

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-
Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 22. März 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 15. Februar 2012 (EK120025)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist im Handelsregister des Kantons Zürich als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Z._____ GmbH eingetragen (act. 4/3). Die Gesellschaft, vormals unter der Bezeichnung Z1._____ GmbH, bezweckt kurz zusammengefasst das Führen von Gastrobetrieben und den Handel mit Waren aller Art. In Verfolgung dieses Zweckes betrieb die Gesellschaft gemäss Schilderung des Schuldners an der Y._____ -Strasse ... in D._____ ein Ladenlokal (act. 4/3, act. 1 S. 3), welches sie sich mit Mietvertrag von 25./28. Februar 2009 von den Gläubigern und Beschwerdegegnern (fortan Gläubiger) vermieten liess (act. 4/5).

2. Mit Urteil vom 15. Februar 2012 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen den Konkurs über den Schuldner für eine Mietzinsforderung der Gläubiger aus dem erwähnten Mietverhältnis von Fr. 19'900.00 nebst 5 % Zins seit 1. November 2010 zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 200.00 (act. 2). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 29. Februar 2012 beantragte der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 1 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 1. März 2012 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt und wurde dem Schuldner Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8). Der Vorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 10).

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG,

Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. Unter den Begriff der Tilgung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG fällt dabei wie bereits in den Erwägungen zur Verfügung vom 1. März 2012 (act. 8) ausgeführt jeder zivilrechtlich begründete Untergang der Forderung, und damit auch der Aufhebung der Forderung durch Übereinkunft nach Art. 115 OR.

Seit dem 1. Januar 2011 ist das zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). 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 sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2. / 2.1 Der Schuldner hat in Wahrung der Beschwerdefrist beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens inkl. die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt (mit Einzahlung von Fr. 1'100.00, act. 4/14).

2.2 Was die Konkursforderung angeht, so einigten sich die Parteien am 21. Februar 2012 schriftlich auf eine Barzahlung des Schuldners im Umfang von Fr. 12'000.00, welche in zwei Teilbeträgen am 16. Februar 2012 und 21. Februar 2012 erfolgte. Darauf erklärten die Gläubiger am 21. Februar 2012, sie würden auf weitere Forderungen "gemäss Konkurseröffnung Urteil vom 15. Februar 2012" verzichten, wenn der Schuldner sämtliche Spesen und Gebühren, die im Zusammenhang mit dem Verfahren entstanden seien, bezahle (act. 4/13).

Wie erwähnt, hat der Schuldner die Kosten des Konkursverfahrens inkl. Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts beim Konkursamt sichergestellt. Damit hat er die Bedingung erfüllt, welche die Gläubiger in der (Teil-)Erlasserkklärung aufstellten (zur Zulässigkeit der Bedingung vgl. BSK OR I-Gonzenbach/Gabriel-

Tanner, 5. Auflage 2011, Art. 115 N 7). Im nach der erwähnten Teilzahlung von Fr. 12'000.00 verbleibenden Umfang ging die Forderung gemäss Konkursöffnungsurteil vom 15. Februar 2012 damit durch Erlass unter. Damit ist die Tilgung der Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten nachgewiesen.

Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* des Schuldners:

3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26).

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen 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 finanzielle Verbesserung seiner Situation zu erkennen sind oder er auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der Beteiligungsregisterauszug des Schuldners vom 15. Februar 2012 über die Periode vom 1. Januar 2010 bis 15. Februar 2012 weist vier Beteiligungen in der Totalsumme von Fr. 25'821.60 aus (act. 4/12). Die grösste Position ist die mittlerweile erledigte Beteiligung der Gläubiger über Fr. 19'900.00. Die weitere in Beteiligung gesetzte Forderung der E. _____ über Fr. 2'862.60 hat der Schuldner bereits vollständig bezahlt, was die Gläubigerin jener Forderung schriftlich bestätigte (act. 4/11). Vergleichbar verhält es sich nach der Schilderung des Schuldners ferner mit der in Beteiligung gesetzten Forderung des F. _____ über Fr. 910.10. Diesbezüglich erklärte die Gläubigerin bereits am 22. September 2011, allerdings an die Adresse eines örtlich unzuständigen Beteiligungsamtes, den Rückzug des Beteiligungs-

begehrens (act. 4/10). Die Schilderung des Schuldners, wonach auch diese Betreuung inzwischen erledigt ist, erscheint daher glaubhaft (act. 1 S. 5). Gegen die letzte verbleibende Betreuung von G._____ aus H._____ vom 8. August 2011 über Fr. 2'148.90 erhob der Schuldner Rechtsvorschlag, der bis heute nicht beseitigt wurde (act. 4/12). Dies ist zumindest ein Indiz dafür, dass die Forderung nicht ausgewiesen ist (act. 1 S. 5).

Die im Betreibungsregistrauszug verzeichneten Betreibungen gegen den Schuldner sprechen somit nicht gegen seine Zahlungsfähigkeit.

3.2 Zu seinen weiteren finanziellen Verhältnissen weist der Schuldner auf ein Bankguthaben von Fr. 2'516.99 per Ende Februar 2012 hin (act. 1 S. 5, act. 4/8). Zudem ergibt sich aus der Steuererklärung 2010 des Schuldners und seiner Ehefrau, dass ein Einkommen von Fr. 101'645.00 versteuert wurde und dass zwar per Ende 2010 kein Nettovermögen vorlag, es sich bei den verzeichneten Schulden aber ausschliesslich um Hypothekarschulden handelte und neben der Liegenschaft I._____ (recte wohl ..., vgl. die an die Steuererklärung angehefteten Hypothekenbestätigungen der Hypothekarbank) u.a. auch ein Wertschriftenvermögen von Fr. 16'194.00 angegeben wurde (act. 4/9).

3.3 Nach dem Gesagten ist nicht von einer dauerhaften Illiquidität des Schuldners auszugehen. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Konkursöffnung Folge eines bloss vorübergehenden Liquiditätsengpasses war (bzw. Folge des Umstands, dass der Schuldner nach seiner Schilderung für eine Schuld der vormaligen Z1._____ GmbH betrieben wurde, vgl. act. 1 S. 3 f., während bei ihm persönlich ansonsten kein Liquiditätsengpass vorlag; ob der Schuldner persönlich oder lediglich die GmbH für die Konkursforderung haftete, braucht nicht geprüft zu werden). Somit ist davon auszugehen, dass der Schuldner in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Seine Zahlungsfähigkeit ist danach als glaubhaft zu erachten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Schuldner innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Tilgung nachwies als auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machte. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen.

sen, und der über den Schuldner am 15. Februar 2012, 10.05 Uhr, eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

III.

1. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Der Schuldner hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem vom Schuldner bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Zahlung des Schuldners: Fr. 1'100.00, Rest des von den Gläubigern geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'500.00) den Gläubigern Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszus zahlen.

2. Den Gläubigern ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Horgen vom 15. Februar 2012, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss verrechnet. Auch die von den Gläubigern bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
3. Das Konkursamt W._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Zahlung des Schuldners: Fr. 1'100.00, Rest

des von den Gläubigern geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'500.00) den Gläubigern Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen und das Konkursamt W._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt V._____, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: