

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110238-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. M. Isler.

Urteil vom 26. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 28. November
2011 (EK111731)

Erwägungen:

I.

Am 28. November 2011 eröffnete das Konkursgericht des Bezirkes Zürich auf Begehren der Gläubigerin über den Schuldner den Konkurs. Es erwog, dass der Schuldner innerhalb der angesetzten und erstreckten Frist weder einen Rückzug des Begehrens noch einen Ausweis über die Tilgung der Forderung beigebracht habe (act. 2 und 6). Mit Eingabe vom 9. Dezember 2011 erhob der Schuldner beim Obergericht rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben. Er machte im Wesentlichen geltend, die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung getilgt bzw. den geschuldeten Betrag beim Obergericht hinterlegt zu haben und zahlungsfähig zu sein (act. 1; Beilagen: act. 3/2–7).

Mit Präsidialverfügung vom 13. Dezember 2011 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeschrift ergänzungsbedürftig sei (act. 8). Mit Eingabe vom 16. Dezember 2011 ergänzte er seine Beschwerde innerhalb der Beschwerdefrist (act. 10 und 11/1–7; vgl. act. 7/7: vom Schuldner bei der Post nicht abgeholte Sendung mit dem Konkursdekret). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

II.

Der Entscheid des Konkursgerichts kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Damit kann unrichtige Rechtsanwendung oder offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind gemäss ZPO grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Art. 174 SchKG enthält jedoch eine Sonderregelung: Mit der Beschwerde gegen die Konkursöffnung können uneingeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 Satz 2). Sogar wenn erst nach dem Entscheid

die Schuld getilgt oder der geschuldete Betrag beim Obergericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt worden ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat, kann die Konkursöffnung vom Obergericht noch aufgehoben werden, jedoch nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der Beschwerdeführer mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

III.

Die Vorinstanz hat die Konkursöffnungsverhandlung auf den 22. November 2011 angesetzt (act. 7/3). Wie sich den Akten entnehmen lässt, versuchte sie, dem Schuldner die Verhandlungsanzeige per Post als Gerichtsurkunde zuzustellen, doch holte der Schuldner die Sendung bei der Post nicht ab (act. 7/4). Hätte der Schuldner mit einer Zustellung rechnen müssen, gälte die Verhandlungsanzeige gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO dennoch als zugestellt. Da der Schuldner jedoch vom gerichtlichen Verfahren keine Kenntnis hatte, greift die Zustellungsfiktion des Art. 138 ZPO nicht. Ein zweiter Zustellungsversuch der Vorinstanz erfolgte gemäss Notiz auf dem vorinstanzlichen Aktenumschlag am 7. November 2011 mit gewöhnlicher A-Post (act. 7; vgl. act. 7/4). Damit versties die Vorinstanz gegen Art. 138 Abs. 1 ZPO, wonach die Zustellung von Vorladungen gegen Empfangsbestätigung zu erfolgen hat.

Auf dem vorinstanzlichen Aktenumschlag ist jedoch ausser dem Datum der Konkursöffnungsverhandlung vom 22. November 2011 vermerkt: "~~Frist bis Do, 24.11.11., 10⁰⁰ h~~ → Mo, 28.11.11. 10⁰⁰" (act. 7; Streichung auch im Original). Dem Schuldner war also – wie in der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides erwähnt ist – die Frist zur Beibringung eines Rückzuges des Konkursbegehrens oder eines Ausweises über die Tilgung der Forderung erstreckt worden (act. 6 S. 2 oben). Das zeigt, dass der Schuldner von der ihm per A-Post zugestellten Anzeige der Konkursverhandlung Kenntnis erhalten hat. Er rügt deshalb den Zustellungsmangel zu Recht nicht. Eine entsprechende Rüge verstiesse gegen Treu und Glauben (vgl. BGE 132 I 249 = Pra 96 [2007] Nr. 64). Ob der Zustellungsmangel, wenn nicht davon auszugehen wäre, dass der Schuldner die Vorladung

tatsächlich erhalten hat, im Beschwerdeverfahren ohne entsprechende Rüge von Amtes wegen zu berücksichtigen wäre bzw. berücksichtigt werden dürfte, kann dahingestellt bleiben (vgl. Art. 320 f. ZPO).

IV.

Am 9. Dezember 2011 zahlte der Schuldner bei der Post zugunsten der Obergerichtskasse Fr. 3'347.10 ein zwecks "Tilgung" des der Gläubigerin geschuldeten Betrages und zur Bevorschussung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten (act. 1 S. 2; act. 3/3). Der für die Gläubigerin bestimmte Teilbetrag von Fr. 2'597.10 deckt die in Betreuung gesetzte Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten. Das Konkursamt C._____ verfügt zudem, nachdem der Schuldner bei ihm einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet hat, über genügend Mittel, um der Gläubigerin im Falle einer Gutheissung der Beschwerde den dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'800.– zu ersetzen (act. 3/4 und 3/5). Der Schuldner hat somit während der Rechtsmittelfrist einen Konkurshinderungsgrund geschaffen, welcher zu berücksichtigen ist, sofern die behauptete Zahlungsfähigkeit glaubhaft ist (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

V.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen ihn noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Anhaltspunkte für eine bevorstehende Verbesserung der wirtschaftlichen Lage müssen so konkret darge-

legt werden, dass glaubhaft ist, dass die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten nicht von Dauer sind.

2.

Die Akten geben über die Verhältnisse des Schuldners folgenden Aufschluss:

2.1.

Der Schuldner ist nach eigener Darstellung seit sechs Jahren selbständig erwerbend (act. 10 S. 1). Seit Januar 2009 ist er als Gesellschafter der Kollektivgesellschaft D._____ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 3/2). Diese Firma habe er seit drei Jahren mit seinem Partner zusammen aufgebaut, und sie laufe immer besser. Sie führten zusammen die E._____ in F._____. Sie beschäftigten acht Teilzeitangestellte. Die Firma sei rentabel. Sämtliche Löhne und Sozialabgaben seien bezahlt. Auch für das Jahr 2011 könne mit einem beträchtlichen Gewinn gerechnet werden. Mit den Einnahmen aus der Bar könne er sein Leben finanzieren und die bestehenden Altlasten bereinigen (act. 1 S. 3, act. 10 S. 2).

Der Schuldner macht geltend, dass seine ersten Schritte in die Selbständigkeit vor sechs Jahren mangels geschäftlicher Erfahrung unter einem schlechten Stern gestanden hätten. Aus dieser Zeit stamme fast die Hälfte der bestehenden Schulden (act. 10 S. 2). Die offenen Betreibungen beruhten zum grössten Teil auf Steuerforderungen, wovon ein grosser Teil durch Einschätzungen (gemeint sind wohl Ermessenstaxationen) entstanden sei, weil er eine Zeit lang die Steuererklärungen nicht ausgefüllt habe (act. 10 S. 2). Sodann macht der Schuldner geltend, wegen einer persönlichen Krise (wohl im Zusammenhang mit der Trennung von einer langjährigen Partnerin Anfang 2011) aus dem Gleichgewicht geraten zu sein und angefangen zu haben, die privaten Zahlungen teilweise zu vernachlässigen; nun habe er aber den Tritt wieder gefunden und sei daran, die Altlasten zu beseitigen (act. 1 S. 3, act. 10 S. 2). Die Forderung der B._____ AG von Fr. 2'265.60, welche zur Konkurseröffnung führte (Forderungsgrund: Leistung Juli 2010), sei durch einen Unfall und Spitalkosten verursacht worden (act. 10 S. 2).

Wohnhaft bzw. gemeldet ist der Schuldner seit 1. Mai 2011 in G._____. Vom 1. Juni 2008 bis zum 1. Mai 2011 wohnte er in H._____ (act. 7/4 Anhang).

2.2.

Der Schuldner hat zunächst einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes G._____ eingereicht (act. 3/6: Zeitraum: Januar 2009 bis 7. Dezember 2011), später auf gerichtliche Aufforderung hin auch einen solchen des Betreibungsamtes H._____. Dieser deckt den Zeitraum von Januar 2000 bis 15. Dezember 2011 ab (act. 11/5).

Gemäss Auszug des Betreibungsamtes H._____ sind bei diesem Amt mit Eingangsdaten ab 1. Juni 2008 23 Verfahren über Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 37'065.50 (ohne Zinsen und Betreibungskosten) registriert (auf die im Auszug aufgeführten Verfahren älteren Datums sei an dieser Stelle nicht weiter eingegangen). In der nachstehenden Aufstellung sind diejenigen Verfahren, welche mit Verlustscheinen im Sinne von Art. 115 SchKG (leere Pfändungsurkunde) bzw. Art. 149 SchKG abgeschlossen wurden, mit "X" bzw. mit "DV" markiert; Verfahren, welche mit Forderungstilgung endeten, mit "Z"; erloschene Verfahren mit "E" und durch Rechtsvorschlag gestoppte Verfahren mit "RV".

Zwischen 1. Juni 2008 und 4. Mai 2011 in Betreuung gesetzte Forderungen:

2008 (in Fr.)	2009 (in Fr.)	2010 (in Fr.)	2011 (in Fr.)	Summe (in Fr.)
5'207.80 X	2'937.50 RV	1'225.10 DV	2'265.60	
206.60 Z	2'962.05 DV	1'111.20 DV	616.60	
595.00 Z	2'962.05 RV	3'425.50 DV	493.25	
<u>1'128.50 E</u>	3'500.05 DV	341.85 DV	236.95	
	182.45 DV	235.65 DV	<u>3'090.80</u>	
	483.00 DV	<u>2'358.60</u>		
	236.30 DV			
	<u>1'263.10 DV</u>			
7'137.90	14'526.50	8'697.90	6'703.20	<u>37'065.50</u>

Beim Betreibungsamt G._____ sind mit Eingangsdaten ab 4. März 2011 fünf Verfahren mit Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 8'967.05 registriert (act. 3/6):

<i>Eingangsdatum</i>	<i>Betrag</i>
04.03.11	Fr. 2'265.60
29.06.11	Fr. 2'358.60
26.08.11	Fr. 616.60
30.08.11	Fr. 515.25
14.10.11	<u>Fr. 3'211.00</u>
	Fr. 8'967.05

Es darf mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass diese fünf Verfahren noch beim Betreibungsamt H. _____ eingeleitet wurden (vgl. Art. 53 SchKG). Die erste der Forderungen führte zur Konkursöffnung und ist bei der Gerichtskasse sichergestellt.

Im Jahre 2008 stellte das Betreibungsamt H. _____ für drei Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 6'529.80 (ohne Zinsen und Betreibungskosten) Verlustscheine im Sinne von Art. 115 SchKG, d.h. sog. leere Pfändungsurkunden, aus. Nach einem Unterbruch in den Jahren 2009 und 2010 stellte es im Jahre 2011 in elf Betreibungsverfahren Verlustscheine im Sinne von Art. 149 SchKG aus, wobei die Summe der zugrunde liegenden Betreibungsforderungen Fr. 14'966.25 beträgt (ohne Zinsen und Betreibungskosten).

Insgesamt stellte das Betreibungsamt H. _____ in den Jahren 2003 – 2011 18 Verlustscheine gegen den Schuldner aus (dieser hatte offenbar in den Jahren 2003 und 2004 schon einmal Wohnsitz in H. _____):

	<i>Gläubiger / betreibende Amtsstelle</i>	<i>Forde- rung/Fr.</i>	
14.10.03	B. _____	602.55	Verl'schein nach Art. 115 SchKG
02.03.04	B. _____	421.70	"
24.05.04	I. _____	1'929.05	"
03.08.04	Steueramt J. _____	673.10	"
26.09.08	Stadtrichteramt Zürich	591.00	"
26.09.08	Stadtrichteramt Zürich	731.00	"
26.11.08	K. _____ GmbH	5'207.80	"
04.03.11	Steueramt Zürich	2'962.05	Verl'schein nach Art. 149 SchKG
04.03.11	Steueramt Zürich	3'500.05	"
04.03.11	Kt. Steueramt Zürich	182.45	"
04.03.11	Stadtrichteramt Zürich	483.00	"
09.08.11	Kt. Steueramt Zürich	236.30	"
09.08.11	Wehrpflichtersatzverwal- tung Zürich	1'263.10	"
24.10.11	Wehrpflichtersatzverwal- tung Zürich	1'225.10	"
24.10.11	Wehrpflichtersatzverwal- tung Zürich	1'111.20	"

09.08.11	Steuerverwaltung Zürich	3'425.50	"
24.10.11	Entsorgung und Recycling - Abfall Zürich	341.85	"
24.10.11	Kt. Steueramt Zürich	<u>235.65</u>	"
		25'122.45	

Die offenen Verlustscheine weisen laut Betreibungsregisterauszug einen Gesamtverlust der Gläubiger von Fr. 26'388.35 aus (act. 11/5).

Die Zusammenstellung der seit Juni 2008 vom Betreibungsamt H. _____ eröffneten, weder durch Zahlung noch durch Ausstellung eines Verlustscheins erledigten Verfahren (ohne jenes, welches zur Konkureröffnung führte) sieht wie folgt aus:

<i>Eing'datum</i>	<i>Gläubiger</i>	<i>Forderung (Fr.)</i>	<i>Stand</i>
08.12.08	L. _____ AG	1'128.50	erloschen
06.03.09	M. _____ Zürich AG	2'937.50	Rechtsvorschlag
14.07.09	Staat und Stadt Zürich	2'962.05	Rechtsvorschlag
19.11.10	I. _____	2'358.60	(ev. Betr. 166'873 des BA ZH 10)
04.03.11	B. _____ AG	616.60	(ev. Betr. 168'326 des BA ZH 10)
17.03.11	Stadt Zürich	493.25	(ev. Betr. 168'333 des BA ZH 10 über Fr. 515.25)
17.03.11	Kanton Zürich	236.95	
04.05.11	Staat und Stadt Zürich	3'090.80	(ev. Betr. 169'295 des BA ZH 10 über Fr. 3'211.-)

2.3.

Das Einkommen bezieht der Schuldner von der D. _____, welche er mit N. _____ zusammen Anfang 2009 gegründet hat (act. 3/2).

Die Bilanz der D. _____ per 31. Dezember 2010 weist einen Gewinn von Fr. 118'678.52 aus (act. 11/7). Dem (summarischen) Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes O. _____ vom 15. Dezember 2011 zufolge wurde in den Jahren 2009 – 2011 eine einzige Betreuung gegen die Gesellschaft eingeleitet; die betreffende Forderung von Fr. 479.15 ist beglichen (act. 11/6).

In einer Beilage zur Eingabe vom 16. Dezember 2011 erklärt der Schuldner, dass ihm von der Gesellschaft, wie aus dem Lohnausweis erkennbar sei, monatlich um die Fr. 3'000.– als Gewinnvorschuss bezahlt würden und der Rest (des Gewinnanteils) bisher halbjährlich ausbezahlt worden sei. Seine durchschnittlichen Einnahmen des Jahres 2010 beziffert er an der gleichen Stelle auf ca. Fr. 4'300.– (act. 11/1). Auf den "Lohnabrechnungen" für den Schuldner per Oktober und November 2011 sind Nettolohnzahlungen von Fr. 3'006.38 aufgeführt (act. 11/3).

Die Steuererklärung des Schuldners für 2009 – Gründungsjahr der Kollektivgesellschaft – weist Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit von – persönliche Sozialversicherungsbeiträge abgezogen – Fr. 55'094.– aus (entspricht rund Fr. 4'590.– p.m.; act. 11/4).

2.4.

Die monatlichen Ausgaben (Lebenshaltungskosten) – einschliesslich Fr. 200.– Abzahlung beim Betreibungsamt H. _____ – beziffert der Schuldner auf Fr. 3'560.– (act. 11/1):

Wohnung	Fr. 1'700.–
Krankenkasse	Fr. 280.–
Telefon/Internet	Fr. 80.–
<i>Abzahlung Schulden</i>	<i>Fr. 200.–</i>
Nebenkosten/Diverses	Fr. 300.–
Essen/Trinken/Ausgang	<u>Fr. 1'000.–</u>
	Fr. 3'560.–

Die veranschlagten Wohnungskosten belegt er mit einem "Untermietvertrag" vom 7. Dezember 2011, wonach er für ein teilmöbliertes Zimmer einer Wohnung in P. _____ "bei Abwesenheit seines Vermieters" ein monatliches Entgelt von Fr. 1'700.– und bei dessen Anwesenheit Fr. 800.– zu leisten hat (act. 11/2).

2.5.

Was den Abbau der Schulden betrifft, macht der Schuldner geltend, er wolle bei Gutheissung der Beschwerde mit den Steuerämtern Kontakt aufnehmen, eine Aufstellung der wirklich offenen Forderungen verlangen und eine Abzahlungsvereinbarung schliessen. Da viele der offenen Betreibungen die gleiche Forderung beträfen, fehle ihm der Überblick (act. 10 S. 2). Q. _____, Manager bei R. _____, habe ihm zugesichert, ihn bei den Verhandlungen mit den Gläubigern zu unter-

stützen und ihm bei Bedarf ein zinsloses Darlehen von Fr. 10'000.– zu gewähren. Auch beide Elternteile seien bereit, ihn zu unterstützen, sofern der Konkurs nicht durchgeführt werde. Der Vater habe seine Bereitschaft schriftlich bekundet; die Mutter habe noch keine genauen Zahlen genannt. Endlich habe ihm Schulleiter S._____, F._____, zugesichert, dass er ihm, wenn er in Not sei, jederzeit finanziell helfe (act. 10 S. 2 f.).

Der Vater des Schuldners stellt in einer an die Beschwerdeinstanz gerichteten Erklärung vom 9. Dezember 2011 (vom Schuldner in Form eines ihm übermittelten E-Mail-Anhanges eingereicht) in Aussicht, dass er die ihm bekannten (beim Betreibungsamt G._____) hängigen Betreibungen für Forderungen von insgesamt Fr. 6'701.45 zuzüglich Zinsen und Kosten tilge, wenn die Beschwerde gutgeheissen werde (act. 3/7). Q._____ ist im Handelsregister des Kantons Zürich als Kollektivzeichnungsberechtigter der R._____ AG eingetragen. S._____ ist der Name eines Schulleiters der Schule ... in F._____ 5 (vgl. Internetseite des Schul- und Sportdepartementes der Stadt F._____). Schriftliche Erklärungen dieser Personen liegen nicht vor.

3.

Aufgrund dieser Angaben bleibt nun die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu beurteilen:

Festzuhalten ist vorab, dass der Schuldner im heutigen Zeitpunkt nicht über die Mittel verfügt, um die Verlostscheinsforderungen seiner Gläubiger zu begleichen und die offenen Betreibungsforderungen zu tilgen. Sein Vermögen dürfte sich im Wesentlichen auf die Beteiligung an der Kollektivgesellschaft beschränken. Zahlungsfähigkeit im Sinne des Art. 174 Abs. 2 SchKG könnte unter diesen Umständen nur bejaht werden, wenn der Schuldner Anhaltspunkte für eine bevorstehende Verbesserung seiner wirtschaftlichen Lage so konkret darlegen würde, dass ein baldiges Ende der Zahlungsschwierigkeiten glaubhaft erschiene.

Für das Jahr 2009 hat der Schuldner in der Steuererklärung einen ihm zugefallenen Reingewinn von Fr. 55'094.– ausgewiesen (entspricht rd. Fr. 4'590.– p.m.; act. 11/4). In der im Beschwerdeverfahren eingereichten Erklärung zu den Ein-

nahmen nennt er durchschnittliche Monatseinnahmen von Fr. 4'300.– im Jahre 2010 (act. 11/1 i.V.m. act. 10 S. 1). Zum Ergebnis des Jahres 2011 äussert er sich nicht konkret. Er macht lediglich geltend, dass auch in diesem Jahr wieder mit einem beträchtlichen Gewinn gerechnet werden könne; die Firma laufe immer besser (act. 10 S. 2). Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass das Jahresergebnis 2011 jenes von 2010 übertrifft, liegen nicht vor.

Es bestehen somit Anhaltspunkte dafür, dass sich die Einkommenssituation des Schuldners im Jahre 2009 (Gründung der Kollektivgesellschaft) verbessert hat. Seither ist es nicht mehr vorgekommen, dass bei einer Pfändung sogleich ein Verlustschein im Sinne von Art. 115 SchKG (leere Pfändungsurkunde) ausgestellt wurde. Konkrete Angaben über die seitherige Entwicklung der Verschuldung des Schuldners liegen aber nicht vor. Auch für eine bevorstehende weitere Erhöhung seines Einkommen hat der Schuldner keine konkreten Anhaltspunkte dargetan.

Das Versprechen des Vaters des Schuldners, für die ihm bekannten "noch hängigen Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 6'701.45" zuzüglich Zinsen und Kosten aufzukommen, wenn die Beschwerde gutgeheissen werde, ist durch ein E-Mail untermauert (act. 3/7). Der nachträglich eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes H._____ hat indessen gezeigt, dass die Verschuldung höher ist, als der Auszug des Betreibungsamtes G._____ erwarten liess. Der Schuldner stellt entsprechend weitere finanzielle Hilfeleistungen aus seinem Umfeld in Aussicht (er nennt Q._____, seine Mutter und S._____) (act. 10 S. 2 f.), lässt es jedoch bei blossen Behauptungen bewenden.

Hinreichende konkrete Anhaltspunkte für eine bevorstehende erhebliche Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners (höhere Einnahmen, langfristige, zu der vom Vater zugesicherten Hilfe hinzukommende Darlehen aus dem Bekanntenkreis) sind somit nicht ersichtlich. Es kann deshalb nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass der Schuldner in der Lage ist, die bestehenden Schulden in absehbarer Zeit abzutragen und gleichzeitig den laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Zu den auf Fr. 3'360.– bezifferten monatlichen Lebenshaltungskosten (ohne Abzahlungen; act. 11/1) bleibt zu bemerken, dass auch in Zukunft Steuern anfallen werden, die noch nicht berücksich-

tigt sind. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners lässt sich unter diesen Umständen aufgrund der vorliegenden Akten nicht als glaubhaft beurteilen.

VI.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Weil dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs über den Schuldner neu zu eröffnen.

Die Gerichtskosten beider Instanzen sind dem Schuldner aufzuerlegen. Für die zweitinstanzliche Entscheidegebühr hat er beim Obergericht einen Kostenvorschuss geleistet.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **26. Januar 2012, 15.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt C. _____ wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Auch die aus dem Barvorschuss der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird dem Schuldner auferlegt.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem vom Schuldner einbezahlten Betrag von Fr. 3'347.10 den nach Abzug der obergerichtlichen Entscheidegebühr von Fr. 750.– verbleibenden Restbetrag von Fr. 2'597.10 an das mit der Durchführung des Konkurses beauftragte Konkursamt C. _____ zu überweisen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Gläubigerin unter Zustellung des Doppels von act. 10) sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich (unter Rücksendung der eingereichten Akten) und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt G._____, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: