

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden.

Urteil vom 27. Februar 2014

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. Januar 2014 (EK130516)

Erwägungen:

1.

Mit Eingabe vom 15. November 2013 stellte die Gläubigerin und Beschwerdegegerin (fortan: Gläubigerin) das Begehren um Eröffnung des Konkurses über den Schuldner und Beschwerdeführer (fortan: Schuldner) für eine Forderung von CHF 18'000.00 nebst Zins von 5% seit 1. Juli 2012 zuzüglich CHF 400.00 Rechtsöffnungskosten und CHF 206.00 Betreuungskosten. Mit Urteil vom 22. Januar 2014 eröffnete das Bezirksgericht Dietikon den Konkurs über den Schuldner (act. 6). Dieser Entscheid wurde dem Schuldner am 24. Januar 2014 zugestellt (act. 7/7). Die Beschwerdefrist von 10 Tagen lief somit am 3. Februar 2014 ab. Mit Eingabe vom 28. Januar 2014 erhob der Schuldner rechtzeitig Beschwerde und kündigte an, er werde die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung noch innert der Beschwerdefrist zahlen. Zugleich stellte er den Antrag, es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

Mit Verfügung vom 30. Januar 2014 wurde erwogen, dass die Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht gerechtfertigt sei, solange die Schuld samt Zinsen und Kosten nicht innert der Beschwerdefrist bezahlt sei. Der Schuldner wurde darauf hingewiesen, dass zu den zu tilgenden Kosten auch die erstinstanzliche Spruchgebühr von CHF 400.00 gehöre. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde einstweilen abgewiesen und dem Schuldner wurde Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von CHF 750.00 angesetzt (act. 8). Am 3. Februar 2014 und damit vor Ablauf der Rechtsmittelfrist reichte der Schuldner eine Postquittung mit gleichem Datum ein, die eine Zahlung von CHF 22'262.50 an das Konkursamt C._____ nachweist (act. 10 und 11). Der Schuldner machte geltend, damit seien die Forderung von CHF 18'000.00 samt Zins von CHF 1'456.50, Betreuungskosten von CHF 206.00, Rechtsöffnungskosten von CHF 400.00, die erstinstanzliche Spruchgebühr von CHF 400.00 sowie der Kostenvorschuss des Konkursamtes C._____ von CHF 1'800.00 bezahlt (act. 10).

Am 5. Februar 2014 bestätigte das Konkursamt C._____, dass der verlangte Kostenvorschuss von CHF 1'800.00 bezahlt worden sei (act. 13). Mit Verfügung vom 5. Februar 2014 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 14). Der Kostenvorschuss für das Verfahren vor Obergericht von CHF 750.00 wurde fristgerecht geleistet (act. 16). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner 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 eingebracht werden (BGE 136 III 294, BGer vom 26. Juli 2013, 5A_258/2013, zur Publikation vorgesehen).

Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. 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 zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715, BGer 5A_726/2010). Da vorliegend das Summarverfahren zur Anwendung kommt (Art. 251 lit. a ZPO), sind die Behauptungen anhand von Urkunden glaubhaft zu machen (Art. 254 Abs. 1 ZPO). Weitere Beweismittel können zwar gemäss Art. 254 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise zugelassen werden, doch gelten die Ausnahmen insbesondere für Verfahren, in denen der Gesuchsteller den strikten Beweis erbringen muss, nicht aber wenn wie vorliegend in Bezug auf die Zahlungs-

fähigkeit die blossе Glaubhaftmachung genügt (BGE 138 III 636; KuKo-ZPO [Jent-Sørensen], 2. Auflage, Art. 254 N 7).

2.2. Der Schuldner hat am 3. Februar 2014 und damit innert der Beschwerdefrist die Schuld samt Zins und Kosten beim Konkursamt C._____ hinterlegt (act. 11). Dass die Hinterlegung der Schuld entgegen dem Gesetzeswortlaut von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nicht beim Obergericht erfolgte, schadet nicht (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N 9). Die konkurshindernde Tatsache der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist nachgewiesen.

2.3. Der Schuldner führt einen Betrieb in der Autobranche. Sein Einzelunternehmen mit der Firma D._____, A._____ wurde im Juli 2012 im Handelsregister eingetragen (act. 5/3). Der Schuldner räumt ein, dass er anfänglich finanzielle Schwierigkeiten hatte, was aufgrund der 21 Betreibungen seit Juli 2010 (act. 5/4) ohne Weiteres nachvollziehbar ist. Er macht geltend, er sei zurzeit weder in der Lage für das Jahr 2012, noch für das erste volle Geschäftsjahr 2013 Bilanzen und Erfolgsrechnungen vorzulegen. Trotzdem bezeichnet er seine aktuelle finanzielle Situation als zufriedenstellend (act. 2 S. 7). Wie er zu dieser Einschätzung kommt, erklärt er nicht. Er legt seine Finanzen auch nicht in groben Zügen offen. So ist unklar, welche Umsätze er erzielt, welche Ausgaben er damit bestreitet und über welche liquiden Mittel er verfügt. Er behauptet, aktuell lediglich noch offene Schulden von rund CHF 700.00 zu haben. Glaubhaft gemacht ist dies indes nicht, da aus dem Betreibungsauszug naturgemäss nur diejenigen Schulden hervorgehen, die von den Gläubigern in Betreibung gesetzt wurden. Eine aktuelle und vollständige Kreditorenliste hat der Schuldner nicht eingereicht. Er legt auch nicht dar, weshalb es ihm nicht wenigstens möglich gewesen sein sollte, Bankauszüge der letzten Monate einzureichen. Aus diesen wären zumindest Anhaltspunkte für die Liquidität sowie die Umsätze und Ausgaben ersichtlich gewesen. Somit ist nicht glaubhaft gemacht, dass der Schuldner überhaupt Umsätze generiert und über einen positiven Banksaldo oder andere liquide Mittel verfügt. Er behauptet in diesem Zusammenhang konkret auch lediglich, er bezahle den Mietzins von monatlich CHF 3'425.00 sowie den Lohn eines Praktikanten von brutto CHF 700.00. Er räumt aber gleichzeitig ein, dass er zuweilen nicht in der Lage gewesen sei,

den Lohn pünktlich zu bezahlen (act. 2 S. 7). Dass diese Schulden überhaupt bezahlt wurden, ist indes nicht glaubhaft gemacht. Der Schuldner offeriert in diesem Zusammenhang den Zeugenbeweis, der wie dargelegt nicht zugelassen ist.

Durch seine Ausführungen und die eingereichten Unterlagen hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Im Gegenteil ergeben sich aus dem Umstand, dass er trotz Betreuung nicht in der Lage war, eine unbestrittene Forderung von rund CHF 2'100.00 vollständig zu bezahlen, sondern noch einen Betrag von rund CHF 700.00 offen lassen musste (act. 5/5/4), sowie aus der Tatsache, dass er zuweilen nicht in der Lage ist, auch nur den Lohn des Praktikanten von brutto CHF 700.00 pünktlich zu bezahlen, starke Indizien für die Illiquidität. Zwar hat der Schuldner nun einen Betrag von über CHF 22'000.00 aufbringen können, um die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten zu hinterlegen. Woher diese Mittel stammen (Eigen- oder Fremdmittel), legt der Schuldner indes nicht dar. Der Schuldner wurde in den vergangenen vier Jahren über 21 mal betrieben. Davon ist nur eine einzige Forderung von rund CHF 1'700.00 bestritten (act. 2 S. 4). Alle übrigen Schulden zahlte der Schuldner aufgrund des Drucks der Betreibungen, in einem Fall sogar erst nach der Konkursandrohung (Forderung der E. _____ von CHF 1'249.00, act. 5/4). Die meisten der betriebenen Forderungen sind kleiner als CHF 1'000.00, in zwei Fällen sogar kleiner als CHF 200.00. Der Schuldner zahlt also seit längerer Zeit zahlreiche unbestrittene Forderungen erst auf grossen Druck hin, zum Teil erst im fortgeschrittenen Stadium des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Dass sich die finanzielle Lage nun bessern würde, wie der Schuldner behauptet, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil häuften sich in der jüngeren Vergangenheit die Betreibungen. Waren in den Jahren 2010 und 2011 drei bzw. eine Betreuung zu verzeichnen, so waren es im Jahr 2012 sechs und im Jahr 2013 bereits elf Zwangsvollstreckungsverfahren.

Zusammenfassend muss festgehalten werden, dass der Schuldner seine momentane finanzielle Lage nicht offengelegt und durch Unterlagen genügend untermauert hat. Soweit sich aus den eingereichten Dokumenten Anhaltspunkte ergeben, sprechen sie gegen die behauptete Liquidität. Die Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 SchKG zur Aufhebung des Konkurses sind somit nicht glaubhaft gemacht, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wurde (Prot. S. 3), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3.

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **27. Februar 2014, 07.45 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt C._____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt F._____, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: