Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_446/2014

Urteil vom 27. Oktober 2014

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Escher, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Buss.

Verfahrensbeteiligte
A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Oliver Fritschi,
Beschwerdeführer,

gegen

Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft B. _____
vertreten durch Rechtsanwalt Reto Ziegler,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Konkurseröffnung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 9. Mai 2014.

Sachverhalt:

A.
A. _____ ist Inhaber des seit 1995 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C. _____". Am 9. April 2014 eröffnete der Einzelrichter am Bezirksgericht Bülach über A. _____ auf Begehren der Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft B. _____ den Konkurs.

B.
Mit Beschwerde vom 22. April 2014 beantragte A. _____ die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um aufschiebende Wirkung. Das Obergericht des Kantons Zürich gewährte die aufschiebende Wirkung, wies die Beschwerde mit Urteil vom 9. Mai 2014 jedoch ab und eröffnete den Konkurs neu per 9. Mai 2014, 08.00 Uhr.

C.
A. _____ (Beschwerdeführer) gelangt mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. Mai 2014 an das Bundesgericht und beantragt, das obergerichtliche Urteil vom 9. Mai 2014 und die Konkurseröffnung seien aufzuheben. Eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen und es sei ihm für das zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- zuzusprechen. Ausserdem ersucht er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Die Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft B. _____ (Beschwerdegegnerin) hat sich hinsichtlich des Gesuchs um aufschiebende Wirkung nicht vernehmen lassen und das Obergericht hat mit Stempel vom 2. Juni 2014 auf eine Vernehmlassung verzichtet. Mit Verfügung vom 19. Juni 2014 hat das präsidierende Mitglied der II. zivilrechtlichen Abteilung der Beschwerde die aufschiebende Wirkung in dem Sinne zuerkannt, als der Konkurs eröffnet bleibt, jedoch bis zum bundesgerichtlichen Entscheid Vollstreckungsmassnahmen zu unterbleiben haben, bereits getroffene

Sicherungsmassnahmen aber aufrechterhalten bleiben. Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten, in der Sache hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht über die Konkursöffnung entschieden hat (Art. 72 Abs. 2 Bst. a, 75 Abs. 1 und 90 BGG). Sie ist an keinen Streitwert gebunden (Art. 74 Abs. 2 Bst. d BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit grundsätzlich zulässig. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden. Weitere formelle Einzelfragen sind im Sachzusammenhang zu erörtern.

2.

Das Obergericht hat den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG als nachgewiesen erachtet. Hingegen sei es dem Beschwerdeführer nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass seine Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur seien.

3.

3.1. Der Beschwerdeführer rügt einleitend, die Vorinstanz habe die derzeit gemäss Betreibungsregister noch offenen Forderungen aktenwidrig und damit offensichtlich falsch im Sinne von Art. 97 BGG festgestellt.

3.2. Die Vorinstanz hat dazu festgehalten, der Betreibungsregisterauszug des Schuldners umfasse insgesamt 75 Beteiligungen. In der Tat sei es so, dass viele davon bereits erloschen oder die Gläubiger befriedigt worden seien. Offen seien jedoch - abgesehen von den beiden Beteiligungen die zum Konkurs geführt hätten - mehr als die vom Schuldner genannten Fr. 24'000.--. Insbesondere könne die Beteiligung Nr. xxx der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 30'753.95, welche per 14. September 2012 eingeleitet worden sei und heute den Status "Konkursandrohung" trage, nicht ausser Acht gelassen werden. Zwar sei denkbar, dass diese Beteiligung von der Beschwerdegegnerin nicht mehr weiterverfolgt und dieselbe Forderung mit den neueren zwei Forderungen, welche zum Konkurs geführt hätten, geltend gemacht worden seien. Jedoch spreche dagegen neben dem Status der ersten Beteiligung auch die Begründung in den Zahlungsbefehlen bzw. den Konkursandrohungen der Beteiligungen Nr. yyy und zzz, seien diese Forderungen doch (zumindest weitgehend) erst nach der Einleitung der ersten Beteiligung entstanden. Ohnehin fehle es an einer entsprechenden Behauptung des Schuldners und der Vorlage diesbezüglicher objektiver Anhaltspunkte. Folglich sei von einer zusätzlichen, noch offenen Forderung der Beschwerdegegnerin und somit von in Beteiligung gesetzten Schulden in der Höhe von insgesamt Fr. 55'245.50 auszugehen.

3.3. Gegen diese Erwägungen bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, dem Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung Nr. zzz sei zu entnehmen, dass der Saldo der Forderungen der Beschwerdegegnerin für das Jahr 2012 (das Jahr der fraglichen Beteiligung Nr. xxx) Fr. 2'219.10 betrage. Daraus könne nur geschlossen werden, dass die mit Beteiligung vom 14. September 2012 geltend gemachte Forderung von Fr. 30'753.95 mittlerweile beglichen worden sei. Ansonsten hätte an dieser Stelle "Saldo aus Jahresrechnung 2012: Fr. 32'973.05" (= Fr. 30'753.95 + Fr. 2'219.10) stehen müssen. Im Übrigen sei anzumerken, dass es wenig plausibel wäre, wenn eine anwaltlich und durch den Hauseigentümerverband vertretene Stockwerkeigentümergeinschaft ein Zwangsvollstreckungsverfahren veranlasse und den Vorschuss für die Konkursöffnung leiste, ohne den ganzen offenen Betrag geltend zu machen. Folglich betrage die Höhe der noch offenen Forderungen gegen den Beschwerdeführer knapp Fr. 25'000.-- und nicht wie von der Vorinstanz festgestellt Fr. 55'245.50.

3.4. Eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung vermag der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen nicht darzutun. Da die am 14. September 2012 eingeleitete Beteiligung Nr. xxx gemäss dem eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 16. April 2014 den Status "Konkursandrohung" aufweist, hätte der Beschwerdeführer Anlass gehabt, vor Obergericht die behauptete Tilgung dieser Forderung zu belegen, was er nach den unbestritten gebliebenen vorinstanzlichen Feststellungen nicht getan hat. Ebenso wenig belegt hat der Beschwerdeführer die nunmehr vor Bundesgericht

implizit erhobene Behauptung, die nach seiner Auffassung zu Unrecht berücksichtigte Betreuung Nr. xxx habe ausschliesslich Forderungen des Jahres 2012 betroffen (und nicht etwa auch solche des Jahres 2011). Wenn das Obergericht die Betreuung Nr. xxx entsprechend dem ausgewiesenen Status auf dem Betreibungsregisterauszug als noch offen gewürdigt hat, so kann dies daher nicht als willkürlich beanstandet werden (Art. 9 BV; vgl. zum Begriff: BGE 136 III 552 E. 4.2 S. 560).

4.

4.1. Der Beschwerdeführer macht in erster Linie geltend, die Vorinstanz habe überspannte Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt und Art. 174 SchKG verletzt, indem sie trotz seiner Darlegungen über den erwarteten Zufluss von Kundenforderungen in der Höhe von insgesamt über 1 Mio. Fr. an die von ihm beherrschte D._____ GmbH und den avisierten Verkauf des Stockwerkeigentums seine Zahlungsfähigkeit nicht als glaubhaft erachtet habe.

4.2. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 720 mit Hinweis). Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. An diese Glaubhaftmachung dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (Urteil 5A_328/2011 vom 11. August 2011 E. 2 mit Hinweisen, in: SJ 2012 I 25; Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG], BBl 1991 III S. 112). Namentlich muss der Schuldner nachweisen, dass gegen ihn kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkurs- oder in einer Wechselbetreibung hängig ist und keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen (Urteile 5A_944/2013 vom 19. März 2014 E. 3.1; 5A_640/2011 vom 4.

Januar 2012 E. 3.1; 5A_529/2008 vom 25. September 2008 E. 3.1; 5P.456/2005 vom 17. Februar 2006 E. 5.1; 5P.80/2005 vom 15. April 2005 E. 3.2). Zahlungsfähigkeit ist gegeben, wenn ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Zu berücksichtigen sind nur sofort und konkret verfügbare, nicht aber zukünftige, zu erwartende oder mögliche Mittel. Grundsätzlich zahlungsunfähig ist ein Schuldner, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Schuldner Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Demgegenüber lassen bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (Urteile 5A_944/2013 vom 19. März 2014 E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011 E. 2, in: SJ 2012 I 25; 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.4; 5A_350/2007 vom 19. September 2007 E. 4.3).

4.3. Das Obergericht hat Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit verlangt und ist damit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG vom zutreffenden (herabgesetzten) Beweismass ausgegangen. Die Bewertung der Beweismittel, die dem Gericht zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit vorgelegt werden, d.h. die Frage, ob der den bundesrechtlichen Anforderungen entsprechende Beweis von der beweisbelasteten Partei im konkreten Fall tatsächlich erbracht worden ist, betrifft die gerichtliche Beweiswürdigung (BGE 130 III 321 E. 5 S. 327; Urteil 5A_786/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 4). Sie gehört zur Feststellung des Sachverhalts und kann gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig - d.h. willkürlich (Art. 9 BV) - ist oder auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann. Für all diese Elemente gilt das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

Willkür in der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Vorausgesetzt ist dabei, dass die angefochtene Tatsachenermittlung den Entscheid im Ergebnis und nicht bloss in der Begründung als willkürlich erscheinen lässt (BGE 137 III 226 E. 4.2 S. 234; 136 III 552 E. 4.2 S.

560). Dass die vom Sachgericht gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmen, belegt keine Willkür (BGE 135 III 513 E. 4.3 S. 522).

4.3.1. Zu den erwarteten Kundenforderungen hat das Obergericht zusammenfassend erwogen, dass es sich dabei um Forderungen handle, die der D. _____ GmbH zustünden - und somit nicht dem Beschwerdeführer persönlich oder seinem Einzelunternehmen. Lediglich die Darlegung von Kundenforderungen einer vom Schuldner geführten Gesellschaft unter Ausblendung weiterer wesentlicher Faktoren genüge jedenfalls nicht, um einen Vermögenswert des Schuldners und damit seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Überdies sei gemäss den eingereichten AGB eine Verwertung nur dann möglich, wenn zunächst vom Lagerhalter eine Zahlungsfrist unter Verwertungsandrohung gesetzt worden sei, was der Beschwerdeführer nicht dargetan habe. Zum weiteren Vorbringen des Eingangs von Vermögenswerten aus dem avisierten Verkauf von Stockwerkeigentum hat es festgehalten, dass der Beschwerdeführer keine aussagekräftigen Belege zur Alleineigentümerstellung und zum Kaufvertrag eingereicht habe. Ohne solche Belege genüge die Anzahlung auf ein Treuhandkonto allein nicht, um einen Vermögenswert des Schuldners glaubhaft zu machen, mit welchem er seinen laufenden Verbindlichkeiten nachkommen und seine bestehenden Schulden abtragen könne.

4.3.2. Soweit der Beschwerdeführer diesbezüglich geltend macht, dass auch ohne Darlegung der finanziellen Verhältnisse der von ihm beherrschten Gesellschaft überwiegend wahrscheinlich sei, dass von der geltend gemachten Debitorenforderung der D. _____ GmbH in Höhe von 1 Mio. Fr. ein substantieller Überschuss verbleibe, der ihm persönlich zur Verfügung gestellt werden könne und eine Fristansetzung unter Verwertungsandrohung an die Schuldner der genannten GmbH ohne grossen Zeitverlust noch erfolgen könne, stellt dies eine blosser Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung dar. Das Gleiche gilt für seine den avisierten Verkauf des Stockwerkeigentums betreffenden Vorbringen, der Umstand, dass ein Hypothekendarlehen über sein Konto abgewickelt werde, weise sehr stark auf seine Alleineigentümerstellung hin und die Tatsache, dass ein Kaufinteressent einen Betrag von Fr. 40'000.-- auf ein Treuhandkonto überwiesen habe, stelle eine klare Manifestation seines Kaufwillens dar, und zwar in einer den Betrag von Fr. 40'000.-- übersteigenden Höhe. Mit seinen diesbezüglichen Ausführungen beschränkt sich der Beschwerdeführer darauf, seine Würdigung der eingereichten Beweismittel an die Stelle der Würdigung durch das Obergericht zu setzen, ohne zu behaupten oder zu erklären, dass und inwiefern dieses dabei in Willkür verfallen sein soll. Darauf ist nicht einzutreten (vgl. vorne E. 4.3).

5.

Der Beschwerdeführer ficht die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung für das kantonale Verfahren nicht selbständig an, sondern nur im Zusammenhang mit dem Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens. Da sich die Beschwerde als unbegründet erweist, hat auch der Kostenspruch der Vorinstanz Bestand. Äusserungen dazu erübrigen sich (vgl. Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG).

6.

6.1. Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Da vorliegend die Anordnung der aufschiebenden Wirkung auf das Verbot beschränkt worden ist, während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens weitere Vollstreckungshandlungen vorzunehmen, mithin die Vollstreckbarkeit, nicht aber die Rechtskraft des vom Obergericht ausgesprochenen Konkursdekretes aufgeschoben worden ist, erübrigt sich die Festsetzung eines neuen Konkursdatums (Urteile 5A_506/2009 vom 11. Februar 2010 E. 4.2; 5A_3/2009 vom 13. Februar 2009 E. 2.3; 5A_613/2007 vom 29. November 2007 E. 3).

6.2. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer für die Gerichtskosten aufzukommen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, dem Konkursamt Embrach, dem Konkurs- und Grundbuchamt Uster und dem Handelsregisteramt des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. Oktober 2014

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Escher

Der Gerichtsschreiber: Buss