

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160056-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 21. April 2016

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  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 16. März 2016 (EK160048)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 16. März 2016 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 29. März 2016 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte sinngemäss ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 30. März 2016 abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass er die Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurshinderungsgrundes sowie der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne (act. 10). Mit Nachträgen vom 30. März 2016 und 1. April 2016 ergänzte der Beschwerdeführer die Beschwerde innert Frist (act. 12-15). Ferner leistete er mit Zahlung vom 31. März 2016 den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.-- (act. 15). Mit Verfügung vom 4. April 2016 wurde der Beschwerde schliesslich die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 16).

2. 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, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Der Beschwerdeführer hinterlegte mit Zahlung vom 31. März 2016 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in

Höhe von Fr. 766.-- (Fr. 1'516.-- abzüglich Kostenvorschuss von Fr. 750.--; act. 15). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung samt Neben- und Betreuungskosten (vgl. act. 7). Zudem bezahlte der Beschwerdeführer dem Konkursamt Dietikon Fr. 1'500.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 6/3). Damit hat der Beschwerdeführer den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A\_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A\_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungs-

amtes Dietikon (act. 6/5) weist für die Zeit vom 27. Januar 2012 bis zum 29. März 2016 keine Verlustscheine, aber 17 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 15'870.45 aus, wovon acht Betreibungen über Fr. 6'525.30 durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 614.40 vermerkt) derzeit noch acht offene Betreibungen im Betrag von Fr. 8'730.75. Dabei handelt es sich um eine Betreibung im Betrag von Fr. 767.--, bei welcher ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, um eine Betreibung im Betrag von Fr. 100.--, bei welcher Rechtsvorschlag erhoben wurde, und um sechs Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 7'863.75, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde. Allerdings sind vier dieser Betreibungen deutlich mehr als ein Jahr alt, und es wurden gemäss Auszug nach der Zustellung des Zahlungsbefehls keine weiteren Betreibungshandlungen vorgenommen (Betreibungen Nr. 1... / Fr. 506.65, Nr. 2... / Fr. 435.35, Nr. 3... / Fr. 2'774.--, Nr. 4... / Fr. 1'419.--). Im Betrag von zusammen Fr. 5'135.-- ist also jedenfalls unter dem Aspekt des Glaubhaftmachens anzunehmen, dass die betriebenen Forderungen entweder bezahlt oder (nachdem die Zahlungsbefehle erloschen sind, Art. 88 Abs. 2 SchKG) von den Gläubigern fallen gelassen wurden.

4.3. Der Beschwerdeführer ist als Einzelunternehmer im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und betreibt einen Pizza & Pasta Kurierdienst (act. 9). Er gibt an, seinen Zahlungsverpflichtungen stets nachgekommen zu sein und berechnete Betreibungen immer bezahlt zu haben. Zur Konkursöffnung sei es wegen blosser Versäumnis gekommen (act. 2 S. 4). Damit äussert sich der Beschwerdeführer nur pauschal zu seinen Schulden und macht keine Ausführungen zu den einzelnen in Betreibung gesetzten Forderungen, weshalb hier von betriebenen Schulden in Höhe von rund Fr. 3'600.-- auszugehen ist.

4.4. Im Weiteren führt der Beschwerdeführer zu seiner finanziellen Lage aus, er habe "offensichtlich" genügend Einkünfte und flüssige Mittel, um seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, und er sei insbesondere in der Lage, alle derzeit offenen Betreibungen und Schulden umgehend zu bezahlen (act. 2 S. 4). Dazu reicht er eine provisorische Jahresrechnung per 31. Dezember 2015

(act. 13/1-2) und einen Auszug des auf ihn lautenden Geschäftskontos bei der PostFinance ein, wonach sein Guthaben per 29. März 2016 Fr. 5'627.85 betrug.

4.5. Das vorhandene Guthaben bei der Postfinance reicht an sich aus, um die massgebenden in Betreuung gesetzten Forderungen von rund Fr. 3'600.-- umgehend zu bezahlen. Allerdings äussert sich der Beschwerdeführer nicht zur eingereichten Jahresrechnung, die bloss provisorisch und damit nicht geeignet ist, ein verlässliches Bild über die aktuelle finanzielle Situation des Beschwerdeführers zu vermitteln. Detaillierte Ausführungen und weitere Unterlagen fehlen. Insbesondere reicht der Beschwerdeführer weder eine Kreditoren- noch eine Debitorenliste ein, macht er keine Angaben zu den aktuellen Einnahmen und laufenden Kosten des Betriebes und zeigt er auch nicht auf, dass weitere liquide Mittel zur allfälligen Schuldentilgung vorhanden wären. Das ist unschön, nachdem der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer ausdrücklich auf die Mängel der Beschwerde hingewiesen worden ist.

Andererseits geht es aktuell um keine grossen Beträge und fehlen Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer auch mit grossen Beträgen im Rückstand sein könnte. Gemäss Betreibungsregisterauszug war das zudem bislang nicht der Fall. Geht es um keine erheblichen drängenden Verbindlichkeiten, darf auch für die Frage, inwieweit die wirtschaftliche Lebensfähigkeit eines Betriebes gegeben ist, ein etwas grosszügigerer Massstab angelegt werden.

Alles in allem ist die Zahlungsfähigkeit folglich noch glaubhaft. Sollte es fürderhin wegen eines geringen Betrages zu einer erneuten Konkureröffnung kommen, wäre das allerdings nicht mehr so leicht anzunehmen.

5. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von Fr. 750.-- sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, der sie durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat, und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 766.-- ist der Beschwerdegegnerin auszu zahlen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der über den Beschwerdeführer am 16. März 2016 eröffnete Konkurs wird aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene Gebühr des Konkursgerichts von Fr. 400.-- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 766.-- der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
5. Das Konkursamt Dietikon wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'900.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'500.-- vom Beschwerdeführer einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dietikon, je gegen Empfangsschein.
7. 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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:  
22. April 2016