

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS110241-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 10. Januar 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Konkurssachen) des Bezirkes Meilen vom 7. Dezember 2011 (EK110238)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Am 7. Dezember 2011 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend Schuldner) für eine Forderung von Fr. 1'747.80 nebst Zins zu 5% seit dem 2. März 2011, Fr. 146.– Betreibungskosten und Fr. 100.– Bearbeitungskosten der Konkurs eröffnet (act. 2 = act. 6). Der Entscheid wurde dem Schuldner am 12. Dezember 2011 zugestellt (act. 10/1).

1.2. Mit persönlich überbrachter Beschwerde beantragte der Schuldner am 14. Dezember 2011 rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Er leistete sogleich und damit fristgerecht einen Kostenvorschuss für das Verfahren des Obergerichts in der Höhe von Fr. 750.– (act. 4).

1.3. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2011 wurde der Schuldner darauf aufmerksam gemacht, dass es nebst der Tilgung der Konkursforderung, der Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz sowie der Sicherstellung der obergerichtlichen Kosten auch der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit bedürfe. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung zuerkannt, und der Beschwerdeführer wurde darauf hingewiesen, dass seine Beschwerdeschrift mangelhaft sei (act. 6).

1.4. Am 21. Dezember 2011 und somit innert der Beschwerdefrist überbrachte der Schuldner die Ergänzung seiner Beschwerde sowie zusätzliche Belege (act. 10 und 11).

2. Materielles

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. Wenn der Schuldner sich auf Tilgung be-

rufen will, muss er innert der Beschwerdefrist nicht nur die in der Konkursandrohung aufgeführten Positionen zahlen, sondern auch die Kosten des Konkursrichters und die des Konkursamtes zahlen oder sicherstellen – nur so kann dem Gläubiger bei einer Aufhebung des Konkurses der an den Konkursrichter geleistete Kostenvorschuss (in der Regel Fr. 1'800.–, neuerdings bisweilen Fr. 2'000.–) unverkürzt zurückerstattet werden (OGerZH PS110095 vom 6. Juli 2011 auf www.gerichte-zh.ch/entscheide). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 18).

2.2. Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde bezahlt, auf die Beschwerde kann demnach *eingetreten* werden (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

2.3. Der Schuldner belegte die Bezahlung der Konkursforderung durch einen Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes C._____, worin die Betreuung Nr. ... als durch Zahlung erledigt aufgeführt wird (act. 3/3). Zudem belegte der Schuldner mit einer Bestätigung / Quittung des Konkursamtes D._____, dass er zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens Fr. 800.– bezahlt hat (act. 3/4). Darin inbegriffen ist auch die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 500.– (vgl. act. 2 und act. 5). Damit ist ein *Konkursaufhebungsgrund* nachgewiesen.

2.4. Wie bereits erwähnt, hat der Schuldner neben dem Konkurshinderungsgrund auch seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichende 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 den Schuldner 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 Betreibungen

mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

Dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, ist ein Hinweis auf fehlende Zahlungsfähigkeit. Eine Konkursöffnung bringt Umtriebe und Kosten, welche sich ein Schuldner wenn immer möglich spart. Der Schuldner macht aber geltend, er befinde sich gerade in einer zwischenmenschlich schwierigen Situation, da er von seiner Familie am 1. Mai 2011 richterlich getrennt worden sei und die Familienwohnung habe verlassen müssen. Die ganze Sache sei ihm über den Kopf gewachsen, sodass er in dieser schwierigen Phase nicht immer die Post geöffnet und alle Zahlungen gerade erledigt habe. Finanziell stehe er aber nicht schlecht da. Er sei wieder voll bei seinem früheren Arbeitgeber, der E. _____ AG, Z. _____, angestellt und werde seine Einzelfirma auflösen und beim Handelsregister streichen lassen (act. 1). Der Schuldner präsentierte sowohl einen Auszug des Betreibungsamtes des aktuellen Wohnortes (Betreibungsamt C. _____) als auch einen Auszug des Betreibungsamtes des letzten Wohnortes (Stadtammann- und Betreibungsamt F. _____) bis ins Jahr 1999 zurück (act. 3/3 und act. 11/1). Auch wenn bereits vor der vom Schuldner geltend gemachten schwierigen Phase Beteiligungen gegen ihn eingeleitet wurden, so sind doch sämtliche bisherigen Beteiligungen (aus den Jahren 2009, 2010 und 2011) bezahlt oder erloschen, und es sind keine offenen Verlustscheine vorhanden. Aus dem Handelsregister ist zudem ersichtlich, dass – vor der hier zu beurteilenden Konkursöffnung – über das seit dem 20. März 2006 bestehende Einzelunternehmen des Schuldners noch nie der Konkurs eröffnet wurde (act. 3/2). Ein aktueller Kontoauszug des Schuldners bei der G. _____ AG weist einen positiven Saldo von Fr. 2'370.96 aus (act. 11/2). Aus der Lohnberechnung der E. _____ AG, gültig ab 1. Januar 2012, ist ferner ersichtlich, dass der Schuldner im Jahr 2012 ein Jahressalär von Fr. 91'910.– erzielen wird (act. 11/3). Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist damit ohne Weiteres glaubhaft gemacht.

2.5. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen.

3. Kostenfolge

3.1. Der Schuldner hat erst nach Konkurseröffnung die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses geschaffen, und es sind ihm daher alle Kosten aufzuerlegen. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen und von dem vom Schuldner geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu beziehen.

3.2. Das Konkursamt D._____ ist anzuweisen, der Gläubigerin den bezahlten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– (inkl. Fr. 500.– für die Kosten des Konkursrichters) zurückzuzahlen und dem Schuldner einen, nach Abzug der Kosten des Konkursamtes, allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirkes Meilen vom 7. Dezember 2011, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und von dem von ihm geleisteten Barvorschuss bezogen. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 500.– wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 800.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'300.– 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, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Meilen und das Konkursamt D._____, 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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: