

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120097-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 8. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 8. Mai 2012 (EK120057)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach eröffnete mit Urteil vom 8. Mai 2012 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 24. März 2012 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung der Konkursforderung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 25. Mai 2012 entsprochen (act. 9). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 11).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Kumulativ zu einem der Konkurshinderungsgründe hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zumachen. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. 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 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 und ZR 110/2011 Nr. 5). Entsprechend und der Systematik folgend hat das Gericht, welches das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 57 ZPO), im Rahmen der Prüfung der Aufhebungsgründe aber vorab zu klären, ob Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens vorliegen (KUKO SchKG-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 174 N 7).

3. Die Beschwerdeführerin weist vorweg darauf hin, dass das Konkursverfahren erst gar nicht hätte eingeleitet und mithin der Konkurs nicht hätte eröffnet werden dürfen (act. 2 S. 3 f.). Dies mit der Begründung, sie habe den Betrieb ihrer im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma schon vor der Konkursöffnung

nung aufgegeben gehabt und lediglich die Löschungsanmeldung beim Handelsregister versäumt. Dies habe sie am 23. Mai 2012 nachgeholt. In ihrem Fall sei die Anmeldung beim Handelsregister aber ohnehin bloss deklaratorischer Natur und damit nicht rechtsbegründend. Massgeblich sei nur das Datum der effektiven Geschäftsaufgabe im März 2012.

4.1 Damit verkennt die Beschwerdeführerin indes die Rechtslage. Im Rahmen von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, wonach eine als Inhaberin einer Einzel-firma im Handelsregister eingetragene Person der ordentlichen Konkursbetrei-bung unterliegt, ist alleine der Handelsregistereintrag *im Zeitpunkt der Einrei-chung des Fortsetzungsbegehrens* massgebend – unabhängig davon, ob er rechtsgültig ist oder nicht, und somit auch, ob er im konkreten Fall konstitutiven oder deklaratorischen Charakter hat, und ob er zu Recht besteht (BSK SchKG I-ACOCCELLA, 2. Aufl. 2010, Art. 39 N 7 und N 11; KUKO SchKG-JENT-SØRENSEN, Art. 39 N 1). Irrelevant ist damit, ob ein Geschäftsbetrieb tatsächlich besteht oder nicht. Ist eine Person im Zeitpunkt der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens im Handelsregister eingetragen, so wird die Betreuung auf dem Weg der ordentli-chen Konkursbetreuung weitergeführt. Auch eine nachträgliche Löschung ändert am Fortgang der Konkursbetreuung nichts (vgl. BSK SchKG I-ACOCCELLA, 2. Aufl. 2010, Art. 39 N 11). Darüber hinaus ist klarzustellen, dass der Handelsregisterein-trag bei nicht juristischen Personen gar über eine Streichung hinaus Wirkungen entfaltet: Personen, die im Sinne von Art. 39 Abs. 1 SchKG im Handelsregister eingetragen waren, unterliegen auch nach der Streichung weitere sechs Monate der Konkursbetreuung (Art. 40 Abs. 1 SchKG).

4.2 Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, meldete sie die Löschung am 23. Mai 2012 beim Handelsregisteramt an. Sie war demnach im massgebli-chen Zeitpunkt der Einreichung des Fortsetzungsbegehrens (die unverzüglich nachher zu erlassende Konkursandrohung datiert vom 5. Oktober 2011; Art. 159 SchKG; act. 8/3) im Handelsregister eingetragen, weshalb sie nach dem Gesagten – unabhängig einer allfälligen Geschäftsaufgabe – der Konkursbetrei-bung unterliegt und das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Es bleibt im Folgenden der von der Beschwerdeführerin eventualiter geltend ge-

machte Konkursaufhebungsgrund der Tilgung und ihre Zahlungsfähigkeit (act. 2 S. 4 f.) zu prüfen.

5. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer einen Buchungsbeleg vorgelegt, aus dem ersichtlich ist, dass sie der Beschwerdegegnerin am 24. Mai 2012 einen Betrag von Fr. 1'118.05 überwiesen hat (act. 5/3). Ferner hat sie eine Quittung des Konkursamtes C._____ vom 24. Mai 2012 eingereicht, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'100.-- geleistet hat (act. 5/5). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

6. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat ein Schuldner wie ausgeführt zudem seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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 Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Zu beurteilen ist im Falle, dass eine Privatperson der Konkursbetreibung unterliegt, die gesamte, sowohl geschäftliche als auch private finanzielle Situation (vgl. KUKO SchKG-JENT-SØRENSEN, Art. 39 N 1), wie die Beschwerdeführerin auch selber zutreffend ausführt (act. 2 S. 2).

7.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt zunächst das Betreibungsregister. Allerdings reichte die Beschwerdeführerin keinen Betreibungsregisterauszug ein. Aus diesem Grund ist eine verlässliche Beurteilung ihrer Schuldensituation von vornherein erschwert. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde lediglich an, es bestünden keine weiteren Beteiligungen und verweist hierfür unter Beilage des

Protokolls auf ihre konkursamtliche Einvernahme vom 16. Mai 2012 (act. 2 S. 4 und act. 5/7).

7.2 Dem eingereichten Einvernahmeprotokoll ist zu den Passiven der Beschwerdeführerin zu entnehmen, dass nebst einer grundpfandgesicherten Forderung in Höhe von Fr. 1'442'000.--, lastend auf der Liegenschaft D._____ in E._____ (GB Nr. ...), ungesicherte Forderungen von "ungefähr" 12 Gläubigern in Gesamthöhe von rund Fr. 30'000.-- bestehen (act. 5/7 S. 13). Dabei handelt es sich im Umfang von Fr. 8'903.80 um Forderungen aus Arbeitsvertrag von zwei ehemaligen Angestellten (act. 5/7 S. 8). Im Einvernahmeprotokoll wird für diese Forderungen auf einen Betreibungsregisterauszug verwiesen (act. 5/7 S. 8), weshalb anzunehmen ist, dass diese Forderungen – entgegen den hier gemachten Angaben der Beschwerdeführerin – ebenfalls in Betreibung gesetzt sind. Aus ihren Ausführungen zum Grund des Konkursausbruches geht zudem nicht klar hervor, ob gegen sie ein Verlustschein besteht oder ob sie einen solchen gegenüber einem ehemaligen Untermieter hat. Jedenfalls aber ist anzunehmen, dass sie aus diesem Miet-/Untermietvertrag (wohl gegenüber dem Vermieter) für eine weitere Summe von Fr. 26'000.-- haftet (act. 5/7 S. 9). Das ist bei den Aufstellungen der Passiven nicht erwähnt, was die ganzen Vorbringen in ein wenig überzeugendes Licht stellt. Weitere Angaben zu den Schulden, namentlich um was für Forderungen es sich handelt und wer die Gläubiger sind, macht die Beschwerdeführerin keine. Sie weist einzig darauf hin, dass der Geschäftsbetrieb ihres Einzelunternehmens eingestellt sei, weshalb daraus keine Schulden mehr erwachsen würden (act. 2 S. 4). Das steht zumindest insoweit im Widerspruch zum eingereichten Einvernahmeprotokoll als dort ersichtlich ist, dass derzeit für die Geschäftslokalität noch immer ein (allerdings per 30. Juni 2012 gekündigtes) Mietverhältnis mit einem monatlichen Mietzins von Fr. 1'925.-- besteht (act. 5/7 S. 9). Ferner weisen die Konti nach Angaben der Beschwerdeführerin einen negativen Saldo aus (act. 5/7 S. 12), wobei nicht angegeben wird, wie hoch dieser ist und auch nicht klar ist, ob sie diese Negativsaldi in den erwähnten rund Fr. 30'000.-- schulden einrechnet, oder ob das noch hinzukommt. Zusammengefasst ist hier also von Schulden der Beschwerdeführerin in Höhe von mindestens rund Fr. 56'000.--

auszugehen. Ob und in welchem Umfang diese in Betreuung gesetzt sind, und ob ein oder gar mehrere Verlustscheine bestehen, ist unklar.

7.3 In Bezug auf ihre Aktiven gibt die Beschwerdeführerin an, sie werde von ihrem Lebenspartner und Vater ihres Kindes mit einer monatlichen Rente im Umfang von Fr. 2'350.-- unterstützt (act. 2 S. 3). Das belegt sie indes nicht. Zudem führt sie aus, sie sei hälftige Miteigentümerin der obgenannten Liegenschaft in E._____, deren Verkehrswert sich auf Fr. 1'785'000.-- belaufe. Abzüglich der Hypothek in Höhe von Fr. 1'442'000.-- resultiere ein Vermögensüberschuss von Fr. 343'000.--, an welchem sie hälftig (Fr. 171'500.--) beteiligt sei (act. 2 S. 4 f.). Diese Angaben zur Liegenschaft decken sich mit dem eingereichten Kaufvertrag vom 15. Oktober 2007 (act. 5/8), der Verkehrswertschätzung vom 29. März 2009 (act. 5/9) und ihren diesbezüglichen Angaben anlässlich der konkursamtlichen Einvernahme vom 16. Mai 2012 (act. 5/7 S. 10 f.). Insofern wurde zwar glaubhaft dargetan, dass sie über ein geschätztes Vermögen von Fr. 171'500.-- verfügt, mit welchem die hier ersichtlichen Schulden gedeckt werden könnten. Dieses Vermögen ist allerdings gebunden und steht der Beschwerdeführerin zur Schuldentilgung nicht unmittelbar zur Verfügung. Hierfür müsste sie die Liegenschaft, die ihr derzeit als Wohnhaus dient, bzw. ihren Anteil zuerst verkaufen und dabei auch den geschätzten Wert tatsächlich generieren können.

7.4 Dem Einvernahmeprotokoll ist ferner zu entnehmen, dass ein Mietzinsdepot der Geschäftslokalität von rund Fr. 8'000.-- vorhanden ist (act. 5/7 S. 9). Auch dieses Geld ist aber nicht sofort erhältlich. Das Mietverhältnis ist erst per 30. Juni 2012 gekündigt (act. 5/7 S. 9) und es kann nicht damit gerechnet werden, dass es auch in dieser Höhe zur Verfügung stehen wird. Andere Hinweise zu möglichen Vermögenswerten bestehen nicht (im Gegenteil sind wie gesehen die Bankbeziehungen im Minus).

8. Insgesamt besteht damit eine nur lückenhafte Übersicht über die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin. Es fehlt generell an Unterlagen, die der Ermittlung der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin dienen könnten, wie der Betreibungsregisterauszug, die Steuererklärung, Unterlagen zur Einzelfirma – zumal sie bis zum November 2011 eine Buchhaltung führte (act. 5/7

S. 8) –, Kontoauszüge und eine Aufstellung der Fixkosten. Insbesondere wurden keine Einnahmen oder liquide Vermögenswerte glaubhaft gemacht und es kann mit den genannten Angaben nicht erschlossen werden, ob und womit die Beschwerdeführerin die laufenden Verpflichtungen decken und allenfalls auch die bestehenden Schulden in Höhe von Fr. 56'000.-- tilgen könnte. Vor diesem Hintergrund erscheint nicht hinreichend glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG ist. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Weil der Beschwerde mit Verfügung vom 25. Mai 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über die Beschwerdeführerin neu zu eröffnen.

9. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Beschwerdeführerin wird per **8. Juni 2012, 15.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach und das Konkursamt C._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt E._____, und an Grundbuchamt 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. K. Wili

versandt am: