

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230169-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 22. September 2023

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch B. _____,

gegen

C. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Pfäffikon vom 5. September 2023 (EK230078)**

Erwägungen:

1.1 Am 5. September 2023 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 15'707.80 inkl. Zins und Spesen (act. 7). Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 8. September 2023 zugestellt (act. 9/1).

1.2 Dagegen erhob der Schuldner mit persönlich überbrachter Eingabe vom 15. September 2023 rechtzeitig Beschwerde und verlangt sinngemäss die Aufhebung des Konkurses. Er macht geltend, die Forderung an die Gläubigerin bezahlt zu haben und sinngemäss, zahlungsfähig zu sein (act. 2 ff.). Der Schuldner wurde bei Überbringung der Beschwerde mündlich unterrichtet, was es zur Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren bedarf (act. 9). Mit Verfügung vom 15. September 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert. Dem Schuldner wurde nochmals aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen der Konkurs im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden kann. Zudem wurde er darauf hingewiesen, dass er die Beschwerde bis Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne und die Beschwerdefrist mutmasslich am 18. September 2023 ablaufe (act. 10). Am 18. September 2023 gingen weitere Unterlagen des Schuldners ein (act. 12 f.). Die Akten des Konkurseröffnungsverfahrens wurden beigezogen (act. 8/1–9).

Mit Eingabe vom 20. September 2023 (Datum Poststempel) gelangte der Schuldner erneut an die Kammer und zeigte an, nunmehr vertreten zu werden (act. 14 f.). Das Rubrum ist entsprechend anzupassen. Soweit der Schuldner zusammen mit dieser Eingabe Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit einreicht (Betreibungsregisterauszug, act. 15/3), bleibt bereits hier festzuhalten, dass dem Schuldner die Beschwerdefrist bis am 18. September 2023 lief. Die danach eingereichten Unterlagen sind hier verspätet und nicht beachtlich .

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterle-

gung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

3. Der Schuldner reicht einen Auszug "Kontobuchung Details" der Züricher Kantonalbank, offenbar von einem Konto der Gläubigerin, ein. Demgemäss wurde dieser am 15. September 2023 der Betrag von Fr. 15'707.80 gutgeschrieben, bezahlt vom Schuldner (act. 13/2). Damit weist der Schuldner nach, den in Betreuung gesetzten Betrag inklusive Kosten und Zinsen an die Gläubigerin nach Konkursöffnung bezahlt zu haben. Weiter belegt der Schuldner mit einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Pfäffikon vom 15. September 2023, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 2'000.– sichergestellt zu haben (act. 4/2). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1 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 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 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 wird abtragen können (statt vieler: 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.).

4.2 Der Schuldner ist als Inhaber der Einzelunternehmung 'D._____' seit dem tt.mm.2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Zweck ist "Gartenbau- und Unterhalt" aufgeführt (act. 5). Zum Grund, weshalb es zur Konkursöffnung gekommen ist, äussert sich der Schuldner nicht (act. 2 u. 12).

4.3 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es der Beschwerde des Schuldners ganz grundsätzlich an Behauptungen zur seiner Zahlungsfähigkeit fehlt (act. 2 u. 12). Er äussert sich mit keinem Wort zu seiner finanziellen Lage oder zu seinem Geschäftsgang, sondern begnügt sich damit, Unterlagen einzureichen, aus welchen das Gericht mutmasslich selbst Schlüsse zu seiner Zahlungsfähigkeit ziehen soll. Auch wenn bei Laien die Anforderungen an eine Beschwerdebegründung tief sind, darf vom Beschwerdeführer doch erwartet werden, dass er sich rudimentär äussert und darlegt, weshalb er die von ihm gewählten Unterlagen einreicht und was aus diesen zu schliessen sei. Bereits mit Blick auf diese nicht vorhandene Begründung erscheint die Beschwerde ungenügend.

4.4 Eine Prüfung der vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen lässt im Übrigen keinen positiven Schluss auf seine finanzielle Situation zu:

4.5.1.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gäbe insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Einen solchen reicht der Schuldner innert Frist indes nicht ein. Der verspätet eingereichte Betreibungsregisterauszug ist wie gezeigt grundsätzlich nicht beachtlich. Eine Beurteilung, ob und wie regelmässig es bereits vor

der vorliegenden Betreuung, die zur Konkursöffnung führte, zu Betreibungen gekommen ist, ist ohne zu berücksichtigenden Betreibungsregisterauszug nicht möglich. Bereits dies ist negativ zu werten.

4.5.1.2 Selbst wenn aber der Betreibungsregisterauszug beachtlich wäre, wirkte sich dieser klar zu Ungunsten des Schuldners aus: Der Betreibungsregisterauszug vom 20. September 2023 (act. 15/3) weist nämlich die beträchtliche Anzahl von 99 Betreibungen auf, welche sich über die gesamte abgebildete Zeitspanne von fünf Jahren ansammelten. Bereits dies zeigt, dass der Beschwerdeführer entweder durchgehend über Zahlungsschwierigkeiten, eine schlechte Zahlungsmoral oder beides verfügte. Hinzu kommt, dass sich bereits eine beträchtliche Anzahl der Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder der Pfändung befinden und zudem schon diverse Verlustscheine vorliegen, mithin nach durchgeführter Pfändung Forderungen nicht gedeckt werden konnten. Dies lässt auf eine äusserst prekäre finanzielle Situation des Schuldners schliessen.

4.6 Auch die Prüfung der rechtzeitig eingereichten Unterlagen vermögen an diesem Bild nichts zu ändern:

4.6.1 Bei den Akten liegt ein vom Schuldner an die 'E._____ GmbH' unterbreitetes "Angebot" zu einem Betrag von Fr. 114'067.20 (act. 4/5). Dieses "Angebot" stammt vom 12. Dezember 2022. Ob diese Offerte angenommen worden ist, mithin in einem Auftrag mündete, ist indes nicht bekannt, und dazu äussert sich der Schuldner nicht. Aus diesem Beleg lässt sich damit nichts zu Gunsten des Schuldners ableiten. Was der Schuldner sodann aus einer E-Mail ableiten will, aus welcher sich ergibt, dass eine "Eigentümerin" offenbar mit einem Rasen oder einer Wiese nicht zufrieden sei und zudem noch diverse Arbeiten nicht erledigt worden seien, ist ebenfalls unklar (act. 4/4A).

4.6.2 Der Schuldner reicht sodann eine Auftragsbestätigung an die 'F._____ GmbH' vom 11. September 2023 ein über einen Auftrag von Fr. 23'041.80 (act. 4/6) und eine Auftragsbestätigung an die 'E._____ GmbH' vom 15. September 2023 über einen Auftrag zu Fr. 16'370.– (act. 13/7). Zwar äussert

sich der Schuldner auch dazu nicht, die eingereichten Unterlagen dürften aber wohl dazu dienen, eine intakte Auftragslage nachzuweisen.

4.6.3 Im Weiteren reicht der Schuldner Auszüge seines PostFinance-Geschäftskontos der Monate Januar bis Mitte September 2023 ein (act. 13/3–11). Der Auszug für den Monat Januar weist – nachdem er per 31. Dezember 2022 noch einen negativen Saldo von -Fr. 5'565.65 ausgewiesen hat – per Ende Januar einen positiven Saldo von Fr. 2'934.05 aus (act. 13/11). Sämtliche darauf folgenden Auszüge weisen per Ende Monat je einen negativen Saldo aus (Februar: -Fr. 5'283.97 [act. 13/10]; März: -Fr. 5'840.77 [act. 13/9]; April: -Fr. 4'876.22 [act. 13/8]; Mai: -Fr. 1'840.55 [act. 13/7]; Juni: -Fr. 6'291.45 [act. 13/6]; Juli: -Fr. 5'905.91 [act. 13/5]; August: -Fr. 4'968.41 [act. 13/4]). Der Auszug für September weist per 7. September 2023 einen negativen Saldo von -Fr. 4'483.41 aus (act. 13/3). Insgesamt ergibt sich aus diesen Auszügen damit, dass es dem Schuldner über die gesamte abgebildete Zeitspanne nicht möglich war, mit den gemäss Kontoauszügen generierten Einkünften die über das Konto belasteten Ausgaben zu decken. Sein Geschäft war damit alleine unter alleiniger Berücksichtigung dieses Auszuges defizitär.

4.6.4 Die Auszüge zeigen immerhin, dass der Schuldner in den abgebildeten rund acht Monaten regelmässig Gutschriften in grösseren Beträgen, augenscheinlich im Zusammenhang mit Aufträgen, erhalten hat (Januar: Fr. 32'310.–/Februar: Fr. 8'500.–, Fr. 16'155.– und 883.15 [act. 13/10]; März: Fr. 6'739.85 [act. 13/9], April: Fr. 1'938.60, Fr. 420.05 und Fr. 10'770.– [act. 13/8]; Mai: Fr. 3'000.–, Fr. 1'392.–, Fr. 11'694.05, Fr. 7'000.50 und Fr. 15'000.– [act. 13/7]; Juni: Fr. 2'388.95 [act. 13/6]; Juli: Fr. 7'539.–, Fr. 9'000.– und Fr. 619.30 [act. 13/5]; August: Fr. 5'385.– und Fr. 12'493.20 [act. 13/4]; September: Fr. 5'385.– [act. 13/3]), er mithin über eine intakte Geschäftstätigkeit verfügte.

4.6.5 Der Beschwerde liegt sodann eine E-Mail bei, aus welcher sich eine Forderung der 'E._____ GmbH' gegenüber dem Schuldner von Fr. 42'750.– ergibt, wobei der Schuldner handschriftlich auf dem E-Mail-Ausdruck vermerkt hat, es seien noch Fr. 15'000.– offen. Mangels entsprechender Äusserungen unklar bleibt, ob

sich die Fr. 15'000.– auf den Gesamtbetrag beziehen oder auf eine einzelne der in der E-Mail aufgeführten Positionen (vgl. act. 4/4).

4.3.3 Aus den eingereichten Unterlagen zeigt sich damit, dass – auch wenn der Schuldner insgesamt über eine an sich intakte Auftragslage bzw. Geschäftstätigkeit verfügte – das Geschäft des Schuldners über das letzte halbe Jahr defizitär war.

Alleine mit diesen wenigen Unterlagen und mit Blick auf die gänzlich fehlenden Behauptungen zur finanziellen Situation ist eine Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners aber letztlich unmöglich. Insbesondere reichen die Unterlagen nicht aus, sich ein auch nur annähernd umfassendes Bild zur finanziellen Situation des Schuldners zu machen. Er reicht weder aktuelle noch vergangene Bilanzen oder Erfolgsrechnungen ein, aus welchen sich der Geschäftsgang und die gesamthafte finanzielle Situation ablesen liessen. Auch unterlässt er es, eine Aufstellung über bestehende Debitoren und Kreditoren einzureichen, und er äussert sich nirgends über den aktuellen Geschäftsgang und denjenigen der letzten Jahre, legt nicht dar, welche monatlichen Auslagen er mit seinem Geschäft hat (z.B. Miete, Fahrzeuge, Material, Löhne etc.) und insbesondere auch nicht, weshalb das Geschäft (zumindest innerhalb der bekannten Zeitspanne) verlustbehaftet ist und gestützt worauf er davon ausgeht, dass sich dies in Zukunft ändern werde bzw. es sich dabei nur um einen vorübergehenden finanziellen Engpass handle. Mangels der entsprechenden Unterlagen kann auch nicht beurteilt werden, inwiefern bzw. woraus der Schuldner in der Lage sein wird, bestehende Schulden innert nützlicher Frist abzutragen.

4.4 Nach dem Gesagten gelingt es dem Schuldner nicht, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, bzw. fehlt es diesbezüglich schon an hinreichenden Behauptungen. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

5. Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter 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 Konkursangabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines 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 mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2, 12 und 14, sowie an das Einzelgericht s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Pfäffikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfäffikon, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
25. September 2023