

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110218-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 12. Dezember 2011

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im Konkursverfahren des Bezirkes Uster vom 8. November 2011 (EK110256)

## Erwägungen:

### I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) hat Wohnsitz in C.\_\_\_\_\_ und ist seit dem tt.mm.2002 als Inhaber der Einzelfirma D.\_\_\_\_\_ im Handelsregister des Kantons E.\_\_\_\_\_ eingetragen (act. 5).

2. Mit Urteil vom 8. November 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Uster den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 1'120.00 nebst 5 % Zins seit 13. Dezember 2010 von Fr. 50.65 zuzüglich Gläubigerkosten von Fr. 49.85 und Betreuungskosten von Fr. 393.00 (act. 2). Das Urteil wurde dem Schuldner am 10. November 2011 zugestellt (act. 4/7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 21. November 2011, beim Obergericht eingegangen am 22. November 2011, beantragte der Schuldner sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 1).

3. Mit Verfügung vom 24. November 2011 wurde der Schuldner aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen. Gleichzeitig wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen nicht zuerkannt (act. 6).

4. Der Vorschuss ging am 6. Dezember 2011 bei der Obergerichtskasse ein (act. 11).

### II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174

Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2. Der Schuldner hat in Wahrung der Beschwerdefrist beim Konkursamt einen Vorschuss von Fr. 700.00 für die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursrichters bezahlt und tilgte die Konkursforderung durch Posteinzahlung an die F. \_\_\_\_\_ GmbH, welche die Gläubigerin im Betreibungsverfahren vertritt (act. 3/1-2).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Tilgung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* des Schuldners. Diese ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Ein Beweis, der die Überzeugung gestattet, die Sachdarstellung sei zutreffend, ist nicht nötig.

3.1 Der Schuldner meldete sich am 21. November 2011 am späten Nachmittag persönlich beim Obergericht und erklärte, dass er Beschwerde gegen das angefochtene Urteil erheben wolle. Der Gerichtsschreiber erläuterte dem Schuldner, der lediglich Zahlungsbelege über die Bevorschussung der Kosten des Konkursamtes sowie über die Tilgung der Konkursforderung vorwies, daraufhin mündlich, dass er, der Schuldner, in Wahrung der Rechtsmittelfrist zusätzlich zum Nachweis des Konkurshinderungsgrundes auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen müsse. Zudem wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass die Beschwerdefrist gemäss telefonischer Auskunft der Vorinstanz über die Zustellung

des angefochtenen Urteils mutmasslich an jenem Datum, dem 21. November 2011, ablaufe.

Der Schuldner gab darauf zu seiner Zahlungsfähigkeit an, zum Konkurs sei es nur infolge geschäftlicher Auslandabwesenheiten gekommen. Ansonsten bezahle er seine Rechnungen immer. Auf einen allfälligen Betreibungsregisterauszug angesprochen, erklärte der Schuldner, er sei am selben Tag auf dem Konkursamt gewesen und dort habe ihm niemand mitgeteilt, dass er für die Beschwerdeerhebung neben den vorgelegten Zahlungsbelegen auch einen Betreibungsregisterauszug benötige. Daraufhin wurde dem Schuldner erklärt, eine Beschwerde sei angesichts des mutmasslichen Ablaufs der Beschwerdefrist noch am gleichen Tag schriftlich der Post zu übergeben (Datum Poststempel), und ein Betreibungsregisterauszug sei schnellstmöglich nachzureichen, wobei aber nicht zugesichert werden könne, dass nach Ablauf der Beschwerdefrist eingereichte Unterlagen noch berücksichtigt würden (act. 4A).

In der am 21. November 2011 der Post übergebenen Beschwerdeschrift stellte der Schuldner in Aussicht, er werde am Tag danach den Betreibungsregisterauszug einreichen, woraus entnommen werden könne, dass er seinen Zahlungsverpflichtungen ansonsten nachkomme (act. 1, unten).

3.2 Mit Eingabe vom 5. Dezember 2011 reichte der Schuldner einen Betreibungsregisterauszug (summarische Auskunft) vom 5. Dezember 2011 zu den Akten (act. 9, 10). Für die von ihm behauptete frühere Einreichung eines Betreibungsregisterauszuges bereits am Tag nach der Beschwerdeerhebung reichte der Schuldner trotz entsprechender Aufforderung keinen Nachweis zu den Akten, und er gab an, er wisse nicht mehr, ob er jene Sendung eingeschrieben oder mit normaler Post verschickt habe (vgl. act. 8). Ausgehend davon, dass die jeweilige Partei die rechtzeitige Einreichung einer Sendung an das Gericht zu beweisen hat (Merz, DIKE-Komm-ZPO, Art. 143 N 4), geht die Beweislosigkeit zu Lasten des Schuldners. Somit ist davon auszugehen, dass eine frühere Einreichung eines Betreibungsregisterauszuges nicht erfolgte.

Die 10tägige Beschwerdefrist nach Art. 174 Abs. 1 SchKG lief vorliegend am 21. November 2011 ab (act. 4/7). Auf den am 5. Dezember 2011 und damit nach Fristablauf eingereichten Betreibungsregisterauszug kann daher grundsätzlich nicht eingegangen werden (vgl. vorne II./1.).

3.3 Die erwähnte Frist kann indes nach Massgabe von Art. 32 Abs. 4 SchKG wiederhergestellt werden. Vorausgesetzt ist danach, dass der Schuldner durch ein unverschuldetes Hindernis von der Fristwahrung abgehalten wurde und dass er nach dem Wegfall des Hindernisses in derselben Frist wie der versäumten ein Wiederherstellungsgesuch stellt und die versäumte Handlung bei der zuständigen Behörde nachholt.

Würde zugunsten des Schuldners das Vorliegen eines unverschuldeten Hindernisses zur rechtzeitigen Einreichung eines Betreibungsregisterauszuges bejaht (in dem Sinne, dass der Schuldner vom Konkursamt mit Blick auf die zu erhebende Beschwerde nicht auf die Erforderlichkeit der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit hingewiesen wurde), so wäre dieses Hindernis am 21. November 2011 weggefallen, da der Schuldner an diesem Datum darauf hingewiesen wurde, dass er seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen müsse (act. 4A). Die Einreichung des Betreibungsregisterauszuges erfolgte wie geschildert am 5. Dezember 2011 und damit nach Ablauf einer allfälligen neuen 10tägigen Frist, die am 21. November 2011 ausgelöst worden wäre (Wegfall des Hindernisses). Eine frühere Einreichung eines Zahlungsregisterauszuges konnte der Schuldner wie erwähnt nicht nachweisen. Auf den Betreibungsregisterauszug vom 5. Dezember 2011 ist daher nicht einzugehen. Ob die geschilderten Umstände als unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 32 Abs. 4 SchKG zu würdigen sind, muss unter diesen Umständen nicht abschliessend beurteilt werden.

3.4 Andere Belege über seine Zahlungsfähigkeit hat der Schuldner nicht vorgelegt. Die blosser Behauptung des Schuldners, es sei nur infolge fehlender Aufmerksamkeit und verschiedener geschäftlicher Auslandsaufenthalte, aufgrund welcher er Zahlungen versäumt habe, zum Konkurs gekommen (act. 1, 9), vermag seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen.

4. Damit ist die Beschwerde abzuweisen, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Schuldner kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus dem vom Schuldner geleisteten Vorschuss zu beziehen.

2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes im Konkursverfahren des Bezirkes Uster vom 8. November 2011 (EK110256) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Schuldner auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt H.\_\_\_\_ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt G.\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.  
  
Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: