

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120016-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 6. März 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 19. Januar 2012
(EK112055)

Erwägungen:

1. Am 19. Januar 2012 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 31. Januar 2012 entsprochen (act. 9).

2. a) 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

b) Seit dem 1. Januar 2011 ist das gegen Konkursöffnungen zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 Ziff. 6 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. 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 kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Der Schuldner hinterlegte die beiden Konkursforderungen sowie die vorinstanzliche Entscheidgebühr im Betrag von Fr. 400.- bei der Obergerichtskasse (act. 4/4 und act. 13). Er stellte ausserdem beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes im Betrag von Fr. 1'500.- sicher (act. 4/8). Diese Zahlung bzw. Hinterlegung leistete der Schuldner innert laufender Rechtsmittelfrist. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache dargetan. Auch für die

zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete der Schuldner einen Barvorschuss (13).

4. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur.
5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Zeitraum 1. Januar 2010 bis 30. Januar 2012 wurden insgesamt 8 Beteiligungen im Betrag von Fr. 8'956.95 eingeleitet. Nebst für die beiden, der Konkursöffnung zugrunde liegenden Beteiligungsforderungen wurde für eine weitere Beteiligungsforderung (zugunsten C._____) im Betrag von Fr. 2'879.05 die Konkursandrohung erlassen. Heute ist nur noch diese Beteiligungsforderung offen (act. 4/5).

b) Der Schuldner machte geltend, er habe Debitoren in der Höhe von Fr. 22'862.30 (act. 4/6). Die den einzelnen Debitoren zuordenbaren Rechnungen reichte er als act. 4/7 ein. Diverse Rechnungen datieren aus den Jahren 2008-2010, nämlich Rechnung Nr. ... (30.1.2010), ... (8.6.2010), ... (2.4.2009), ... (6.8.2008), ... (2.5.2008), ... (15.10.2009), ... (10.3.2010), ... (18.11.2009), ... (2.10.2009), ... (22.10.2009), ... (10.6.2009), ...

(16.12.2010), ... (19.11.2009). Auch wenn bezüglich dieser Rechnungen auf der Debitorenliste der Vermerk "Betreibung" bzw. "Geld kommt" angebracht ist, rechtfertigt es sich, diese alten Ausstände bei der Prüfung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen. Unter dem Rechnungsbetrag der Rechnung Nr. ... vom 28.3.2011 wurde vermerkt, "Betrag in Bar dankend erhalten" (act. 4/7), weshalb auch diese Rechnung nicht zu beachten ist. Demnach sind einzig – unter Berücksichtigung von bereits geleisteten Teilzahlungen – die Rechnungen mit den Nummern ... vom 27.6.2011 (Fr. 2'290.45), ... vom 11.10.2011 (Fr. 1'106.00), ... vom 7.10.2011 (Fr. 1'440.00), ... vom 20.12.2011 (Fr. 379.50), ... vom 22.12.2011 (Fr. 2'401.50), ... (recte: ...) vom 17.1.2012 (Fr. 1'823.40), ... vom 6.12.2011 (Fr. 350.00) und der Nummer ... vom 2.2.2011 (Fr. 1'031.35) für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit relevant. Es sind somit Debitorenausstände im Umfang von Fr. 10'822.20 zu berücksichtigen.

c) Der Schuldner hat Fixkosten für Miete, Telefon und Strom von insgesamt Fr. 1'697.00 geltend gemacht (act. 1 S. 5). Nicht bekannt ist, wie viele Kreditoren er aufweist. Da es dem Schuldner möglich war, den grössten Teil der Betriebsforderungen aus dem Jahre 2011 im selben Jahr bzw. anfangs 2012 zu begleichen, kann davon ausgegangen werden, dass er die laufenden Verbindlichkeiten zu erfüllen vermag. Es sollte ihm deshalb möglich sein, mit den Debitorenausständen auch die Betriebsforderung der C._____ im Betrag von Fr. 2'879.05 innert nützlicher Frist zu begleichen.

6. Gestützt auf obige Erwägungen hat der Schuldner demnach seine Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG hinreichend glaubhaft gemacht. Die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses sind erfüllt, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.
7. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.- festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 19. Januar 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.- festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Schuldner auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass die vorinstanzliche Entscheidgebühr im Betrag von Fr. 400.- im vom Schuldner bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrag von Fr. 3'408.85 enthalten ist.
3. Die **Kasse des Obergerichtes** wird angewiesen, aus dem vom Schuldner für die Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 3'408.85 der **Gläubigerin** Fr. 3'008.85 (Betreibung Nr. ...: Fr. 450.00 Grundforderung, Fr. 80.00 Umtriebsspesen, Fr. 106.00 Betreibungskosten sowie Fr. 10.15 Zinsen; Betreuung Nr. ...: Fr. 1'678.50 Grundforderung, Fr. 100.- Umtriebsspesen, Fr. 146.00 Betreibungskosten sowie Fr. 38.20 Zinsen; Fr. 400.00 vorinstanzliche Entscheidgebühr) auszuzahlen und dem Schuldner den Restbetrag zurückzuerstatten.
4. Das Konkursamt D._____ wird unter Hinweis, dass die vorinstanzliche Entscheidgebühr vom Schuldner bereits anderweitig bezahlt worden ist, angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.- (Fr. 1500.- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'400.- und dem Schuldner einen nach Abzug der Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 1, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsre-

gisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E._____, 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:

lic.iur. I. Vourtsis-Müller

versandt: