

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120161-O/U

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

Urteil vom 25. September 2012

in Sachen

A._____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B.____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.____ AG, Inkasso

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. September 2012 (EK121264)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 4. September 2012 über den Beschwerdeführer den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 12. September 2012 beantragte der Beschwerdeführer rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 14. September 2012 entsprochen (act. 9). Gleichzeitig mit der Beschwerdeerhebung leistete der Beschwerdeführer zudem den vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 5/4).

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).

3. Der Beschwerdeführer hinterlegte am 11. September 2012 und damit innerhalb der zehntägigen Beschwerdefrist beim Obergericht einen Betrag in Höhe von Fr. 1'480.25 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin. Die Konkursforderung (Fr. 1'179.95) beträgt samt Zins bis zum 4. September 2012 (Fr. 39.30) und Kosten (Fr. 261.--) Fr. 1'480.25 und ist durch den hinterlegten Betrag gedeckt. Ferner bezahlte der Beschwerdeführer beim Konkursamt C._____ am 7. September 2012 einen Betrag in Höhe von Fr. 1'500.-- zur Deckung der Kosten des Kon-

kursantes und des Konkursgerichtes (act. 5/5). Damit liegt der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor.

4. Um die Aufhebung der Konkursöffnung 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.

5.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes D._____ vom 11. September 2012 weist für die Zeit vom 1. Mai 2011 bis zum 11. September 2012 44 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 52'123.80 aus, wovon eine Beteiligung im Betrag von Fr. 1'158.85 durch volle Befriedigung nach Verwertung und sechs Beteiligungen im Betrag von Fr. 3'329.15 durch Zahlung erledigt wurden. Abzüglich der Konkursforderung (Fr. 1'279.95) bestehen gemäss diesem Betreibungsregisterauszug derzeit somit noch 36 offene Beteiligungen in der Höhe von Fr. 46'355.85. Verlustscheine bestehen keine. Bei den offenen Beteiligungen handelt es sich um Forderungen von diversen Gläubigern, wobei in 11 Beteiligungen (Gesamthöhe Fr. 12'720.20) der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, in einer Beteiligung (Fr. 1'029.60) Rechtsvorschlag erhoben wurde, in 3 Beteiligungen (Gesamthöhe Fr. 5'310.25) das Fortsetzungsbegehren gestellt wurde, in 7 Beteiligungen (Gesamthöhe Fr. 11'353.25) die Konkursandrohung zugestellt wurde und in 14 Beteiligungen (Gesamthöhe Fr. 15'942.55) bereits eine Einkommenspfändung läuft.

5.2 Zu den offenen Forderungen führt der Beschwerdeführer einzig aus, dass bis auf diejenige der E._____ SA über Fr. 1'029.60 (Nr. 174'673) alle Forde-

rungen anerkannt seien. Weitere Forderungen würden nicht bestehen (act. 2 S. 5). Ob die nicht anerkannte Forderung tatsächlich besteht oder nicht, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Ohnehin hat der Beschwerdeführer in der entsprechenden Betreuung aber Rechtsvorschlag erhoben, weshalb keine unmittelbare Durchsetzung droht. Sie kann daher unberücksichtigt bleiben, aber auch deshalb, weil sie angesichts des im Verhältnis zur Gesamtschuld geringen Betrages am Ergebnis nichts zu ändern vermöchte.

5.3 Im Weiteren ist aus den Akten nicht ersichtlich, ob und in welchem Umfang die 14 Forderungen, in deren Betreuung eine Einkommenspfändung läuft, bereits bezahlt sind. Der Beschwerdeführer führt auch nicht aus, seit wann eine Einkommenspfändung läuft, und in welchem Umfang sein Einkommen gepfändet wird. Im Gegenteil, er selber rechnet die darauf entfallende Summe in vollem Umfang an die offenen Schulden an. Aus diesem Grund ist hier davon auszugehen, der Betrag sei noch in vollem Umfang (Fr. 15'942.55) geschuldet. Selbst wenn dem nicht so wäre, vermöchte dies – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – aber am Ergebnis ebenfalls nichts zu ändern.

5.4 Insgesamt bestehen damit gegen den Beschwerdeführer offene in Betreuung gesetzte, unmittelbar durchsetzbare Forderungen im Umfang von Fr. 45'326.25.

6.1 Diesen Forderungen steht gemäss Aussagen des Beschwerdeführers ein monatlicher Gewinn von Fr. 2'100.-- bis Fr. 10'400.-- gegenüber. Der Beschwerdeführer macht Nettoeinnahmen von Fr. 16'092.-- im April 2012, von Fr. 20'859.-- im Mai 2012, von Fr. 16'916.-- im Juni 2012, von Fr. 24'800.-- im Juli 2012 und von Fr. 17'900.-- im August 2012 geltend. Die monatlichen Fixkosten würden sich im Weiteren aus Lohnzahlungen in Höhe von Fr. 5'900.--, Miete in Höhe von Fr. 5'513.-- und weiteren Fr. 2'500.-- bis Fr. 3'000.-- für Coiffeur-Produkte, Telefonanschluss und Versicherungen zusammensetzen (act. 2 S. 5).

6.2 Als Belege reichte der Beschwerdeführer lediglich die Umsatzangaben von den Monaten April, Mai und Juni 2012 ein (act. 5/7-9). Der durchschnittliche Umsatz betrug in diesen Monaten Fr. 17'955.65. Aktuellere Belege konnten nicht

eingereicht werden. Allerdings erscheint es glaubhaft, dass sich die aktuellen Umsätze in der ähnlichen Höhe wie die belegten bewegen, weil das Coiffeurgeschäft bekanntermassen nicht von einer saisonalen Schwankung abhängt und im Besonderen von einer Stammkundschaft lebt. Es ist daher auch gegenwärtig von einem Umsatz in Höhe von rund Fr. 18'000.-- auszugehen. Die monatlichen Ausgaben in Höhe von rund Fr. 14'000.-- bis Fr. 14'500.-- wurden zwar ebenfalls nicht belegt, sie liegen aber im zu erwartenden Bereich und erscheinen daher ebenfalls glaubhaft. Damit resultiert monatlich ein Gewinn zwischen rund Fr. 3'500.-- und Fr. 4'000.--. Zu beachten ist aber, dass in diesen Zahlen der eigene Lohn oder der private Bedarf des Beschwerdeführers noch nicht berücksichtigt ist. Wie hoch das auf ihn entfallende Einkommen und sein Bedarf ist, führt der Beschwerdeführer nicht aus.

6.3 Dem aktuell geltenden Gesamtarbeitsvertrag für das schweizerische Coiffeurgewerbe kann entnommen werden, dass der Basislohn für einen ausgerichteten Coiffeur mindestens Fr. 3'400.-- zu betragen hat. Der Beschwerdeführer bildet zudem selber Lehrlinge aus und verfügt dementsprechend über einen Fachausweis. Damit hat er Anspruch auf einen Zuschlag von mindestens Fr. 300.--. Der gesetzliche Mindestlohn des Beschwerdeführers beträgt somit monatlich Fr. 3'700.--. Dieser Betrag entspricht ungefähr dem aus dem Coiffeurgeschäft resultierenden Gewinn. Massgebend ist aber vielmehr, wie hoch der notwendige Bedarf des Beschwerdeführers ist, da der Überschuss für die Schuldentilgung verwendet werden kann. Die Lebenshaltungskosten des Beschwerdeführers sind erfahrungsgemäss auf wenigstens Fr. 3'000.-- monatlich zu schätzen. Es bleiben damit aus dem Geschäftsbetrieb bestenfalls zwischen Fr. 500.-- und Fr. 1'000.-- übrig (die vom Betreibungsamt gepfändet sein dürften). Selbst wenn von einem Betrag von Fr. 1'000.-- auszugehen wäre, so würde der Beschwerdeführer über zwei Jahre brauchen, um die in Betreuung gesetzten Schulden – ob die gesamten Fr. 45'326.25 oder ein bereits um (höchstens) Fr. 15'942.55 reduzierter Betrag – zu bezahlen. Der Beschwerdeführer ist also nicht in der Lage, den doch namhaften Schuldenbetrag innert einer nützlichen Frist abzutragen. Dass weitere flüssige Mittel vorhanden wären, die zur Schuldentilgung herangezogen werden könnten, macht der Beschwerdeführer zudem nicht geltend.

6.4 Der Beschwerdeführer führt aber aus, dass in seinem Umfeld vier Personen bereit wären, ihm für den Fall der Aufhebung des Konkursverfahrens Darlehen zu gewähren, die er zur Schuldentilgung verwenden könnte (act. 2 S. 5 f.). Es handelt sich dabei um zinslose Darlehen von F. _____ über Fr. 20'000.-- (act. 5/11), von G. _____ und H. _____ über Fr. 20'000.-- (act. 5/12), von I. _____ über Fr. 5'000.-- (act. 5/13) und von J. _____ über Fr. 4'000.-- (act. 5/14). Dem Beschwerdeführer würden damit Fr. 49'000.-- zur Verfügung stehen, mit welchen er die offenen Forderungen bezahlen könnte. In den entsprechenden Darlehensverträgen wird festgehalten, dass der jeweilige Darlehensbetrag vom Beschwerdeführer bis zum 30. Oktober 2012 durch schriftliche Mitteilung abgerufen werden könne und die Auszahlung von diesem Zeitpunkt innerhalb von drei Werktagen zu erfolgen habe. Damit werden aber noch keine Aussagen über die finanziellen Verhältnisse der Darlehensgeber gemacht. Es ist nicht ersichtlich, ob sich diese in finanzieller Hinsicht in der Lage befinden, die genannten Darlehen überhaupt und innert der genannten Frist auszuzahlen. Damit ist nicht glaubhaft dargelegt, dass der Beschwerdeführer tatsächlich über diesen Betrag verfügen können wird.

7. Insgesamt bleibt somit festzustellen, dass der Beschwerdeführer gestützt auf die genannten Unterlagen und seine eher kurz gehaltenen Ausführungen nicht glaubhaft zu machen vermag, dass er die bestehenden Schulden in Höhe von Fr. 45'326.25 (oder mindestens Fr. 29'383.70) innerhalb einer angemessenen Zeit wird tilgen sowie seine laufenden Kosten wird bestreiten können und er sich lediglich in einem vorübergehenden Liquiditätsengpass befindet. Der Geschäftsbetrieb erwirtschaftet keinen erkennbaren wesentlichen Gewinn, die Erhältlichkeit von Darlehensgeldern legte der Beschwerdeführer nicht dar und weitere flüssige Mittel sind nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund vermag der Beschwerdeführer seine Zahlungsfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht glaubhaft zu machen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde mit Präsidialverfügung vom 14. September 2012 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über den Beschwerdeführer neu zu eröffnen.

8. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens durch den Beschwerdeführer zu tragen und aus dem geleisteten Vorschuss zu bezie-

hen. Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag von Fr. 1'480.25 ist dem Konkursamt C._____ zuhanden der Konkursmasse des Beschwerdeführers auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über den Beschwerdeführer wird per **25. September 2012, 15.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr zugunsten der Beschwerdegegnerin hinterlegten Betrag von Fr. 1'480.25 an das Konkursamt C._____ zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksamtes Zürich 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. K. Wili

versandt am: