

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180205-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Urteil vom 31. Oktober 2018

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s. V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 9. Oktober 2018 (EK180077)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Der Schuldner ist seit dem tt. April 2011 als Inhaber des Einzelunternehmens C. \_\_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Unternehmen bezweckt die Erstellung und den Unterhalt von Naturstrassen (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 9. Oktober 2018 eröffnete das Konkursgericht Pfäffikon den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 310.40 inkl. Zinsen und Spesen (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 17. Oktober 2018 beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2018 wurde der Beschwerde einstweilen noch keine aufschiebende Wirkung zuerkannt mit dem Hinweis, dass zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit noch wesentliche Unterlagen fehlten. Der Schuldner wurde dabei auf die Möglichkeit hingewiesen, seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist entsprechend zu ergänzen. Ausserdem wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10). Mit Eingabe vom 22. Oktober 2018 reichte der Schuldner innert der Beschwerdefrist weitere Unterlagen ein (act. 12/1-13). Der Kostenvorschuss ging ebenfalls rechtzeitig ein (act. 13).

1.4. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Konkursöffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen

sind, zulässig; sie müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Der Schuldner belegt mit Postquittung vom 17. Oktober 2018, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am genannten Datum an die Gläubigerin bezahlt zu haben (act. 4/1). Zudem hat er beim Konkursamt Pfäffikon die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 4/7). Damit ist der Konkursverhinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung erfüllt.

2.3. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner zudem wie ausgeführt seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Zu beurteilen ist im Falle, dass eine Privatperson der Konkursbetrieung unterliegt, die gesamte, sowohl geschäftliche als auch private finanzielle Situation (vgl. KUKO SchKG-JENT-SØRENSEN, Art. 39 N 1). 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 hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, 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).

2.3.1. Der Schuldner führt zu seiner Zahlungsfähigkeit aus, aufgrund langjähriger Krebserkrankung sei er in den letzten Jahren als Einmann-Firma in Liquiditätseingpässe gekommen, da er nicht immer habe arbeiten können. Seit seiner Gene-

sung sei er wieder voll arbeitsfähig und erhalte laufend Aufträge. Ein Konkurs würde seinen finanziellen Untergang bedeuten, unter anderem da bereits erteilte Aufträge annulliert werden könnten (act. 2).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt zunächst das Betreibungsregister. Der Schuldner reichte lediglich eine Bestätigung des Betreibungsamtes Pfäffikon ZH ein, wonach er am 22. Oktober 2018 sämtliche offenen Beteiligungen bezahlt habe. Zudem habe er die im Beteiligungsregisterauszug ausgewiesenen Verlustscheine mit einer Zahlung von Fr. 20'158.40 beglichen. Das Beteiligungsamt verweist dabei u.a. auf beigelegte Auszüge aus dem Beteiligungs- und Verlustscheinregister (act. 12/1). Diese Beilagen reichte der Schuldner dem Gericht jedoch nicht ein, obschon er sowohl telefonisch als auch schriftlich ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, ein Beteiligungsregisterauszug sei wesentlich für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit (vgl. act. 9-10). Gestützt auf die Bestätigung des Beteiligungsamtes Pfäffikon ZH kann zwar davon ausgegangen werden, dass gegen den Schuldner aktuell keine offenen Beteiligungen und Verlustscheine mehr bestehen. Mangels Beteiligungsregisterauszug ist eine verlässliche Beurteilung der finanziellen Lage sowie des Zahlungsverhaltens des Schuldners jedoch nicht möglich. Insbesondere sind der Umfang der gegen den Schuldner angehobenen Beteiligungen sowie die genaue Höhe der von ihm nun geleisteten Zahlung nicht bekannt. Der Schuldner legt des Weiteren nicht dar, mit welchen Mitteln er die offenen Beteiligungen und Verlustscheine inzwischen begleichen konnte. Da sich weder aus der per 9. Oktober 2018 erstellten Bilanz- und Erfolgsrechnung (act. 12/3) noch aus der eingereichten Steuererklärung (act. 12/10) wesentliche liquide Mittel ergeben, ist davon auszugehen, dass ihm der entsprechende Geldbetrag mindestens teilweise durch Drittpersonen zur Verfügung gestellt wurde. Mangels anderer Ausführungen des Schuldners ist anzunehmen, dass dies in Form von Darlehen geschah, die ebenfalls zurückzuzahlen sein werden und damit neue Schuldenposten darstellen.

2.3.3. Die eingereichte Kreditorenliste per 9. Oktober 2018 zeigt im weiteren noch offene Kreditoren von Fr. 22'778.65 (act. 12/5). Ausserdem ist das Geschäftskon-

to des Einzelunternehmens des Schuldners bei der ... [Bank] mindestens seit dem Jahr 2016 mit einem Negativsaldo von über Fr. 36'700.– bilanziert (act. 12/3-7). Damit sind gegenwärtig weitere offene Zahlungsverpflichtungen des Schuldners von mindestens Fr. 59'000.– aktenkundig.

2.3.4. An flüssigen Mitteln weist die aktuelle Zwischenbilanz lediglich einen Kassabestand von rund Fr. 400.– aus (act. 12/3). Gemäss Debitorenliste per 9. Oktober 2018 bestehen ausserdem offene Forderungen gegenüber Dritten von Fr. 15'161.15 (act. 12/4). Die weiteren bilanzierten Aktivposten (Waren- und Materiallager, Fahrzeuge, Maschinen und Geräte, Betriebseinrichtungen und Bürogeräte/EDV) haben bei der Liquiditätsprüfung ausser Acht zu bleiben, da sie keine realisierbaren Werte darstellen, welche zur Schuldentilgung herangezogen werden könnten. Auch die eingereichte Steuererklärung des Schuldners und seiner Ehefrau aus dem Jahr 2015 weist kein nennenswertes Vermögen aus (act. 12/10). Mit den aus den offenen Debitoren zu erwartenden Zahlungseingängen wird der Schuldner nur einen geringen Teil der offenen Schulden in naher Zukunft abzahlen können. Nur schon die bekannten Verbindlichkeiten des Schuldners sind dadurch bei weitem nicht gedeckt.

2.3.5. Der Schuldner belegt weiter, dass er im September und Oktober Aufträge für ein Drainageprojekt in D.\_\_\_\_\_ sowie für Sanierungsarbeiten an der ...-strasse in E.\_\_\_\_\_ erhalten hat, wobei bei letzterem ein Preis von Fr. 7'207.30 genannt wird (act. 4/2-3). Wann mit einem entsprechenden Zahlungseingang gerechnet werden kann, führt der Schuldner nicht aus. Ferner konnte der Schuldner von Februar bis April 2018 offenbar Offerten an weitere Auftraggeber in der Höhe von insgesamt rund Fr. 52'000.– stellen (act. 4/4-6). Gemäss Ausführungen des Schuldners seien die entsprechenden Auftragsbestätigungen mündlich erteilt worden, was bei den betreffenden Auftragnehmern Usanz sei (vgl. Bemerkungen auf Beilagenverzeichnis zu act. 4/1-7). Es darf damit zwar angenommen werden, dass der Schuldner weitere Aufträge in Aussicht hat. Wie es sich mit diesen Aussichten und dem Stand der Offerten tatsächlich verhält, ist jedoch nicht belegt bzw. nicht überprüfbar. Die diesbezüglich geltend gemachten zukünftigen Einnahmen erscheinen damit noch nicht hinreichend konkret, weshalb sie nicht be-

rücksichtigt werden können. Zudem wäre von diesen ebenfalls zunächst der Aufwand abzuziehen. Dadurch relativiert sich auch der für die in Aussicht stehenden Aufträge zu erwartende Gewinn.

2.3.6. Gemäss der provisorischen Erfolgsrechnung für das Jahr 2018 erzielte der Schuldner im Zeitraum vom 1. Januar 2018 bis 9. Oktober 2018 einen Erlös aus Arbeiten von Fr. 121'472.20, was zu einem bisherigen Gewinn von Fr. 60'424.55 führte (act. 12/3). Da kein Lohnaufwand verbucht ist, muss im ausgewiesenen Gewinn das Einkommen des Schuldners enthalten sein. Zwar hat sich der Gewinn gegenüber den beiden letzten Jahren, in denen ein solcher von rund Fr. 45'000.– verbucht wurde, leicht erhöht (vgl. act. 12/6-7). Dennoch dürfte davon nach Bestreitung der laufenden Lebensunterhaltskosten kein namhafter Betrag übrig bleiben, welcher zur Schuldentilgung herangezogen werden könnte. Dies auch unter Berücksichtigung des in der Steuererklärung 2015 ausgewiesenen Einkommens der Ehefrau des Schuldners von rund Fr. 33'000.– (act. 12/10).

2.3.7. Insgesamt besteht damit eine nur lückenhafte Übersicht über die finanzielle Situation des Schuldners. Insbesondere kann die genaue Höhe seiner Schulden nicht hinreichend verlässlich beurteilt werden. Auch vermag der Schuldner mit den eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft zu machen, dass er innert nützlicher Frist über genügend flüssige Mittel verfügen wird, um einen wesentlichen Betrag für die Schuldentilgung aufbringen und gleichzeitig für die laufenden Verbindlichkeiten aufkommen zu können. Vor diesem Hintergrund erscheint nicht hinreichend glaubhaft, dass der Schuldner zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG ist. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind damit nicht erfüllt.

### 3.

Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Parteientschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Pfäffikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Pfäffikon ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfäffikon ZH, 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. S. Kröger

versandt am:

1. November 2018