

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120193-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Findeisen.

## Urteil vom 12. November 2012

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 10. Oktober 2012 (EK120305)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Der Schuldner ist seit dem 3. Mai 2006 als Inhaber des Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Eintrag bezweckt das Einzelunternehmen im Wesentlichen die Vornahme von Diamantbohrungen (act. 7).

Am 10. Oktober 2012 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon für eine Forderung von Fr. 164.30 (Forderung inklusive Zins sowie Mahn-, Dossiereröffnungs- und Betreuungskosten, abzüglich Teilzahlung vom 2. Mai 2012; vgl. dazu auch act. 6/2/2) über den Schuldner den Konkurs (act. 3 = act. 5 = act. 6/5; vgl. auch act. 14).

Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte er daraufhin mit Eingabe vom 19. Oktober 2012 dessen Aufhebung (act. 2; vgl. auch act. 6/6). Nachdem der Schuldner am 22. Oktober 2012 auch den bisher noch offenen Betrag zu Händen der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt hatte (act. 10/2), wurde der Beschwerde gleichentags die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 12). Am 30. Oktober 2012 wurde der Kostenvorschuss in der verlangten Höhe einbezahlt (act. 15; vgl. auch act. 13/1).

### **II.**

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz eine Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshindereungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Neue Tatsachen können im Beschwerdever-

fahren einerseits geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Über konkurshindernde Tatsachen sind neue Behauptungen und Urkundenbeweise zudem selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid erfolgt sind. Da die Beschwerde innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen ist, muss der Schuldner allerdings *innert Rechtsmittelfrist* sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe durch Urkunden belegen als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Es besteht keine Möglichkeit zur Ansetzung von Nachfristen oder der Nachreichung von Unterlagen nach diesem Zeitpunkt (ZR 110/2011 Nr. 5 unter Hinweis auf BGE 136 III 294).

2. a) Gemäss Konkursandrohung vom 27. April 2012 wurde die Hauptforderung am 2. Mai 2012 bezahlt (act. 6/2/2; vgl. dazu auch act. 17). Durch die Einreichung der Quittung der Obergerichtskasse vom 22. Oktober 2012 über Fr. 180.00 (act. 10/2) wies der Schuldner zudem die Hinterlegung von Zins und Kosten im Betrag von Fr. 164.30 zu Handen der Gläubigerin (nach Konkurseröffnung) ausreichend nach. Daneben bestätigte das Konkursamt D. \_\_\_\_\_ ebenfalls mit Quittung vom 22. Oktober 2012 den Erhalt von Fr. 600.00, wodurch die in dessen Verfahren entstehenden Kosten und Auslagen inklusive Kosten des Konkurseröffnungsurteils gedeckt seien (act. 10/1). Der Nachweis eines Konkursaufhebungsgrunds ist damit gelungen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG). Daneben stellte der Schuldner mittels Barvorschuss auch die zweitinstanzliche Spruchgebühr sicher (act. 15).

b) Neben dem Beleg eines Konkurshinderungsgrunds hat der Schuldner nach dem Gesagten auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, womit die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig er-

scheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen, müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten tatsächlich glaubhaft erscheint.

Ausgangspunkt für die Einschätzung des Zahlungsverhaltens und die finanzielle Lage eines Schuldners ist das Betreibungsregister. Im aktuelleren der beiden eingereichten Auszüge des Betreibungsamts E. \_\_\_\_\_ (act. 11/1+2) vom 22. Oktober 2012 sind seit Anfang 2010 (inklusive der aktuellen Konkursbetreibung) 27 gegen den Schuldner angehobene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 104'994.00 vermerkt (act. 11/1). In den letzten knapp drei Jahren erfolgte demnach betreffend den Schuldner etwa alle eineinhalb Monate eine Betreibung. Einer der letzten Einträge betrifft die Betreibung Nr. ... über Fr. 15'000.00 der Hauptabteilung Mehrwertsteuer der Eidgenössischen Steuerverwaltung mit Eingangsdatum 8. August 2012 (vgl. hierzu auch act. 16). Diese Umstände lassen mindestens auf deutliche Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners schliessen. Von den 27 Betreibungen sind fünf im Betrag von insgesamt Fr. 4'311.65 als durch Zahlung erledigt markiert (Betreibungen Nr. ... über Fr. 788.05, Nr. ... über Fr. 790.30 und Nr. ... über Fr. 722.30 der Q. \_\_\_\_\_; Betreibung Nr. ... über Fr. 208.00 des R. \_\_\_\_\_ und Betreibung Nr. ... über Fr. 1'803.00 der S. \_\_\_\_\_; vgl. dazu auch act. 11/3+4). Daneben wies der Schuldner im Rechtsmittelverfahren die vollständige Begleichung der Konkursforderung von Fr. 478.45 nach (Betreibung Nr. ... der B. \_\_\_\_\_ SA). Betreffend 15 der restlichen Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 69'669.30 besteht eine Einkommenspfändung (Betreibungen Nr. ... über Fr. 4'109.00, Nr. ... über Fr. 6'018.00, Nr. ... über Fr. 8'000.00, Nr. ... über Fr. 1'110.00, Nr. ... über Fr. 10'150.00, Nr. ... über Fr. 12'045.00 und Nr. ... über Fr. 5'115.00 der Hauptabteilung Mehrwertsteuer der Eidgenössischen Steuerverwaltung; Betreibung Nr. ... über Fr. 2'481.00 der T. \_\_\_\_\_ AG; Betreibungen Nr. ... über Fr. 722.30, Nr. ... über Fr. 2'207.60, Nr. ... über Fr. 721.05, Nr. ... über Fr. 15'328.95 und Nr. ... über Fr. 726.05 der Q. \_\_\_\_\_; Betreibung Nr. ... über Fr. 767.00 der U. \_\_\_\_\_; Betreibung Nr. ... über Fr. 168.35 der Stadtverwal-

tung D.\_\_\_\_). In seiner Beschwerde äusserte sich der Schuldner nicht darüber, ob und in welchem Umfang dieser Betrag allenfalls bereits abgetragen wurde (act. 2). Im Gegenteil reichte er einen Beleg betreffend Unterstützungsleistung der Stadtverwaltung D.\_\_\_\_ für den Zeitraum 1. Juni bis 30. November 2012 ein (act. 11/22). Ein Erwerbseinkommen des Schuldners findet sich auf diesem Dokument nicht (lediglich ein solches von Fr. 700.00 eines F.\_\_\_\_). Vor diesem Hintergrund kann auch im Rahmen der Glaubhaftmachung nicht vom Nachweis einer (teilweisen) Tilgung der unter die Einkommenspfändung fallenden Betreibungen ausgegangen werden. Daraus resultieren offene betriebene Forderungen von rund Fr. 100'000.00 (Fr. 104'994.00 abzüglich Fr. 4'311.65 abzüglich Fr. 478.45 = Fr. 100'203.90), die mehr oder weniger umgehend zu bedienen sind. Dazu kommt offenbar eine Forderung der G.\_\_\_\_ GmbH von Fr. 4'326.70 (Fr. 7'326.70 abzüglich Anzahlung von Fr. 3'000.00; act. 11/6+7). Zu allfälligen weiteren, nicht betriebenen Kreditoren ist nichts bekannt.

Die Beschwerde des Schuldners umfasst fünf Zeilen. Als Begründung führte er lediglich an, er habe die Konkursforderung von Fr. 388.45 bereits vor Konkursöffnung (am 3. Oktober 2012; anders act. 6/2/2 und act. 17) beim Betreibungsamt D.\_\_\_\_ bezahlt (act. 2). Keine Ausführungen finden sich in der Beschwerde zu seiner generellen finanziellen Lage und seinem Zahlungsverhalten im Allgemeinen. Neben den bereits erwähnten Quittungen des Konkursamts D.\_\_\_\_ (act. 10/1) und der Obergerichtskasse (act. 10/2) sowie den Auszügen aus dem Betreibungsregister (act. 11/1+2) reichte der Schuldner vorab eine Abrechnung betreffend die Konkursbetreibung zu den Akten (woraus ein noch offener provisorischer Endbetrag von Fr. 178.30 hervorgeht; act. 4). Daneben finden sich drei Abrechnungen des Bertreibungsamts E.\_\_\_\_ über die Begleichung von auch in den Registerauszügen als bezahlt ausgewiesenen Betreibungen (act. 11/3 = Betreibung Nr. ... über Fr. 722.30 der Q.\_\_\_\_; act. 11/4 = Betreibung Nr. ... über Fr. 1'803.00 der S.\_\_\_\_; act. 11/5 = Betreibung Nr. ... über Fr. 813.70 der B.\_\_\_\_ SA [gemäss act. 11/2; auf act. 11/1 nicht mehr aufgeführt]). Weiter reichte der Schuldner eine Quittung von H.\_\_\_\_ vom 21. August 2012 über Fr. 300.00 (act. 11/9), zwei solche der I.\_\_\_\_ GmbH vom 24. September 2012 über Fr. 3'900.00 und 11. November 2012 (!) über

Fr. 1'000.00 (act. 11/10), Unterlagen zu einem Umbau in J.\_\_\_\_\_ (act. 11/8), einen Lieferschein über offenbar bezahlte Ware der K.\_\_\_\_\_ AG (act. 11/11), Unterlagen betreffend Miete von diversen Transportern der L.\_\_\_\_\_ AG vom 22. (act. 11/12) und 23. August (act. 11/20) sowie 12. (act. 11/16) und 13. September 2012 (act. 11/19), Rechnungen über Barverkäufe an den Schuldner durch die M.\_\_\_\_\_ AG (act. 11/13) und die N.\_\_\_\_\_ vom 15. Oktober 2012 (act. 11/14 und act. 11/15) sowie die O.\_\_\_\_\_ AG vom 4. Oktober 2012 (act. 11/21) und Dokumente betreffend Abführung von Betonabbruch durch die P.\_\_\_\_\_ AG (act. 11/17+18) zu den Akten. Der Schuldner blieb allerdings eine Erklärung schuldig, inwiefern diese Unterlagen Rückschlüsse auf die Tilgung seiner Ausstände und den Nachweis seiner Liquidität liefern sollen. Als Beleg absehbarer positiver Veränderungen in seiner Geschäftstätigkeit sind sie jedenfalls unzureichend. Aus keinem der Dokumente ist eine summenmässige Entschädigung ersichtlich. Selbst aus den Unterlagen in act. 11/8 ergibt sich nichts Derartiges. Auch hier bleibt unklar, welcher konkrete Betrag dem Schuldner aus dem Projekt in J.\_\_\_\_\_ tatsächlich zur Verfügung stehen wird und wann mit Auszahlungen der Werkbestellerin zu rechnen wäre. Daneben wurden auch die von einem allenfalls eingehenden Betrag noch in Abzug zu bringenden Unkosten für Löhne, Material und Administration nicht einmal schätzungsweise angegeben. Aus den eingereichten Akten kann daher nicht gefolgert werden, dass dem Schuldner aus dem Projekt in J.\_\_\_\_\_ oder einem anderen Auftrag innert nützlicher Frist ausreichend Mittel zur Verfügung stünden, die ihm die Bedienung seiner laufenden Verpflichtungen und die Abzahlung seiner Schulden erlauben würden. Selbst wenn vom Nachweis intakter Geschäftstätigkeit ausgegangen würde, bliebe nach wie vor völlig offen, wovon der - nota bene Unterstützungsleistungen der Stadt D.\_\_\_\_\_ beziehende (act. 11/22) - Schuldner die offenen betriebenen Forderungen im Betrag von Fr. 100'000.00 bezahlen will.

3. Aufgrund der wiedergegebenen Verhältnisse kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Schuldner seine Schulden abtragen und seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen wird befriedigen können. Er vermochte nicht darzutun, dass er sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass befindet. Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation des Schuld-

ners wurden weder dargetan noch ergeben sich diese aus den eingereichten Akten.

Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Der Konkurs muss neu eröffnet werden.

### III.

Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr des Rechtsmittelprozesses dem Schuldner aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner mit Wirkung ab **12. November 2012, 18.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt D. \_\_\_\_\_ wird mit dem Vollzug beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet.
4. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 180.00 zu Handen der Konkursmasse ans Konkursamt D. \_\_\_\_\_ auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Dietikon und das Konkursamt D. \_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E. \_\_\_\_\_, 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 Be-

schwerde 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. K. Findeisen

versandt am: