

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

## **Beschluss und Urteil vom 6. Februar 2013**

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. Januar 2013 (EK120315)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Am 9. Januar 2013 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen auf Begehren der Gläubigerin vom 31. Oktober 2012 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über den Schuldner (act. 3 und 6). Dieser erhob dagegen beim Obergericht mit Eingabe vom 24. Januar 2013 rechtzeitig Beschwerde (act. 2; vgl. act. 15/1). Er beantragt sinngemäss, die Konkursöffnung aufzuheben. Im Wesentlichen macht er geltend, die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung getilgt zu haben und zahlungsfähig zu sein.

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Präsidialverfügung vom 25. Januar 2013 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden vom Schuldner mit Posteingahlung vom 24. Januar 2013 bei der Obergerichtskasse bevorschusst (act. 2 S. 2, act. 4/4).

### **II.**

Die Rechtsmittelinstanz kann eine Konkursöffnung unter anderem dann aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen (seit der Konkursöffnung) die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt wurde, der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden des Gläubigers hinterlegt wurde oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen und einen der drei Konkurshinderungsgründe mit Urkunden nachzuweisen hat (vgl. ZR 110/2011 Nr. 5 zur Praxis unter der neuen ZPO).

### III.

Der Schuldner belegt mit einer Quittung, dass er bei der Post am 24. Januar 2013 für die Gläubigerin den Betrag von Fr. 2'797.– eingezahlt hat (act. 4/2; vgl. act. 10). Dieser Betrag entspricht der von der Gläubigerin in Betreuung gesetzten Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten. Weiter hat der Schuldner dem Konkursamt C.\_\_\_\_\_ einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– geleistet. Zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'800.– ist dieser Betrag bei Gutheissung der Beschwerde hinreichend, um die konkursamtlichen Kosten zu decken und der Gläubigerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten (act. 4/3, Prot. II S. 2). Die erste Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners.

### IV.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat 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 Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

Der Schuldner ist seit Februar 2009 als Gesellschafter der seit Ende 1992 im Handelsregister eingetragenen Kollektivgesellschaft "D.\_\_\_\_\_" mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ registriert. Deren Zweck ist die Führung einer ... und das Erstellen ... (act. 7/5). Gemäss Vermerk auf dem Jahresabschluss 2011 beträgt der Gewinnanteil des Schuldners 30 % (act. 4/8 S. 1).

In der nicht unterzeichneten Steuererklärung 2011 vom 17. September 2012 / 23. Januar 2013 weist der Schuldner Einkünfte von Fr. 80'222.– aus, davon Fr. 76'203.– aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Sein steuerbares Vermögen deklarierte er mit Fr. 30'025.–, Fr. 30'530.– Betriebsvermögen eingeschlossen (act. 4/7). Er behauptet, dass die Auftragsbücher der Gesellschaft voll seien, womit gewährleistet sei, dass er mit seinen Einkünften für alle laufenden Verpflichtungen und die Kosten seines Lebensunterhaltes aufkommen könne (act. 2 S. 2).

Der vom Schuldner eingereichte Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes E. \_\_\_\_\_ über die Periode von Januar 2011 bis 23. Januar 2013 (act. 4/5) weist 19 Betreibungsverfahren aus. 8 davon mit Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 6'866.60 sind infolge Zahlung an das Betreibungsamt erledigt. 2 mit Betreibungsforderungen von Fr. 5'272.25 sind erloschen. Nach Abzug jenes Verfahrens, das zur Konkursöffnung geführt hat, bleiben 8 Verfahren mit Forderungen von insgesamt Fr. 27'479.35 (ohne Zinsen und Kosten), die noch zu keiner Befriedigung der Gläubiger geführt haben. Offene Verlustscheine sind laut Auszug nicht vorhanden.

Wie der Schuldner mit einer Quittung des Konkursamtes C. \_\_\_\_\_ belegt, hat er diesem am 24. Januar 2013 "für die Tilgung der offenen Forderungen gem. Betreibungsauszug vom 15.01.2013 nach Gutheissung der Beschwerde" Fr. 35'000.– übergeben (act. 4/6). Er macht geltend, dass damit sämtliche offenen Forderungen gemäss aktuellem Betreibungsregisterauszug in der Höhe von Fr. 35'251.85 – "mit erloschenen" – bezahlt werden könnten (act. 2 S. 2).

War der Schuldner in der Lage, dem Konkursamt zur Schuldtilgung Fr. 35'000.– zu übergeben, lässt dies, selbst wenn die Mittel von Dritten stammen mögen, seine Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 SchKG als glaubhaft erscheinen.

## V.

1. Zusammenfassend erweisen sich die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses als erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das erstinstanzliche Konkurserkennntnis aufzuheben.

1. Der Schuldner beantragt sinngemäss, den Konkursverwalter anzuweisen, die offenen Forderungen gemäss aktuellem Betreibungsregisterauszug aus dem von ihm geleisteten Depot von Fr. 35'000.– zu tilgen bzw. die Kontrolle der richtigen Verwendung des Bardepots zu übernehmen (act. 2 S. 2). Eine solche Anweisung fällt nicht in die Kompetenz des Konkursverwalters. Auf den Antrag ist deshalb nicht einzutreten. Mit Aufhebung des Konkurses hat das Konkursamt mit dem Schuldner nichts mehr zu tun. Dieser kann aber das Konkursamt ersuchen, die Fr. 35'000.– dem Betreibungsamt zu überweisen, damit es damit die offenen Forderungen bedient und einen Rest dem Schuldner zurückgibt.

2. Die Kosten beider Instanzen sind trotz Gutheissung der Beschwerde dem Schuldner aufzuerlegen, weil er das Verfahren durch seine Zahlungssäumnis veranlasst hat.

**Es wird beschlossen:**

1. Auf den Antrag des Schuldners, dem Konkursverwalter eine Anweisung zur Verwendung des beim Konkursamt geleisteten Depots von Fr. 35'000.– zu erteilen, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Vorinstanz und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ zusammen mit dem nachstehenden Erkenntnis.
3. Rechtsmittelbelehrung gemäss nachstehendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. Januar 2013, mit dem über den Schuldner der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss ver-

rechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidungsgebühr von Fr. 500.– wird dem Schuldner auferlegt.

5. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, aus dem vom Schuldner geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– und dem vom Konkursgericht überwiesenen Teil 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.
7. 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. M. Isler

versandt am: