

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140174-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

## Urteil vom 21. Juli 2014

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Dietikon vom 1. Juli 2014 (EK140185)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt. Oktober 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_, A.\_\_\_\_\_". Dieses bezweckt den Betrieb von Restaurants und Bars (act. 2, 5/2 und 6).

1.2. Mit Urteil vom 1. Juli 2014, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht am Bezirksgericht Dietikon den Konkurs über den Schuldner für die Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 2'027.50 nebst Zins zu 5 % seit 9. Dezember 2013, Fr. 180.00 Mahnkosten, Fr. 120.00 Dossiereröffnungskosten und Fr. 146.30 Betreuungskosten (act. 3 = 7 = 8/5).

Gegen diesen Entscheid erhob der Schuldner mit Eingabe vom 11. Juli 2014 rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 8/6). Er verlangt die Aufhebung der Konkurseröffnung. Ferner ersuchte er darum, es sei seiner Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 15. Juli 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren konnte verzichtet werden, da der Schuldner diesen bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (act. 2 und 5/4). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-6). Das Verfahren ist spruchreif.

### 2. Materielles

2.1. 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, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im

Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

2.2. Der Schuldner hat am 11. Juli 2014 – und damit nach Konkurseröffnung – für die Konkursforderungen samt Kosten und Zinsen beim Obergericht Fr. 2'531.– zuhanden der Gläubigerin hinterlegt (act. 2 S. 3 Ziff. 4a, 5/4 und 10). Weiter belegt er, den Betrag von Fr. 1'087.– (Fr. 2'000.– abzüglich Fr. 383.– und Fr. 530.–, welche Beträge andere Verfahren betreffen, vgl. act. 2 S. 3 Ziff. 4b) beim Konkursamt Schlieren zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes hinterlegt zu haben (act. 5/5 und 9). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen.

2.3. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl., Art. 174 N 26). Zahlungsfähigkeit bedeutet, 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 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.

2.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Person vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem eingereichten Auszug des Schuldners ergibt sich, dass dieser seit August 2009 insgesamt 49 Mal betrieben wurde. Die meisten Betreibungen wurden jedoch durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt. Gemäss dem Auszug über

offene Beteiligungen sind noch fünf Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 60'781.56 offen (act. 5/7).

Zur Beteiligung mit dem höchsten Forderungsbetrag, nämlich Fr. 50'376.25 (vgl. act. 5/7 letzte Seite), eingeleitet am 19. Juni 2014, führt der Schuldner aus, dass hier der Zahlungsbefehl infolge Konkurs noch nicht zugestellt worden sei, er aber wisse, um was es gehe. Der Gläubiger sei Kunde der am 4. Dezember 2013 in Konkurs gefallenen und am 16. Juni 2014 gelöschten D. \_\_\_\_\_ AG gewesen, an welcher der Schuldner beteiligt gewesen sei. Es ergebe sich auch aus der Grundangabe im Beteiligungsprotokoll (act. 5/8), dass der Gläubiger bestrittene Ansprüche geltend mache, die ihm – wenn überhaupt – gegen die D. \_\_\_\_\_ AG und gerade nicht gegen den Schuldner persönlich zustünden, weshalb er nicht passivlegitimiert sei (act. 2 S. 5). Gemäss Beteiligungsprotokoll lautet der Grund der Forderung "D1. \_\_\_\_\_ - Vertragsverletzung" (act. 5/8). Der Schuldner war Verwaltungsrat der besagten Aktiengesellschaft mit Einzelunterschrift (act. 5/9). Art. 754 Abs. 1 OR sieht vor, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates den einzelnen Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich sind, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Damit ist nicht jegliches Einstehen für eine Forderung im Zusammenhang mit der D. \_\_\_\_\_ AG per se ausgeschlossen. Jedoch ist dem Schuldner insoweit zuzustimmen, als dass eine solche Forderung bei Rechtsvorschlag zunächst auf dem Zivilprozessweg durchgesetzt werden muss, was einige Zeit in Anspruch nimmt.

Die anderen vier offenen Beteiligungen wurden zwischenzeitlich beim Beteiligungsamt bezahlt (act. 5/10), beim Obergericht hinterlegt (Konkursforderung; act. 5/4), bereits früher direkt an die Gläubigerin bezahlt (act. 5/11 und 12) bzw. die diesbezügliche Klage von der Gläubigerin vor Friedensrichter zurückgezogen (act. 5/13). Damit ist glaubhaft, dass – bis auf die bestrittene Forderung – sämtliche Beteiligungen erledigt sind.

2.3.2. Zu seinen finanziellen Verhältnissen bringt der Schuldner vor, er hätte im vergangenen Jahr aus seinen selbständigen Tätigkeiten nur geringe Einkünfte erzielt, was die vielen Beteiligungen erkläre. Das in seinem Miteigentum stehende

Einfamilienhaus in ... sei daher am 18. März 2014 verkauft worden, woraus ihm und seiner Ehefrau Fr. 45'000.– verblieben seien, womit sämtliche Schulden getilgt werden konnten. Heute würden sie deshalb vollkommen schuldenfrei dastehen. Die C.\_\_\_\_\_ habe er untervermietet, woraus ein Einkommen resultiere. Auch habe er am 1. Juni 2014 eine Erwerbstätigkeit in der E.\_\_\_\_\_ Bar aufgenommen. Auch seine Ehefrau erziele ein monatliches Einkommen. Für den Bedarf stehe der Familie damit genügend Geld zur Verfügung (act. 2 S. 7).

Diese Behauptungen belegt der Schuldner mit entsprechenden Urkunden (act. 5/6 und 5/14-17). Damit ist glaubhaft, dass er über genügend Geld verfügt, um seinen laufenden Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses.

### 3. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes am Bezirksgericht Dietikon vom 1. Juli 2014, 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.  
Die Spruchgebühr für den erstinstanzlichen Entscheid wird auf Fr. 400.– festgesetzt und dem Schuldner auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass diese Gebühr aus dem von der Gläubigerin vor Vorinstanz geleisteten Vorschuss bereits bezogen wurde.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 2'531.– der Gläubigerin auszubezahlen.

4. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'487.– (Fr. 1'087.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht am Bezirksgericht Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf, 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: