

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160055-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Urteil vom 14. April 2016

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 17. März 2016 (EK160297)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Mit Urteil vom 17. März 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich über den Schuldner den Konkurs (act. 3 = act. 7 = act. 8/7).

1.2. Mit Beschwerde vom 29. März 2016 (Datum Poststempel) beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter Beilage diverser Unterlagen (act. 2; act. 5/2; act. 5/4-12). Mit Verfügung vom 31. März 2016 wurde der Beschwerde einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldner auf die Möglichkeit hingewiesen, seine Beschwerde innert der Beschwerdefrist zu ergänzen. Gleichzeitig wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Am 1. April 2016 reichte der Schuldner eine ergänzende Eingabe ein (act. 11). Der verlangte Kostenvorschuss wurde ebenfalls rechtzeitig geleistet (act. 12; act. 15). Mit Verfügung vom 4. April 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 13). Am 6. April 2016 reichte der Schuldner weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit ein (act. 16; act. 17/1-11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-9). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, 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 angefochtene Entscheid wurde dem Schuldner am 18. März 2016 zugestellt (act. 8/9). Die zehntägige Beschwerdefrist lief damit während der Betreibungsferien ab (7 Tage vor und nach Ostern, d.h. 20. März bis 3. April 2016; Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Sie verlängerte sich daher bis zum dritten Arbeitstag nach Ablauf der Betreibungsferien und endete somit am 6. April 2016 (Art. 63 SchKG; vgl. OGer ZH PS130227 vom 15. Januar 2014, E. II./2.). Die Beschwerdeschrift sowie auch die nachträglichen Eingaben des Schuldners wurden damit rechtzeitig eingereicht.

2.3. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung von Fr. 2'744.20 nebst Zins zu 5 % seit 6. April 2015 sowie Fr. 120.– Mahnspesen und Fr. 80.– Umtriebsspesen zuzüglich Betreuungskosten (act. 7). Der Schuldner belegt, dass er für die Konkursforderung samt Zinsen sowie Mahnspesen, Umtriebsspesen und Betreuungskosten bei der Rechtsmittelinstanz innert der Beschwerdefrist einen Betrag von insgesamt Fr. 3'220.85 zuhanden der Gläubigerin hinterlegt hat (act. 5/12; act. 12). Im Weiteren hat der Schuldner beim Konkursamt Wiedikon-Zürich zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 5/11). Damit ist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

2.4. Der Schuldner hat überdies wie erwähnt seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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. 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 zutref-

fend 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). Nach 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.5. Der Schuldner ist seit Oktober 2010 als Inhaber des Einzelunternehmens "A'.\_\_\_\_\_ Sanitär und Heizung" im Handelsregister eingetragen, welches die Ausführung von Sanitär- und Heizungsarbeiten bezweckt (vgl. act. 6). Zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit führt er vorab aus, die Liquiditätsprobleme gingen zurück auf einen Wasserschaden, den er im Jahr 2014 im Rahmen seiner werkvertraglichen Arbeiten verursacht habe. Die totale Schadenssumme habe sich auf Fr. 99'830.15 belaufen. Diesen Betrag habe er beglichen, indem er einerseits die für seine Arbeiten bereits erhaltene Akontozahlung von Fr. 64'750.85 zurück vergütet habe. Andererseits habe er mit der Geschädigten eine Reduktion der verbleibenden Schadenssumme von Fr. 35'079.30 auf Fr. 27'000.– vereinbart. Diesen Betrag habe er in fünf Raten gemäss Zahlungsvertrag vom 5. August 2014 bezahlt. Neben diesem grossen Posten habe der Wasserschaden zur Folge gehabt, dass die verbleibende Entlohnung aus dem Werkvertrag ausgeblieben sei. Dadurch sei er vorübergehend nicht mehr in der Lage gewesen, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Aufgrund der aktuellen Ertragslage des Unternehmens sowie angesichts eines grösseren in Aussicht stehenden Auftrages sei es ihm möglich, die Ausstände abzubezahlen sowie auch seinen laufenden Verpflichtungen vollständig nachzukommen (act. 2 S. 4 ff.). Dass die Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners hauptsächlich mit dem im Jahr 2014 verursachten Wasserschaden entstanden sind, ist aufgrund der eingereichten Belege grundsätzlich glaubhaft (act. 5/4-6). Eine Korrektur ist hinsichtlich der Höhe des Schadens anzubringen. Der Schuldner bezifferte diesen auf insgesamt Fr. 157'896.– (Zahlung von Fr. 27'000.– und Einnahmeausfall von Fr. 130'896.–; vgl. act. 2 Rz. 7). Das vereinbarte Honorar für seine Arbeit, die zum Schaden führte, betrug Fr. 130'896.–. Als Akontozahlungen erhielt der Schuldner Fr. 66'145.15. Die Differenz von Fr. 64'750.85 wurde mit dem Schaden verrechnet. Hinzu kam eine

Schlusszahlung von Fr. 27'000.–. Belege dafür, dass der Schuldner die Akontozahlungen hätte zurückerstatten müssen, fehlen. Sein Schaden belief sich damit insgesamt auf rund Fr. 92'000.– (vgl. act. 5/4-6).

Im Folgenden bleibt mit Blick in die Zukunft die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu prüfen.

2.6. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Betreibungsamtes Zürich 3 bestehen gegenüber dem Schuldner per 24. März 2016 insgesamt 29 offene Beteiligungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 124'124.86 (act. 5/7). Der Schuldner weist darauf hin, er habe dem Betreibungsamt seit Oktober 2014 insgesamt Fr. 41'685.70 zur Tilgung von betriebenen Forderungen zahlen können (act. 2 S. 5). Aus der eingereichten Zahlungsliste vom 24. März 2016 ergibt sich, dass diese Zahlungen zugunsten von Beteiligungsforderungen erfolgten, welche nicht mehr im Auszug der offenen Beteiligungen erscheinen (act. 5/8). Somit ist davon auszugehen, dass nach wie vor 29 Beteiligungen im Betrag von rund Fr. 124'000.– offen sind (vgl. act. 5/7). Davon ist in 6 Beteiligungen bereits die Konkursandrohung erfolgt (Code "KA"). In 5 Beteiligungen besteht eine laufende Einkommenspfändung (Code "L"). In 6 weiteren Beteiligungen wurde ebenfalls eine Einkommenspfändung verfügt, nachdem eine vorhergehende Pfändung eine ungenügende Deckung ergab (Code "VUL"). In einer Beteiligung wurde das Fortsetzungsbegehren gestellt (Code "FB"). Die weiteren 11 Beteiligungen befinden sich im Stadium der Zustellung des Zahlungsbefehls (Code "ZB"). Dass der Schuldner neben der Begleichung der Restschuld für den entstandenen Wasserschaden von Fr. 27'000.– seit Oktober 2014 insgesamt rund Fr. 41'500.– an Schulden abzahlen konnte, ist zu seinen Gunsten zu werten. Nicht zu übersehen ist aber, dass der Beteiligungsregisterauszug nach wie vor offene Beteiligungen in beträchtlicher Höhe aufweist, welche sich überdies grösstenteils in einem fortgeschrittenen Beteiligungsstadium befinden.

2.7. Der Kreditorenliste lassen sich weitere Ausstände von rund Fr. 25'500.– entnehmen (act. 17/7). Darin enthalten sind Verbindlichkeiten gegenüber Verwandten von Fr. 6'000.–. Diese dürften nicht kurzfristig zurückzuzahlen sein, weshalb

sie vorliegend ausser Acht gelassen werden können. Die Bilanz des Einzelunternehmens des Schuldners weist gemäss Zwischenabschluss per 5. April 2016 Verpflichtungen ("Sozialabzüge", "Quellensteuer", "Mehrwertsteuer", "Darlehen C.\_\_\_\_") inklusive transitorische Passiven von Fr. 117'450.– aus (act. 16 und 17/8). Mangels Kommentierung dieser Zahlen ist unklar, in welchem Umfang diese Posten, insbesondere die Sozialabzüge, Quellensteuer und Mehrwertsteuer, im vorstehend erwähnten Auszug über offene Betreibungen bereits enthalten sind. Noch nicht in Betreibung gesetzt ist jedenfalls das "Darlehen C.\_\_\_\_" im Betrag von rund Fr. 25'000.–. Mit diesem Betrag und den rund Fr. 20'000.– gemäss Kreditorenliste belaufen sich die offenen Schulden auf jedenfalls rund Fr. 169'000.–.

2.8. An liquiden Mitteln weist die Bilanz per 5. April 2016 einen Kassabestand von Fr. 100.– sowie ein Bankguthaben von Fr. 8'900.– aus. Ferner sind Debitoren von rund Fr. 15'500.– bilanziert (act. 17/8). Das vorhandene Bankguthaben entspricht dem im Kontoauszug des Firmenkontos bei der UBS AG ersichtlichen Saldo per 31. März 2016 (act. 17/4-5). Die Debitorenliste des Schuldners weist unter "Betreibung" eine Forderung gegenüber D.\_\_\_\_ im Betrag von netto Fr. 15'231.45 auf (act. 17/6). Über den Entstehungsgrund und die Fälligkeit dieser Forderung ist allerdings nichts bekannt. Auch für die geltend gemachte Rechnung für den "Umbau ...-Gasse" fehlen Belege. Demgegenüber scheint die Debitorenforderung gegenüber der E.\_\_\_\_ AG im Betrag von rund Fr. 4'320.– mehrheitlich bereits fakturiert zu sein, weshalb mit entsprechenden Zahlungseingängen in nützlicher Frist gerechnet werden darf (vgl. Anhang zu act. 17/6). Die weiteren bilanzierten Aktivposten (Maschinen/Apparate/Werkzeuge; Mobiliar; Autoleasing) haben bei der Liquiditätsprüfung ausser Acht zu bleiben, da sie keine realisierbaren Werte darstellen, welche zur Schuldentilgung herangezogen werden könnten. Auch die Steuererklärungen des Schuldners der Jahre 2014 und 2015 weisen kein nennenswertes Vermögen aus (act. 17/1-2). Unter Berücksichtigung der zweifelhaften Positionen "D.\_\_\_\_" und "Umbau ...-Gasse" stehen dem Schuldner damit aktuell höchstens Mittel in der Höhe von rund Fr. 30'000.– zur Verfügung. Die hohen Verbindlichkeiten des Schuldners sind dadurch bei weitem nicht gedeckt.

2.9. Der Schuldner macht geltend, die Ertragslage seines Einzelunternehmens ermögliche es ihm, die betriebenen Ausstände abzahlen zu können. So habe er zwischen Oktober 2015 und März 2016 einen Umsatz von Fr. 116'531.60 erzielt (act. 2 S. 6). Der eingereichte Kontoauszug zeigt zwar, dass das Unternehmen des Schuldners Einnahmen in der geltend gemachten Höhe generieren konnte. Der Kontoauszug führt jedoch nur die Kontogutschriften auf. Die Belastungen sind nicht ersichtlich (vgl. act. 5/9). Die Zahlungseingänge allein sagen noch nichts über den Geschäftserfolg einer Unternehmung aus. Das Konto wies per 31. März 2016 lediglich einen Saldo von Fr. 8'900.– aus (act. 17/4), weshalb den Einnahmen ein Aufwand in ungefähr derselben Höhe gegenüber stehen dürfte. Die geltend gemachten Umsatzzahlen ermöglichen deshalb keine Prognose über den künftigen Gewinn des Unternehmens. Der Schuldner reicht weiter eine Aufstellung seines aktuellen Auftragsvolumens ein (act. 17/11). Von den vier aufgeführten Aufträgen sind zwei durch entsprechende Auftragserteilungen belegt (Anhänge zu act. 17/11). Nach Abzug der bereits erhaltenen Akontozahlungen darf gemäss Angaben des Schuldners aus diesen Aufträgen mit Zahlungseingängen im Betrag von insgesamt rund Fr. 12'500.– gerechnet werden (act. 17/11). Demgegenüber wurde für einen weiteren geltend gemachten Auftrag über rund Fr. 28'000.– erst eine Offerte gestellt. Eine weitere Arbeit im Umfang von rund Fr. 5'000.– ist erst in Planung (act. 17/11). Die diesbezüglich geltend gemachten zukünftigen Einnahmen erscheinen damit noch nicht hinreichend konkret, weshalb sie nicht berücksichtigt 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. Mit den eingereichten Unterlagen vermag der Schuldner nicht glaubhaft zu machen, dass er innert nützlicher Frist über genügend flüssige Mittel verfügen wird, um die bestehenden Schulden zu tilgen und gleichzeitig für die laufenden Verbindlichkeiten aufzukommen. Die Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners können damit nicht mehr bloss als vorübergehend bezeichnet werden. Konkrete Anhaltspunkte für eine nachhaltige Verbesserung der finanziellen Situation sind nach dem Gesagten nicht ersichtlich. Damit erscheint die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht hinreichend glaubhaft. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind

deshalb nicht gegeben. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Schuldner auch für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **14. April 2016, 13.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 3'220.85 (Fr. 3'198.40 und Fr. 22.45) dem Konkursamt Wiedikon-Zürich zuhanden der Konkursmasse zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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. S. Kröger

versandt am:  
14. April 2016