

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120065-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 7. Mai 2012

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. März 2012 (EK120046)

**Erwägungen:**

1. Am 21. März 2012 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 7). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte er die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 2. April 2012 entsprochen (act. 10).
  
2. a) 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.  
  
b) Seit dem 1. Januar 2011 ist das gegen Konkursöffnungen zu ergreifende Rechtsmittel die Beschwerde (Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 Ziff. 6 ZPO). Sie ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
  
3. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner bei der Obergerichtskasse Fr. 2'862.30 hinterlegt. In diesem Betrag ist die Konkursforderung von Fr. 1'062.30 (Betreibungsforderung Fr. 706.30 zuzüglich Zins von Fr. 50.- und Mahn- bzw. Betreuungskosten von Fr. 306.- ) und der von der Gläubigerin bei der Vorinstanz geleistete Barvorschuss (zur Deckung der erstinstanzlichen Verfahrenskosten und der Kosten des Konkursamtes) von

Fr. 1'800.- enthalten (act. 5/8 i.V.m. act. 2 S. 5-6 und act. 7 S. 2). Der Schuldner stellte ausserdem beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 5/9). Die erstinstanzlichen Kosten wurden somit vom Schuldner zweimal abgegolten, einmal durch Hinterlegung beim Obergericht und einmal durch Sicherstellung beim Konkursamt. Diese Zahlungen leistete der Schuldner innert laufender Rechtsmittelfrist. Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.- leistete der Schuldner einen Barvorschuss (act. 5/10).

4. Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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.
5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.  
  
b) Im Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 27. März 2012 wurden 34 Beteiligungen im Betrag von Fr. 31'349.50 eingeleitet (act. 5/6). Gemäss Beteiligungsregisterauszug vom 29. März 2012 hat der Schuldner inzwischen alle Beteiligungsansprüche getilgt (act. 5/7). Der Schuldner hat insbesondere auch die Beteiligungsansprüche, die durch ein Pfändungsverfahren fortzusetzen gewesen wären und nicht der Konkursverwaltung unterliegen, bezahlt.

- c) In der Bilanz per 31. Dezember 2011 wird ein Reingewinn von Fr. 31'290.30 ausgewiesen (act. 5/12). Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich somit, dass der Schuldner zahlungsfähig ist, und es sich offensichtlich nur um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten, welche u.a. auf die diversen Einbrüche zurückzuführen sind, gehandelt hat. Der Schuldner verfügt ausserdem über ein Warenlager im Betrag von Fr. 189'125.65 (Einkaufspreis) (act. 5/13), das aufgrund der aktuellen Edelmetallpreise bei Bedarf kurzfristig liquidiert werden könnte.
6. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkursurkenntnis ist aufzuheben.
  7. Die Kosten beider Instanzen hat der Schuldner zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Die Kammer vertritt die Auffassung, dass die Gebührenverordnung zum SchKG (GebVO SchKG, AS 2010 3053) seit dem 1. Januar 2011 insoweit keine gesetzliche Grundlage mehr hat, als sie in ihrem 4. Kapitel (Art. 48 ff.) Gerichtsgebühren (nämlich für die im summarischen Verfahren zu führenden gerichtlichen Angelegenheiten) festsetzt. Entscheide über Konkursöffnungen sind gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (im Sinne von Art. 1 lit. c ZPO), weshalb diese Verfahren von der ZPO geregelt werden und die Tarife der kantonalen Gebühren, im Kanton Zürich jene der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebVO OG, LS 211.11), zur Anwendung gelangen (Art. 96 ZPO). Es ist deshalb nachfolgend nicht eine "Spruchgebühr" (im Sinne von Art. 48 GebVO SchKG), sondern eine Gerichtsgebühr im Sinne der GebVO OG festzusetzen (vgl. dazu [www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-neue-zpo.html): Kosten gerichtlicher Schk-Sachen).

In Anwendung dieser obergerichtlichen Gebührenverordnung ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 750.- anzusetzen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. März 2012, 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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'862.30 (Betreibungsforderung Fr. 706.30, Zins Fr. 50.-, Mahn- bzw. Betreuungskosten Fr. 306.-, vorinstanzliche Gerichtsgebühr Fr. 300.-, Rest Barvorschuss Fr. 1'500.-) an die Gläubigerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird unter Hinweis, dass die vorinstanzliche Gerichtsgebühr (Fr. 300.-) der Gläubigerin bereits ersetzt worden ist, angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.- (Fr. 1'000.- Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) dem Schuldner den nach Abzug der Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic.iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: