

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130139-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 2. September 2013

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch C.____ SARL,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 7. August 2013 (EK131070)

Erwägungen:

1. Am 7. August 2013 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt der Schuldner die Aufhebung des Konkurses und stellt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 3). Letztere wurde ihm mit Verfügung der Kammerpräsidentin vom 22. August 2013 gewährt (act. 9). Mit Einzahlung vom 24. August 2013 leistete der Schuldner fristgerecht den eingeforderten Kostenvorschuss von Fr. 750.– (act. 11).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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.

3. Einen Konkurs hinderungsgrund, der innert laufender Beschwerdefrist eingetreten ist, hat der Schuldner mit Einreichen der Abzahlungsvereinbarung vom 16. August 2013 und dem darin enthaltenen Verzicht des Gläubigers auf Durchführung des Konkurses (vgl. act. 5/11 Ziff. 8) nachgewiesen (act.5/11). Beim Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG muss – anders als bei den Konkurs hinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG – weder die Tilgung noch die Hinterlegung der Kosten im Sinne der vorinstanzlichen Entscheidgebühr und der Kosten des Betreibungs- bzw. Konkursamts innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist erfolgen (vgl. OG ZH PS110125 vom 28. Juli 2011).

4.1 Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurs hinderungsgrundes 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.

4.2 In der Regel wird für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit vom Betreibungsregisterauszug ausgegangen. Der Schuldner legte hier keinen vor. Aus der Beschwerdeschrift geht indes hervor, dass gegen ihn mindestens drei Beteiligungen angehoben worden sind. So wurde er gemäss eigenen Angaben im Jahr 2011 durch die D. _____ AG betrieben, nachdem er seinen Abzahlungsverpflichtungen für einen gewährten Kredit nicht mehr nachgekommen sei (act. 2 S. 6). Weiter habe im Juni 2012 das Autospritzwerk E. _____ GmbH ... für eine Forderung von Fr. 66'415.75 gegen ihn eine Beteiligung angehoben. Ferner sei er im Januar 2013 vom Steueramt der Stadt ... für ausstehende Steuern im Betrag von Fr. 4'388.50 betrieben worden (act. 2 S. 6). Über weitere, offene oder bereits erledigte Beteiligungen äussert sich der Schuldner nicht (vgl. act. 2).

Die offene Kreditsumme bei der D. _____ belief sich per 31. Dezember 2012 auf Fr. 61'641.50 (vgl. act. 5/20). Der Schuldner bezahlt Rückzahlungsraten in der Höhe von monatlich Fr. 700.– (act. 5/21 u. 22). Somit beläuft sich die Kreditschuld derzeit noch auf mind. Fr. 56'000.– (Fr. 61'641.50 ./ 8 Raten à Fr. 700.–). Am 2. Juli 2013 schloss der Schuldner mit der E. _____ GmbH ... eine Abzahlungsvereinbarung über die ausstehende Summe von Fr. 66'000.– (vgl. act. 5/23). Darin wurde dem Schuldner der Betrag von Fr. 6'000.– erlassen und für die Restsumme von Fr. 60'000.– eine Ratenzahlung von monatlich Fr. 1'000.– vereinbart (act. 5/23). Die Steuerschulden sind gemäss Abschlussrechnung des Steueramts der Stadt ... mittlerweile beglichen (act. 5/24 u. 25). Schliesslich besteht noch die Abzahlungsvereinbarung für die Konkursforderung, worin sich der Schuldner verpflichtet hat, am 16. August 2013 Fr. 5'000.– in bar, ab 1. Oktober 2013 bis 1. Mai 2014 monatliche Raten von je Fr. 800.– und ab 1. Juni

2014 solche von Fr. 1'000.– zu bezahlen, bis die Schuld von Fr. 45'000.– zuzüglich Zins getilgt ist (act. 5/11).

Neben den in Betreuung gesetzten Forderungen besteht eine weitere Abzahlungsvereinbarung mit der F. _____ AG über eine 2-Säulenhebebühne. Die Raten belaufen sich auf monatlich Fr. 218.– und sind noch bis Mai 2014 abzuzahlen (act. 5/16). Aus den offenen Forderungen resultieren demnach zu leistende Abzahlungsraten von monatlich Fr. 2'718.– (Fr. 700.– + Fr. 1'000.– + Fr. 800.– + Fr. 218.–). Bei Schulden von rund Fr. 160'000.– gemäss Darstellung des Schuldners und monatlichen Ratenleistungen von etwas mehr als Fr. 2'700.– pro Monat ist eine vollständige Tilgung in frühestens viereinhalb Jahren zu erwarten.

4.3 Der Schuldner reichte weder eine (Zwischen-) Bilanz noch eine vollständige Erfolgsrechnung zu den Akten. Angaben über bestehende Debitoren oder Kreditoren sind nicht bekannt. Es liegen einzig zwei Kontoblätter im Recht, woraus die diesjährigen Einnahmen bis zum 6. August 2013 über die Kasse resp. über das Bankkonto ersichtlich sind (act. 5/17 u. 18). Bankauszüge mit den aktuellen Kontoständen wurden keine eingereicht. Ferner sind auch keine Zahlen zu den laufenden Betriebsaufwänden für das Personal (Schuldner), Material, Versicherungen etc. bekannt. Nur die Höhe der Mietkosten für die Garage im Betrag von Fr. 2'326.– ist aktenkundig (act. 5/19).

4.4 Der Schuldner macht im Wesentlichen geltend, er komme seinen Verpflichtungen aus dem Betrieb seiner Garage regelmässig nach und aufgrund der mit den Gläubigern getroffenen Vereinbarungen sei es realistisch, dass er die Ratenzahlungen für seine Schulden auch in Zukunft leisten könne. Damit habe er seine Zahlungsfähigkeit nachgewiesen (act. 2 S. 6).

4.5 Gemäss den eingereichten Kontoblättern erzielte der Schuldner in diesem Jahr (bis 6. August 2013) einen Umsatz von rund Fr. 84'000.– (act. 5/17 u. 18). Das ergibt monatliche Einnahmen von durchschnittlich Fr. 12'000.–. Davon sind die aktenkundigen Kosten von Fr. 5'044.– (Ratenzahlungen und Miete) abzuziehen, was einen verbleibenden Umsatz von rund Fr. 7'000.– ergibt. Von

diesem Betrag wäre ein Lohn für den Schuldner von brutto Fr. 3'500.– (geschätzt) zu zahlen. Der Schuldner selbst gibt an, die Kosten des Haushaltes würden zum überwiegenden Teil aus dem Einkommen der Lebenspartnerin bestritten (act. 2 S. 3). Selbst wenn er damit geltend machen möchte, dass seine Lebenspartnerin für den Unterhalt der dreiköpfigen Familie mit Kleinkind aufkommt, ist nicht klar, von welchen finanziellen Mitteln die Familie lebt. Eine Erklärung der Lebenspartnerin, sie sie bereit, die Lebenshaltungskosten für die ganze Familie zu übernehmen, liegt sodann nicht vor. Die Lebenspartnerin wäre aber ohnehin – im Gegensatz zu einem Ehegatten – in keiner Weise beistandspflichtig, weshalb ihre Einkommensstärke, welche ebenfalls nicht belegt ist, für die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Einzelunternehmung des Schuldners nicht zu berücksichtigen ist.

Vom restlichen Umsatz in der Höhe von (maximal) Fr. 3'500.– wären, wie bereits erwähnt, die Kosten für den Materialaufwand etc. abzuziehen. Ob nach Abzug all dieser Kosten überhaupt ein Gewinn resultiert, ist nicht ersichtlich. Weiter kommt hinzu, dass über die Vermögenslage des Schuldners selbst nichts bekannt ist. Er reichte weder aktuelle Bankkontoauszüge ein, noch lassen sich aus der Beschwerdeschrift Hinweise auf allfällig kurzfristig abrufbare Guthaben / Vermögenswerte entnehmen. Die zahlreich abgeschlossenen Abzahlungsvereinbarungen lassen vielmehr vermuten, dass (praktisch) keine liquiden Mittel vorhanden sind, um die laufenden Ausgaben zu begleichen. Zudem fällt massgeblich ins Gewicht, dass kein Betreibungsregisterauszug vorliegt, woraus die Zahlungsgewohnheiten des Schuldners ersichtlich sind. In der Beschwerdeschrift sind nur die in Betreuung gesetzten Forderungen erwähnt, welche mittlerweile entweder beglichen oder worüber Abzahlungsvereinbarungen geschlossen worden sind. Es wäre jedoch am Schuldner gelegen, den Betreibungsregisterauszug als Beweismittel vorzulegen. Der Schuldner muss namentlich nachweisen, dass gegen ihn kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkurs- oder in einer Wechselbetreibung hängig ist und dass keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen (BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3 m.w.H.).

Nach dem Gesagten hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen können. Der Schuldner vermochte nicht dazutun, dass er sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass befindet. Im Gegenteil: Alleine die Tilgung der von ihm selbstzugestandenen aktuellen Schulden wird mehr als vier Jahre in Anspruch nehmen. Eine Zwischenbilanz, welche die betriebliche Vermögenslage ausweist, fehlt. Es sind ein Grossteil der Betriebskosten unbekannt geblieben. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

4.6 Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht 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.

5.1 Ausgangsgemäss sind die Spruchgebühren beider Instanzen dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). Dem Gläubiger ist mangels Umtrieben im Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

5.2 Da der Schuldner mit dem Gläubiger einen Abzahlungsvertrag geschlossen hat, wurde der zum Konkurs führende Forderungsbetrag weder beim Konkursamt noch bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Folglich sind diesbezüglich keine Anweisungen zu erteilen. Für die Behandlung des überwiesenen Kostenvorschusses (Fr. 1'400.– seitens der Gläubigerin) ist das Konkursamt im Rahmen der Durchführung des Vollzugs zuständig.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über den Schuldner wird mit Wirkung ab **2. September 2013, 11.50 Uhr**, der Konkurs neu eröffnet.
2. Das Konkursamt G._____ wird mit dem Vollzug beauftragt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird dem Schuldner auferlegt.
4. Dem Gläubiger wird für das Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt G._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt H._____, 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. M. Weibel

versandt am: