betreibe seine Frau eine Einzelfirma, die einen monatlichen Umsatz von rund Fr. 15'000.– erziele (act. 10).

Seiner Eingabe legt der Schuldner zunächst zwei als "*unwiderrufliche Zahlungsverprechen*" betitelte Schreiben der ... [Bank] Schaffhausen vom 7. Juni 2018 bei. In diesen verpflichtet sich die genannte Bank im Auftrag ihres Kunden unwiderruflich, für das im Eigentum des Schuldners stehende Grundstück einerseits Fr. 214'500.– und andererseits Fr. 485'500.– als Teilkaufpreiszahlungen an bestimmte Gläubiger zu vergüten. Konkret sollen Fr. 21'756.– (Grundstückgewinnsteuer) sowie Fr. 119'434.80 an das Steueramt E.\_\_\_\_\_, Fr. 73'309.20 an das Betreibungsamt Mittleres Tösstal (act 4/1) und Fr. 485'500.– an die ... [Bank] (act. 4/2) als Grundpfandgläubigerin bezahlt werden. Ausserdem reicht der Schuldner ein als "Bestätigung" betiteltes Schreiben des Gemeindesteueramtes E.\_\_\_\_\_ vom 14. Juni 2018 ein, in welchem dieses bestätigt, mit dem Lösungsvorschlag des Schuldners einverstanden zu sein (act. 11/5).

2.5 Festzuhalten ist jedoch, dass der gemäss Angaben des Schuldners zur Schuldentilgung bestimmte Verkaufserlös von Fr. 678'244.– (Fr. 485'500.– + Fr. 73'309.20 + Fr. 119'434.80) vorderhand nicht ausreicht, um seine laufenden Betreibungen von Fr. 608'353.05 sowie die bestehenden Verlustscheine von Fr. 213'250.30 vollständig abzutragen. Zwar ist anzunehmen, dass gewisse Verlustscheinforderungen von den jeweiligen Gläubigern wieder in Betreuung gesetzt wurden, weshalb gewisse Schulden (mindestens) doppelt im Betreibungsregister des Schuldners aufgeführt sein dürften, doch hat der Schuldner es unterlassen, darzulegen, ob und welche Schulden mehrfach in seinem Betreibungsregister aufgeführt sind. Diesbezüglich beim Betreibungsamt vorgenommene ergänzende Sachverhaltsabklärungen der Kammer haben sodann ergeben, dass durch die genannte Schuldentilgung zwar sämtliche Forderungen der laufenden Betreibungen beglichen wären, nicht jedoch die Verlustscheinforderungen (act. 13/1). Diese wären vielmehr nur insoweit durch die Schuldentilgung erfasst, als die Gläubiger das Gemeindesteueramt der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ bzw. – für durch das Gemeindesteueramt eingetriebene Staatssteuern – der Kanton Zürich sind, da das Gemeindesteueramt als einzige Verlustscheinläubigerin eine Zahlung aus dem Verkauf der Liegenschaft erhalten soll; der Schuldner hat denn auch nicht geltend gemacht, mit weiteren Verlustscheinläubigern Kontakt gehabt zu haben bzw. Abzahlungsvereinbarungen geschlossen zu haben. Aus dem Be-

treibungsregistrauszug des Schuldners ergibt sich jedoch, dass neben dem Steueramt E. \_\_\_\_\_ auch noch weitere Gläubiger Verlustscheine gegenüber dem Schuldner besitzen, wobei auch nach Tilgung der vom Gemeindesteueramt eingetriebenen Staats- und Gemeindesteuern immer noch 21 Verlustscheine von 3 Gläubigern über einen Gesamtbetrag von Fr. 69'117.50 offen wären. Der grösste Teil dieser Verlustscheine entfällt dabei auf den Kanton Zürich für nicht von der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ eingetriebene direkte Bundessteuern sowie diverse weitere Kosten und Bussen (insgesamt Fr. 65'688.90; vgl. act. 11/10).

Will der Schuldner diese noch bestehenden Schulden innert nützlicher Frist, längstens jedoch innert 2 Jahren abbezahlen, müsste er neben seinen laufenden Kosten monatlich rund Fr. 2'900.– zur Schuldentilgung zur Verfügung haben. Zwar hat der Schuldner belegt, dass er am 29. Oktober 2015 mit der Firma F. \_\_\_\_\_ AG einen unbefristeten Arbeitsvertrag als Polier/Obergärtner mit einem Bruttolohn von Fr. 7'500.– pro Monat abgeschlossen hat (act. 11/6), wobei er aus einer dieses Arbeitsverhältnis betreffenden Taggeldversicherung im Juni 2018 Fr. 6'625.– ausbezahlt erhielt (act. 11/8). Auch hat er belegt, dass der Firma G. \_\_\_\_\_ mit Sitz in E. \_\_\_\_\_, bei welcher es sich offenbar um die vom Schuldner erwähnte Einzelfirma seiner Frau handelt, von der Firma H. \_\_\_\_\_ GmbH in den Monaten Februar bis Mai 2018 jeweils Rechnung für über die Homepage H. \_\_\_\_\_ erzielten Umsatz von durchschnittlich rund Fr. 15'000.– gestellt wurde (act. 11/9/1-4). Es bleibt jedoch bereits unklar, wie viel des von der Ehefrau des Schuldners mit ihrer Einzelfirma erzielten Umsatzes Gewinn darstellt, bzw. ob überhaupt ein solcher anfällt. Auch hat der Schuldner es unterlassen, Angaben zu seinen monatlichen Ausgaben wie etwa Miete, Krankenkasse oder Versicherungen zu machen, weshalb gestützt auf den von ihm vorgetragenen Sachverhalt bzw. die von ihm eingereichten Unterlagen nicht beurteilt werden kann, ob die von ihm belegten Einnahmen zusammen mit einem allfälligen Gewinn aus der Einzelfirma seiner Ehefrau ausreichen, um neben den laufenden Ausgaben auch noch die in erheblichen Ausmass vorhandenen Schulden innert nützlicher Frist abzutragen.

Insgesamt ist es dem Schuldner damit nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Da damit seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft ist, sind die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde ist daher abzuweisen.

2.6 Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an:

- die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Kopien der act. 2;
- die Obergerichtskasse;
- die Vorinstanz;
- das Konkursamt E. \_\_\_\_\_;
- das Grundbuchamt E. \_\_\_\_\_;

je gegen Empfangsschein, sowie mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Mittleres Tösstal.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach Ablauf der Beschwerdefrist zurück an die Vorinstanz.

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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
3. Juli 2018