

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180166-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

## Urteil vom 24. September 2018

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. \_\_\_\_\_ Versicherungen AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen  
vom 28. August 2018 (EK180215)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Der Schuldner ist seit dem tt.mm.2018 als Inhaber des Einzelunternehmens Bäckerei-Konditorei & Café A. \_\_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Unternehmen bezweckt den Betrieb, einer Bäckerei und Konditorei sowie eines Cafés (vgl. act. 5).

1.2. Am 28. August 2018 eröffnete das Konkursgericht Horgen den Konkurs über den Schuldner (vgl. act. 3 = act. 6 = act. 7/11). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 7. September 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 8). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da der Schuldner diesen bereits geleistet hatte (act. 4/5; act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-13). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Konkurseröffnung 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. Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'217.80 nebst Zins zu 5 % seit 9. Februar 2018 sowie Fr. 42.20 aufgelaufener

Zins, Fr. 240.– Mahngebühren und Fr. 189.85 Betreuungskosten (vgl. act. 6). Der Schuldner belegte mit seiner Beschwerde, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 31. August 2018 beim Betreibungsamt Wädenswil bezahlt zu haben (act. 4/2). Zudem hat er beim Konkursamt Wädenswil die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'800.– sichergestellt (act. 4/4). Damit ist der Konkurshindereungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung erfüllt.

2.3. Folglich bleibt noch zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft ist. 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. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). 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). 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 abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer als wenn der Schuldner innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

2.3.1. Der Schuldner führt zu seiner Zahlungsfähigkeit aus, er habe am 1. Januar 2016 die Bäckerei Konditorei sowie das Café von seinem Vater übernommen. Er beschäftige insgesamt 5 Mitarbeitende, davon zwei Lernende, wobei ein Lehrverhältnis Ende August erfolgreich abgeschlossen worden sei. Die Betriebsübernahme im Jahr 2016 habe sich aus verschiedenen Gründen als Herausforderung gestaltet und vorübergehend zu Liquiditätsengpässen und Zahlungsrückständen geführt. So habe er eine vernachlässigte Buchhaltung und Administration angetroffen, und er habe in den letzten Monaten ausserordentliche und unaufschiebbare Investitionen in verschiedene Einrichtungs- und Ausstattungsgegenstände tätigen müssen. Zudem habe er wegen einer Darlehensschuld seines Vaters die Rohstoffe weiterhin bei der D. \_\_\_\_\_ AG mit einem jeweiligen Zuschlag beziehen müssen. Mittlerweile habe er eine Buchhalterin damit beauftragt, die Versäumnisse in der Buchhaltung aufzuarbeiten, und die notwendigen Investitionen seien abgeschlossen. Zudem ergäben sich auf der Ausgabenseite seit 1. September 2018 Einsparungen durch den Wegfall des Lohns der Lehrabgängerin und der Einsparung von Mietkosten. Dank diversen Massnahmen (Umsatzwachstum aus dem Café dank der getätigten Investitionen, Anstieg der Bestelleingänge für Grosskunden durch verstärkte Akquise, Optimierung der Ladenöffnungszeiten, gute Einnahmen aus dem Laden) hätten die durchschnittlichen Monatseinnahmen seit Juli 2018 gesteigert werden können. Er sei damit in der Lage, die bestehenden Schulden bis spätestens Oktober 2018 abzutragen und den laufenden Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (vgl. act. 2).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

Der eingereichte Auszug vom 3. September 2018 umfasst den Zeitraum November 2016 bis August 2018 (vgl. act. 4/13). In dieser Zeit wurde der Schuldner insgesamt 75 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 64'956.20. Von diesen Betreibungen sind – mit der Vorliegenden (Betreibungsnr. ...) – 45 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 43'706.– durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt. Eine Betreibung im Betrag von Fr. 173.75 ist erloschen. Gemäss Betrei-

bungsregisterauszug sind noch 29 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 21'076.45 offen. Verlustscheine sind keine vorhanden.

Nicht zu übersehen ist, dass der Schuldner in den letzten zwei Jahren für eine beträchtliche Anzahl von Forderungen betrieben wurde und der Betreibungsregisterauszug nach wie vor offene Betreibungen in einem namhaften Betrag aufweist. Positiv zu werten ist aber, dass er mittlerweile über Fr. 40'000.– an Schulden abbezahlen konnte, was rund zwei Drittel der Betreibungsschulden ausmacht.

Der Schuldner führt aus, im Fall der Konkursaufhebung erhalte er ein unverzinsliches Darlehen zur Begleichung der Betreibungen mit Status "Konkursandrohung" im Betrag von insgesamt Fr. 6'389.80 (act. 2 S. 4). Gemäss dem eingereichten Darlehensvertrag ist das Darlehen mit einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten auf Ende eines Monats kündbar (act. 4/14). Damit wird der Schuldner im Falle der Aufhebung des Konkurses in der Lage sein, die aktuell dringendsten Verpflichtungen sogleich bedienen zu können, wobei das ihm hierzu gewährte Darlehen nicht kurzfristig zurück zu zahlen sein wird.

2.3.3. Der Schuldner macht weiter geltend, die übrigen offenen Betreibungen mit Status "Pfändung" bzw. "Betreibung eingeleitet" im Gesamtbetrag von Fr. 14'687.– könne er durch die laufenden Einnahmen bis spätestens Ende Oktober 2018 begleichen (act. 2 S. 5). Der Schuldner reichte weder eine aktuelle Kreditoren-/Debitorenliste noch Kontoauszüge oder eine aktuelle Zwischenbilanz ein. Es liegen lediglich eine Bilanz und Erfolgsrechnung des Jahres 2016 sowie eine provisorische Bilanz und Erfolgsrechnung des Jahres 2017 vor (act. 4/6-7). Damit lässt sich die aktuelle finanzielle Lage des Schuldners nicht eindeutig beurteilen. Immerhin ergibt sich aus den eingereichten Erfolgsrechnungen, dass der Schuldner im Jahr 2016 einen Gewinn von Fr. 55'906.19 erzielen konnte. In der Erfolgsrechnung des Jahres 2017 wurde bei Einnahmen von Fr. 501'400.95 ein Gewinn von Fr. 26'379.46 verbucht (act. 4/6-7). Allerdings ist das Eigenkapital in der provisorischen Bilanz per 31. Dezember 2017 mit (-)Fr. 45'618.91 aufgeführt, was darauf hindeutet, dass dem Betrieb Geld entzogen wurde (vgl. act. 4/7). Stellt man gestützt auf die provisorische Bilanz 2017 dem Fremdkapital von Fr. 120'625.90 die Aktiven von Fr. 101'386.45 gegenüber, so ergibt sich zudem – im Gegensatz

zum Vorjahr – eine Unterdeckung (vgl. act. 4/7). Damit lag zumindest Ende 2017 eine Überschuldung vor. Durch die mittlerweile eingetretenen Reduktionen bei den Lohn- und Mietausgaben dürften sich – ausgehend von den ausgewiesenen Lohn- und Mietkosten – zukünftig jährliche Einsparungen beim Lohnaufwand von Fr. 12'000.– und beim Mietaufwand von Fr. 20'100.– ergeben (vgl. act. 4/9; act. 4/11). Damit verbleiben insgesamt zwar gewisse Bedenken an der Liquidität des Schuldners. Wichtig für seine Zahlungsfähigkeit spricht aber, dass er innert relativ kurzer Zeit einen beträchtlichen Teil der in Betreuung gesetzten Forderungen begleichen konnte. Die noch offenen Betreibungen stammen allesamt aus dem Jahr 2018. Es erscheint unter diesen Umständen glaubhaft, dass der Liquiditätsengpass insbesondere auf die vernachlässigte Buchhaltung und die notwendigen Investitionen nach der Betriebsübernahme im Jahr 2016 zurückzuführen ist. Der Schuldner ist sichtlich bemüht, mit diversen Massnahmen die anfänglichen Probleme in den Griff zu bekommen und seine finanziellen Angelegenheiten zu sanieren. Gestützt auf das jeweils positive Geschäftsergebnis der letzten beiden Jahre und aufgrund der erwähnten Einsparungen auf der Ausgabenseite darf davon ausgegangen werden, dass dem Schuldner durch die laufenden Einnahmen genügend Mittel zur Verfügung stehen werden, damit er innert absehbarer Zeit die noch bestehenden Schulden abbezahlen und gleichzeitig seinen laufenden Verbindlichkeiten nachkommen kann. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Schuldners erweist sich vor diesem Hintergrund insgesamt als wahrscheinlicher als eine dauerhafte Illiquidität. Seine Zahlungsfähigkeit ist damit hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses. Sollte es zu einer erneuten Konkursöffnung kommen, wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen.

3.

Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 28. August 2018, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
4. Das Konkursamt Wädenswil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.– (Fr. 1'800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. 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 mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wädenswil, 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:  
25. September 2018