

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110175-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 20. Oktober 2011

in Sachen

A. _____

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 21. September 2011 (EK111362)

Erwägungen:

1. Am 21. September 2011 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 5). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Aus den eingereichten Beilagen ging lediglich die Tilgung der Konkursforderung sowie der Kosten des Konkursamts inklusive der erstinstanzlichen Spruchgebühr hervor (act. 3/3 u. 5). Der Verzugszins auf der Konkursforderung in Höhe von Fr. 538.60 war jedoch selbst nach Darstellung des Beschwerdeführers noch offen (act. 1 S. 2).

Mit Verfügung der Kammer vom 4. Oktober 2011 wurde der Schuldner aufgefordert, innert der zehntägigen Beschwerdefrist weitere Unterlagen zum Nachweis der Tilgung des Verzugszinses sowie zur Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit nachzureichen. Gleichzeitig wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert (act. 10). Mit Eingabe vom 6. Oktober 2011 (Datum Poststempel) reichte der Schuldner fristgerecht weitere Belege zu seiner Zahlungsfähigkeit ein (act. 12 und act. 13/1+2). Überdies erbrachte er mit Quittung vom 5. Oktober 2011 den Tilgungsnachweis für die Verzugszinsen in der Höhe von Fr. 538.60 (act. 13/2). Mit Verfügung der Kammer vom 11. Oktober 2011 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14).

2.1 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 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 Durch die Einreichung der erwähnten Zahlungsbelege (act. 3/3 u. 5; act. 13/2) wies der Schuldner die Konkursaufhebungsgründe der Hinterlegung und Tilgung ausreichend nach (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG). Weiter stellte

er durch einen Barvorschuss die zweitinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 750.– sicher (act. 3/4).

2.3 Wie bereits erwähnt, hat der Schuldner neben dem Konkurshinderungsgrund auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichend liquide Mittel vorhanden sein, womit 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 abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

2.4 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt das Beteiligungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Stadtammann- und Beteiligungsamtes C._____ vom 27. September 2011 wurden im Zeitraum vom 16. Januar 2008 bis 10. August 2011 gegen den Schuldner 34 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 119'076.35 angehoben (act. 3/18). Davon sind 5 Beteiligungen im Totalbetrag von Fr. 8'738.75 als erledigt und weitere 26 Beteiligungen im Betrag von insgesamt Fr. 67'248.25 durch Zahlung an das Beteiligungsamt als erledigt vermerkt. Wie dargelegt wurde die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen getilgt. Damit sind gegenwärtig noch zwei Beteiligungen im Betrag von insgesamt Fr. 8'645.04 (Nr. und Nr.) offen, welche im Auszug mit dem Vermerk FB (Fortsetzungsbegehren) bzw. ZB (Zahlungsbefehl) versehen sind. Zu diesen Beteiligungen macht der Schuldner geltend, die Forderungen seien anerkannt und könnten aus den laufenden Einnahmen des Geschäftsbetriebes bis Ende Jahr getilgt werden (act. 1 S. 5).

Gemäss der Kreditorenliste per 26. September 2011 bestehen offene Schulden von Fr. 42'780.55 (act. 3/13). Der Saldo des D._____ (Bank) Kontokorrent belief

sich am 6. Oktober 2011 auf minus Fr. 35'518.50 (act. 13/3). Dazu bringt der Schuldner vor, es bestehe eine Kreditlimite von Fr. 37'000.–, welche durch eine Bürgschafts- bzw. Garantieerklärung seines Onkels abgedeckt sei (act. 1 S. 4; act. 12 S. 1). Eine entsprechende Erklärung legte er indes nicht bei. Da aber nicht damit zu rechnen ist, dass er den Kredit kurzfristig zurückzahlen muss, ist dieser nicht als Schuld zu berücksichtigen. Weiter gibt der Schuldner an, sämtliche Löhne für die Mitarbeiter seien über das Geschäftskonto bezahlt worden (act. 1 S. 4). Zwar sind diese Zahlungen nicht belegt, aber es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass tatsächlich noch Löhne ausstehend sind. Insbesondere liegen auch keine Betreibungen für Lohnforderungen vor (act. 3/18). Somit hat der Schuldner (inbegriffen die zwei offenen Betreibungen) offene Verbindlichkeiten von Fr. 42'780.55.

Den Kreditoren stellt der Schuldner Debitoren der Stammkunden gemäss Liste per 26. September 2011 von insgesamt Fr. 30'791.45 gegenüber (act. 3/14). Weiter kommen Debitoren aus Einzelaufträgen (Stand 26. September 2011) von Fr. 14'539.35 dazu (act. 3/15). Diese Ausstände wurden bereits fakturiert und die Zahlungsfristen laufen bis spätestens 30. Oktober 2011. Folglich sollten dem Schuldner daraus kurzfristig liquide Mittel von gesamthaft Fr. 45'330.80 zufließen. Schliesslich liegt eine Liste von pendenten Einzelaufträgen mit einem Auftragsvolumen von Fr. 13'915.– vor (act. 3/16). Gemäss eigenen Angaben des Schuldners wurden diese Beträge noch nicht fakturiert (act. 1 S. 4), weshalb sie (noch) nicht als sichere Zahlungseingänge berücksichtigt werden können. Sodann wies das D._____ Privatkonto des Schuldners per 6. Oktober 2011 einen Saldo von Fr. 585.05 auf (act. 13/3).

Der Schuldner legte keine Zwischenbilanz 2011 ins Recht, sondern lediglich die provisorische Bilanz- und Erfolgsrechnung 2010 sowie die Jahresabschlüsse 2006 bis 2009 (act. 13/1; act. 3/6-9). Für eine Beurteilung der aktuellen Unternehmensliquidität sind die Jahresabschlüsse 2006 bis 2009 nicht brauchbar. Zudem wurden gemäss Angaben des Treuhänders die Löhne, die Kreditoren, die Debitoren und die Abschreibungen im provisorischen Jahresabschluss 2010 noch nicht verbucht (act. 13/1). Somit lassen sich auch daraus keine Finanzkennzahlen

errechnen oder Prognosen für das Jahr 2011/2012 erstellen. Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners kann daher nur auf den Betreibungsregisterauszug, die Kreditoren- und Debitorenlisten sowie die Kontoauszüge abgestellt werden.

3. Den ausgewiesenen Schulden in der Höhe von Fr. 42'780.55 stehen Aktiven von insgesamt Fr. 45'915.85 gegenüber. Mit den erwähnten liquiden Mitteln und kurzfristigen Forderungen können die offenen Verbindlichkeiten demnach knapp gedeckt werden. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass von den Schulden lediglich zwei Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 8'645.04 in Betreuung gesetzt wurden und der Schuldner diesbezüglich glaubhaft gemacht hat, dass er diese mit den vorhandenen Aktiven wird decken können. Die übrigen offenen Verbindlichkeiten im Umfang von Fr. 34'135.51 wurden demgegenüber (noch) nicht betrieben, weshalb deren Durchsetzung gegenwärtig nicht droht. Zu Gunsten der Liquidität des Schuldners ist zudem zu beachten, dass er gemäss Betreibungsregisterauszug (act. 3/18) in den vergangenen zwölf Monaten in Betreuung gesetzte Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 68'197.05 getilgt hat. Es ist vor diesem Hintergrund somit davon auszugehen, dass sich der Schuldner lediglich vorübergehend in einem Liquiditätsengpass befindet. In der Zukunft sollte er seine laufenden Kosten aber weiterhin bestreiten und insbesondere die Schulden bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung tilgen können. Damit erscheint seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und die Konkursöffnung aufzuheben ist.

4. Obwohl die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Spruchgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen, weil dieser das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Zürich vom 21. September 2011, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt E. _____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 900.– 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt E. _____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C. _____, je gegen Empfangsschein.
5. 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. M. Weibel

versandt am: