

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120013-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 21. Februar 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **SA**,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Januar 2012 (EK120012)

Erwägungen:

1. Am 16. Januar 2012 um 10:00 Uhr wurde für eine Forderung von Fr. 2'673.75 (nebst Zins zu 5% seit 1. September 2011 zuzüglich Betreuungskosten Fr. 184.-) über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde einstweilen nicht stattgegeben (act. 9). Der Kostenvorschuss für das vorliegende Verfahren wurde am 7. Februar 2012 geleistet (act. 19, act. 16/1).
2. 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.
3. Das Urteil der Vorinstanz wurde dem Schuldner am 17. Januar 2012 zugestellt (act. 7). Die Beschwerdefrist lief am 27. Januar 2012 ab. Mit Poststempel vom 26. Januar 2012 gingen am 30. Januar 2012 die Beschwerde (act. 1) und am 31. Januar 2012 (Poststempel 27. Januar 2012) dessen Ergänzung (act. 8) ein. In seiner Beschwerdeschrift machte der Schuldner geltend, er habe den Betrag von Fr. 2'673.75 nebst Zinsen und Betreuungskosten sowie die "entstandenen Kosten für den Barvorschuss" bezahlt. Diesbezüglich verwies er auf eine Quittungskopie (act. 1 S. 1). Unter Annexe führte er am Ende seiner Beschwerdeschrift nebst der Urteilkopie und der Liste offener Betreibungen die "Quittungskopie Nr.: ..." auf. Unter den eingereichten Beilagen befanden sich aber nur die erwähnte Kopie des Urteils (act. 2) und die Liste offener Betreibungen (act. 3/1a). Die Quittungskopie fehlte. Hingegen reichte der Beschwerdeführer zusätzlich Korrespondenzen mit di-

versen Gläubigern (act. 3/1b, 3/2-6) ein. Da der Schuldner dem Gericht keinen Zahlungsbeleg vorlegte, konnte ihm die aufschiebende Wirkung nicht gewährt werden. Am 3. Februar 2012 gab der Schuldner, der sich vorgängig telefonisch nach dem Grund der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung erkundigt hatte (vgl. act. 11a), beim Empfang des Obergerichtes kommentarlos die Quittung-Nr. ... ab (act. 12). Damit hat er die mangelhafte Eingabe im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO korrigiert.

4. Der Schuldner konnte nachweisen, dass er die Konkursforderung (inkl. Zins und Betreuungskosten), die vorinstanzlichen Kosten und die Kosten des Konkursamtes im Betrag von Fr. 6'000.- innert der Rechtsmittelfrist beim Konkursamt sichergestellt hatte (act. 12). Nebst der Erbringung des Nachweises für einen Konkurshinderungsgrund muss der Schuldner – wie vorerwähnt – auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Dies gelang ihm aber, wie aus den nachfolgenden Erwägungen ergeht, vorliegend nicht.
5. a) 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.

b) Zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sind alle Eingaben und Beilagen zu berücksichtigen, welcher der Schuldner bis zum Ablauf der Beschwerdefrist – 27. Januar 2012 – eingereicht hat. Gemäss seinen Angaben hat er offene Betreuungsforderungen im Betrag von Fr. 47'631.- (act. 3/1a). Richtiger-

weise müssten auch die Betriebsforderungen Nr. ... (Fr. 6'666.-, vgl. act. 3/1b) sowie Nr. ... (in unbekannter Höhe) dazu gerechnet werden. Diesbezüglich gibt es erst Vereinbarungsgespräche und noch keine definitiven Abzahlungsvereinbarungen. Wieviele unbezahlte Rechnungen nebst den im Betriebsregister aufgeführten vorhanden sind, ist nicht bekannt. Mit welchen finanziellen Mitteln der Schuldner diese offenen Betriebsforderungen zahlen kann, geht aus den eingelegten Urkunden nicht hervor. Er behauptete, es stehe ihm in Kürze eine grössere Geldsumme zur Verfügung (vgl. act. 1). Aus den Akten ergeben sich aber keine Hinweise. Er machte überdies geltend, er werde mit Einverständnis des Vermieters den Mietvertrag für das Geschäft an der ...strasse ... in ... per 31. Januar 2012 ausserterminlich kündigen und somit monatliche Einsparungen von Fr. 3'000.- erreichen. Deshalb könne er in den nächsten 8 bis 12 Monaten die offenen Verbindlichkeiten bezahlen (act. 8). Einen konkreten Sanierungsplan stellt dies aber – entgegen seinen Ausführungen – nicht dar. Seine für die nächsten 12 Monate in Aussicht gestellten Einsparungen (Fr. 36'000.-) vermögen jedenfalls die Betriebsforderungen nicht zu decken.

Über den Geschäftsverlauf machte der Schuldner keine Angaben. Insbesondere legte er keine Umsatzzahlen bzw. Zwischenbilanzen ein. Er wies einzig darauf hin, dass eine fast ein Jahr dauernde Baustelle vor seinem Geschäft zu erheblichen Einbussen geführt habe (act. 1). Die von ihm aufgestellte Betriebsliste zeigt aber, dass schon länger finanzielle Schwierigkeiten bestehen müssen. 14 Betriebs betreffen das Jahr 2010 und eine das Jahr 2009 (act. 3/1a). Offenbar kämpfte der Geschäftsinhaber von Anfang an – die Eintragung ins Handelsregister datiert vom 21. Februar 2008 (act. 4). – mit seinen Finanzen. Der Schuldner selbst räumte ein, dass sein Geschäft an der ...strasse ... seit mehr als zwei Jahren defizitär verlaufen sei (act. 8). Für das ihm von der C._____ am 6. Februar 2008 gewährte Darlehen von Fr. 20'000.- hat er bis heute noch keine einzige Ratenzahlung geleistet, obwohl die erste Rate von Fr. 6'666.- seit 31. Januar 2011 fällig ist (act. 3/1b). Mehrere Betriebs im Gesamtbetrag von Fr. 28'775.51 zusätzlich die Betriebs der Bürgschafts- und Darlehensgemeinschaft in un-

bekannter Höhe befinden sich im Stadium der Konkursandrohung. Es müssten demnach heute mindestens in diesem Umfang finanzielle Mittel zur Verfügung stehen. Es gibt aber überhaupt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Schuldner über irgendwelche finanzielle Mittel verfügt, um seine alten Schulden innert nützlicher Frist abbauen zu können. Die Hoffnung des Schuldners, dass mit der Beendigung der Baustelle der Geschäftsgang nun besser werde, lässt keine andere Beurteilung der Zahlungsfähigkeit zu.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass es dem Schuldner nicht gelungen ist, seine Zahlungsfähigkeit hinreichend im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen, weshalb diese gesetzliche Voraussetzung zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses hier nicht erfüllt ist. Auch aus diesem Grunde müsste die Beschwerde abgewiesen werden.

6. Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.
7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Januar 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 750.- wird dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von act. 1, 8, 11, 13, 15, an das Konkursamt D._____, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Betreibungsamt E._____ sowie - unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten - an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am: