

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140085-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

## Urteil vom 9. Mai 2014

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft B.**\_\_\_\_\_**-Strasse ...**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_, diese vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 9. April 2014 (EK140106)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Der Schuldner ist Inhaber des seit dem 27. April 1995 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "A1.\_\_\_\_\_". Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt dieses Unternehmen die Durchführung von internationalen Warentransporten und Verzollungen sowie die logistische Beratung (vgl. act. 8).

1.2. Mit Urteil vom 9. April 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über den Schuldner für folgende Forderungen der Gläubigerin (act. 3 = 6 = 7/9):

Aus Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Embrachertal

Fr. 8'774.65 nebst 5 % Zins seit 10. Juni 2013

Fr. 173.35 Betreuungskosten

und aus Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Embrachertal

Fr. 22'661.20 nebst 5 % Zins seit 30. Mai 2013

Fr. 2'238.55 nebst 5 % Zins seit 2. Juli 2013

Fr. 2'238.55 nebst 5 % Zins seit 2. Oktober 2013

Fr. 233.65 Betreuungskosten.

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 22. April 2014 rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Er verlangte, die Konkursöffnung sei aufzuheben. In prozessualer Hinsicht ersuchte der Schuldner darum, seiner Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und ihm eine Frist anzusetzen, um seine Vorbringen zu ergänzen und entsprechende Unterlagen nachzureichen, sollten seine Ausführungen und Unterlagen zum Nachweis der Zahlungsfähigkeit nicht ausreichen (act. 2 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 23. April 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf eine Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren konnte ver-

richtet werden, da der Schuldner diesen bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (act. 2 S. 5 Rz. 10, act. 5/3 und act. 11/1).

Mit Schreiben vom 25. April 2014 reichte der Schuldner noch eine Ergänzung zu Beilage 17 ein (act. 12 und 13). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

Das Rechtsmittel gegen einen Entscheid des Konkursgerichtes ist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG die Beschwerde nach der ZPO, wobei diese innert 10 Tagen anzuheben ist. Entsprechend sind die Art. 319 ff. ZPO anwendbar. Nach Art. 321 ZPO ist die Beschwerde innert der gesetzlichen Frist einzureichen und abschliessend zu begründen; eine Fristerstreckung ist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Aus diesem Grund ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist seit Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung jedenfalls ausgeschlossen (ZR 110/2011 Nr. 5; vgl. hierzu auch BGer 5A\_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 4.1). Folglich kann dem Schuldner die Frist nicht erstreckt werden und es kann ihm auch keine Nachfrist angesetzt werden, um seine Beschwerde zu ergänzen. Aus demselben Grund ist auch die nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichte Ergänzung zu Beilage 17 (act. 12 und 13) nicht mehr zu beachten, ist sie doch verspätet erfolgt.

Anzumerken bleibt, dass die Eingabe des Schuldners am letzten Tag der Beschwerdefrist der schweizerischen Post übergeben wurde und erst nach Ablauf der Frist beim Obergericht eingetroffen ist. Somit gab es keine Möglichkeit, den Schuldner – aus Kulanz – vor Ablauf der Frist auf die Rechtslage aufmerksam zu machen.

3.

3.1. 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 durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterle-

gung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbe-  
weise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbe-  
schränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzli-  
chen Entscheid ergangen sind.

3.2. Der Schuldner hat mit Überweisung vom 18. April 2014 den Betrag von  
Fr. 38'556.15 bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 5/3, 11/1 und 11/2). Ge-  
mäss seinen Ausführungen setzt sich dieser Betrag wie folgt zusammen (act. 2  
S. 5):

- Fr. 37'801.15 zuhanden der Gläubigerin zur Tilgung der Forderungen ein-  
schliesslich Zinsen und sämtlichen Kosten sowie
- Fr. 750.– Kostenvorschuss Beschwerdeinstanz.

Dieser Berechnung folgend, verbleiben Fr. 5.–, welche der Schuldner nicht zuord-  
net, ergibt die Summe der beiden Zahlen doch Fr. 38'551.15. Die Zinsberechnung  
des Schuldners ist jedoch nicht ganz korrekt. Der Zinsenlauf endet mit der Eröff-  
nung des Konkurses (Art. 209 SchKG). Die Forderung der Gläubigerin beträgt  
insgesamt Fr. 37'803.–, berechnet man die Zinsen bis zum 9. April 2014, sie ist  
somit um Fr. 1.85 höher als vom Schuldner berechnet. Da der Schuldner Fr. 5.–  
zu viel einbezahlt hat, wurde aber jedenfalls ein genügender Betrag hinterlegt.

Sodann hat der Schuldner am 17. April 2014 beim Konkursamt Embrach zur De-  
ckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und  
noch entstehenden Kosten des Konkursamtes Fr. 1'500.– hinterlegt (act. 5/8).  
Durch Einreichung des Überweisungsbelegs und der Bestätigung des Kon-  
kursamtes Embrach hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinter-  
legung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen.

3.3. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat der Schuldner  
überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeu-  
tet, 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, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzu-  
kommen 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.

Zur Glaubhaftmachung braucht es objektive Anhaltspunkte. Das Aufstellen blosser Behauptungen – mögen sie auch noch so plausibel sein – genügt jedenfalls nicht.

3.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Person vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der Schuldner reichte den Auszug des Betreibungsregisters vom 16. April 2014 ein und führte hierzu aus, die im Register enthaltenen Beteiligungen bis auf wenige Ausnahmen bezahlt zu haben. Offen sei noch der Betrag von rund Fr. 24'000.–, und zwar Fr. 16'863.60 gegenüber der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich und kleinere Ausstände gegenüber vier weiteren Gläubigern in der Höhe von Fr. 7'257.55 (act. 2 S. 5 f.).

Der Betreibungsregisterauszug des Schuldners umfasst insgesamt 75 Beteiligungen. In der Tat ist es so, dass viele davon bereits erloschen sind oder die Gläubiger befriedigt wurden. Offen sind jedoch – abgesehen von den Beteiligungen Nr. ... und Nr. ..., die zum Konkurs geführt haben – mehr als die vom Schuldner genannten Fr. 24'000.–, nämlich:

- Beteiligung Nr. ...: Fr. 16'863.60 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich; diese Beteiligung trägt den Status "Aufschub gem. Art. 173a SchKG",
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 30'753.95 gegenüber der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 327.45 gegenüber D. \_\_\_\_\_ Zürich-Flughafen,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 950.50 gegenüber der E. \_\_\_\_\_ AG,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 198.60 gegenüber der E. \_\_\_\_\_ AG,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 950.50 gegenüber der E. \_\_\_\_\_ AG,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 198.60 gegenüber der E. \_\_\_\_\_ AG,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 967.15 gegenüber der E. \_\_\_\_\_ AG,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 674.75 gegenüber der F. \_\_\_\_\_ AG,
- Beteiligung Nr. ...: Fr. 678.10 gegenüber der E. \_\_\_\_\_ AG,

- Betreuung Nr. ...: Fr. 192.85 gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG,
- Betreuung Nr. ...: Fr. 2'317.65 gegenüber der G.\_\_\_\_\_ AG und
- Betreuung Nr. ...: Fr. 171.80 gegenüber der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich.

Offen sind somit insgesamt noch Fr. 55'245.50.

Keine Beachtung bei den Ausführungen des Schuldners fand die Betreuung Nr. ... der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 30'753.95, welche per 14. September 2012 eingeleitet wurde und heute den Status "Kündigungsandrohung" trägt. Zwar ist denkbar, dass diese Betreuung von der Gläubigerin nicht mehr weiterverfolgt und dieselbe Forderung mit den neueren zwei Betreibungen, welche zur Konkursöffnung führten, geltend gemacht wurde. Dagegen sprechen neben dem Status der ersten Betreuung auch die Begründungen in den Zahlungsbefehlen bzw. den Konkursandrohungen der Betreibungen Nr. ... und ..., entstanden diese Forderung doch (zumindest weitgehend) erst nach der Einleitung der ersten Betreuung (act. 7/3+4, 7/6+7). Ohnehin fehlt es hierzu an einer entsprechenden Behauptung des Schuldners und der Vorlage diesbezüglicher objektiver Anhaltspunkte. Folglich ist von einer zusätzlichen, noch offenen Forderung der Gläubigerin und somit von in Betreuung gesetzten Schulden in der Höhe von insgesamt rund Fr. 55'000.– auszugehen.

3.3.2. Nachdem der Konkurs über den Schuldner privat eröffnet wurde, hätte er grundsätzlich seine (persönliche) Finanzlage umfassend darlegen müssen. Dies hat er nur teilweise getan, indem er seinen Betreibungsregisterauszug eingereicht hat. Hingegen fehlen Betriebsrechnungen und Bilanzen, Steuererklärungen, -einschätzungen, Bankkontoauszüge und weitere Unterlagen, welche einen umfassenden Überblick über seine Aktiven und Passiven vermitteln und eine zuverlässige Einschätzung des künftigen Geschäftsganges erlauben würden. Seine Zahlungsfähigkeit begründet der Schuldner mit zwei Umständen: seiner Geschäftstätigkeit (siehe hierzu Ziff. 3.3.3) und dem Verkauf von Stockwerkeigentum (siehe hierzu Ziff. 3.3.4).

3.3.3. Der Schuldner führte aus, er sei Inhaber von zwei am Flughafen domizilierten Gesellschaften, welche im Speditions- und Lagerhausgeschäft tätig seien: die

H.\_\_\_\_\_ AG und die I.\_\_\_\_\_ GmbH. Zudem betreibe er eine Einzelunternehmung, die A1.\_\_\_\_\_. Er brachte vor, dass er sein Einkommen – dessen Höhe bezifferte er jedoch nicht – aus seiner Einzelunternehmung generiere, welche den beiden anderen Gesellschaften Auftragsarbeiten auf Honorarbasis verkaufe. Zudem beziehe er je nach Geschäftsgang Dividenden. Er führte weiter aus, die Liquiditätsprobleme (von ihm und der von ihm gehaltenen Gesellschaften) seien vor allem deshalb aufgetreten, weil die Debitorenbewirtschaftung gegenüber ausländischen Schuldner ungenügend gewesen sei. Insbesondere habe er es bis anhin unterlassen, gegenüber ausländischen Schuldnern vorzugehen, welche bei ihm umfangreiche Bestände an Edelsteinen eingelagert hätten. Angesichts der zum Teil seit Jahren aufgelaufenen Depot-Gebühren hätten sich Debitoren von insgesamt über Fr. 1 Mio. angehäuft. Insbesondere seien vier Depots anzuführen, für welche grössere Ausstände bestünden. Daraus würden offene Beträge von insgesamt Fr. 1'028'052.– resultieren (Fr. 237'462.– + Fr. 65'000.– + Fr. 255'885.– + Fr. 469'705.–). Vereinbarungsgemäss (Art. 30 der anwendbaren AGB) sei er befugt, bei Vorliegen der Verwertungsvoraussetzungen die eingelagerte Ware im Rahmen der Privatverwertung zu liquidieren und sich aus dem Erlös zu befriedigen. Davon habe er bisher infolge Untätigkeit und übermässiger Rücksicht auf seine Kundschaft abgesehen. Künftig werde er aber zu diesem Mittel greifen, weshalb in den nächsten vier bis acht Wochen seinen Gesellschaften Liquidität in einem hohen 6-stelligen Betrag zufließen würden. Somit würden die kurzfristig realisierbaren Aktiven die Ausstände bei weitem übersteigen (act. 2 S. 6 ff.). Als Beleg reichte der Schuldner neben Handelsregisterauszügen (act. 7/6-8) Dossiers von den vier Kunden (act. 5/9-14), einen Bericht des Unternehmensberaters J.\_\_\_\_\_ betreffend die H.\_\_\_\_\_ AG und die I.\_\_\_\_\_ GmbH vom 18. April 2014 (act. 5/13) und die Allgemeinen Bedingungen der K.\_\_\_\_\_ (act. 5/14) ins Recht.

Aus den zu den Guthaben eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass es sich dabei um Forderungen handelt, die der I.\_\_\_\_\_ GmbH zustehen (vgl. act. 5/9-12) – und somit nicht dem Schuldner persönlich oder seiner Einzelunternehmung. Selbst wenn der Schuldner (notabene zusammen mit einer anderen Person) Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Gesellschaft ist, handelt es sich bei der GmbH um eine vom Schuldner losgelöste, selbständige juristische Person. Was

dem Schuldner allenfalls aus diesen Kundenforderungen (indirekt) zufliesst, bleibt offen. Hierzu stellt er bereits keine Behauptungen auf. Auch fehlen Bilanz und Erfolgsrechnung sowohl der GmbH als auch der AG und der Einzelunternehmung. Ohne derartige Unterlagen kann insbesondere nicht überprüft werden, ob und inwieweit den Debitoren allenfalls Kreditoren gegenüberstehen. Es ist davon auszugehen, dass die Gesellschaften ihrerseits auch Verbindlichkeiten nachzukommen haben. Lediglich die Darlegung von Kundenforderungen einer vom Schuldner geführten Gesellschaft unter Ausblendung weiterer wesentlicher Faktoren genügt jedenfalls nicht, um einen Vermögenswert des Schuldners und damit seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

Überdies ist gemäss den eingereichten AGB eine Verwertung nur dann möglich, wenn zunächst vom Lagerhalter eine Zahlungsfrist unter Verwertungsandrohung gesetzt wurde (act. 5/14). Dass dies bereits erfolgt wäre, wurde vom Schuldner in seiner Beschwerde so nicht behauptet. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, ohne Behauptung die Beilagen zu durchsuchen, ob allenfalls eine solche Verwertungsandrohung erfolgt ist.

3.3.4. Weiter bringt der Schuldner vor, er sei Inhaber einer 5-Zimmerwohnung in Uster. Er bewohne diese Wohnung nicht selbst. Gemäss einer Schätzung des Betriebsamtes Uster vom Februar 2013 habe die Liegenschaft einen Wert von Fr. 500'000.–, davon abzuziehen seien Hypotheken von Fr. 245'000.– sowie eine weitere Belastung in der Höhe von Fr. 108'000.– womit man zu einem Netto-Wert von schätzungsweise Fr. 147'000.– gelange. Er plane, diese Wohnung zu verkaufen, wobei bereits Verhandlungen stattgefunden hätten. Der potentielle Interessent habe zuhause eines Treuhandkontos einen Betrag von Fr. 40'000.– als Anzahlung geleistet. Somit werde er zeitnah über genügend Liquidität verfügen, seine Ausstände gemäss Betriebsregisterauszug zu begleichen (act. 2 S. 8 f.). Hierzu reichte der Schuldner innert der Beschwerdefrist ein von ihm erstelltes Dokument zum Grundstück (act. 5/15), einen Kontoauszug bezüglich einer Hypothekarschuld (act. 5/16) und einen pendenten Zahlungsauftrag des potentiellen Käufers (act. 5/17) ins Recht.

Grundsätzlich fehlt es bereits an einer klaren Behauptung des Schuldners, dass ihm persönlich das Alleineigentum an der fraglichen Wohnung zustehe, insbesondere nachdem der Schuldner bei seinen Ausführungen zur Geschäftstätigkeit nicht klar zwischen seiner Rolle als Geschäftsführer der AG und der GmbH zum einen und ihm als Privatperson und Einzelunternehmer zum anderen unterscheidet. Selbst wenn man aber von einer entsprechenden Behauptung ausginge, fehlt es an einem Dokument, das einen objektiven Anhaltspunkt für seine (alleinige) Berechtigung am Stockwerkeigentum liefern würde. Beilage 15 wurde vom Schuldner erstellt und ist damit eine reine Parteibehauptung. Ausserdem enthält dieses Dokument ohnehin keinerlei Hinweise zur Eigentümerschaft. Beilage 16, wonach ein Hypothekendarlehen im Betrag von Fr. 245'000.– über ein Konto des Schuldners abgewickelt wird, bietet ein Indiz, obwohl der Hypothekarschuldner nicht zwingend Eigentümer der belasteten Liegenschaft sein muss. Dadurch wird aber jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass noch Miteigentümer bestehen. Auch stellt die Forderung der Gläubigerin einen gewissen Anhaltspunkt für die (zumindest einstige) Eigentümerschaft des Schuldners dar, steht diese doch im Zusammenhang mit besagter Liegenschaft. Jedoch belegt auch dies nicht seine Alleineigentümerschaft. Einen Grundbuchauszug hat der Schuldner nicht eingereicht. Überdies fehlen objektive Anhaltspunkte zum behaupteten Schätzwert. Sodann stellt der Schuldner weder Behauptungen zum Inhalt des Kaufvertrags auf, namentlich zu welchem Preis die Wohnung verkauft werden soll, noch reichte er hierzu Unterlagen ins Recht. Ohne Behauptungen und Belege zur Eigentümerschaft und zum Kaufvertrag genügt die Anzahlung auf ein Treuhandkonto alleine nicht, um einen Vermögenswert des Schuldners glaubhaft zu machen, mit welchem er seinen laufenden Verbindlichkeiten nachkommen und seine bestehenden Schulden abtragen kann.

3.4. Dem Schuldner ist es somit nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

4.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Schuldner nicht, weil er unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil sie sich nicht äussern musste.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über den Schuldner wird per **9. Mai 2014, 08.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 37'806.15 dem Konkursamt Embrach zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Embrach und das Grundbuchamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Embrachertal, 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:

MLaw D. Weil

versandt am: