

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150146-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 16. September 2015

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. August 2015 (EK151222)

Erwägungen:

1. Am 19. August 2015 wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet (act. 8). Mit rechtzeitig eingereicherter 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. September 2015 entsprochen (act. 13).
2. 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 Konkurshinderungsgründe (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. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat der Schuldner für die Konkursforderung einmal Fr. 1'652.40 und einmal 2'199.55 (act. 10), insgesamt Fr. 3'851.95, bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Die Konkursforderung im Betrag von Fr. 1'825.- setzt sich wie folgt zusammen: Betreuungsforderung Fr. 1'546.95, Fr. 172.60 Zins (5 %) für den Zeitraum 8.8.2014-19.8.2015 bzw. Fr. 25.75 für den Zeitraum Fälligkeit bis 7.8.2014 und Betreuungskosten Fr. 172.60 (act. 12 i.V.m. act. 8 und act. 9/2/2). Da der Schuldner beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes sichergestellt hat (act. 5/9, einmal mehr fehlt in der Bestätigung des Konkursamtes freilich die Erwähnung der Kosten des Konkursgerichtes), hat er somit für die Konkursforderung zu viel bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Unter Ziff. 8 nachstehend ist u.a. über die Verwendung dieses Betrages zu entscheiden. 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, act. 11).

4. a) 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.

b) Der Schuldner machte geltend, die Konkursöffnung sei auf Defizite im administrativen Bereich zurückzuführen. Die Einzelfirma C._____ sei seit einiger Zeit inaktiv und soll demnächst aus dem Handelsregister gelöscht werden. Die Forderung würde sich eigentlich gegen die Betriebsgesellschaft des Restaurants D._____, d.h. die E._____ AG richten. Zudem könne er eine Gegenforderung zur Verrechnung bringen. Er habe es leider versäumt, diese Einwände und Erklärungen rechtzeitig vorzubringen. Aufgrund eines Todesfalls im engsten Familienkreis und die damit verbunden ausgedehnten Reisen nach Indien habe er im administrativen Bereich den Überblick verloren. Heute sei er wieder Herr der Lage (act. 2 S. 3-4 sinngemäss).
5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister.

b) Im Zeitraum vom 4. Oktober 2010 bis 28. August 2015 wurden 30 Beteiligungen im Betrag von Fr. 400'606.80 (inkl. Konkursforderung) eingeleitet (act. 5/5). Gemäss Beteiligungsregisterauszug vom 28. August 2015 hat der Schuldner inzwischen einen Teil der Beteiligungsansprüche getilgt. Für drei Beteiligungsansprüche, die nicht der Konkursbeteiligung unterliegen, wur-

den Pfändungsverlustscheine im Betrag von Fr. 6'358.80 ausgestellt (act. 5/5). 5 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 156'445.35 sind erloschen und deshalb für das vorliegende Verfahren unbeachtlich. Für drei Forderungen, nämlich gegenüber der Fa. F._____ GmbH im Betrag von Fr. 132'272.65, der G._____ AG im Betrag von Fr. 1'064.20 und der H._____ AG im Betrag von Fr. 65'967.10 wurde Rechtsvorschlag erhoben. Der Schuldner nahm nur zur Forderung der H._____ AG Stellung und machte geltend, die Gläubigerin habe die Forderung weder auf dem Wege der Rechtsöffnung noch auf dem Wege der ordentlichen Klage weiterverfolgt. Die Gläubigerin beurteile die Durchsetzung dieser haltlosen Forderung offensichtlich als chancenlos, womit sich weitere Ausführungen erübrigen würden (act. 2 S. 5). Entgegen seinen Ausführungen (vgl. act. 2 S. 5) gibt es noch zwei weitere Beteiligungsforderungen, welche mit einem Rechtsvorschlag behaftet sind. Dazu nahm er keine Stellung und reichte auch keine Unterlagen ein. Es ist deshalb davon auszugehen, dass diese Forderungen, eine von Fr. 132'272.65 (Gläubigerin: F._____ GmbH) und eine von Fr. 1'064.20 (Gläubigerin: G._____ AG) noch offen und zu bezahlen sind. Gemäss Beteiligungsregisterauszug sind demnach unter Berücksichtigung der Verlustscheine im Betrag von Fr. 6'358.80 Schulden in der Höhe von Fr. 139'695.65 vorhanden.

c) Der Schuldner leitet als Geschäftsführer das indische Restaurant D._____ an der I._____ -Strasse ... in Zürich (act. 2 S. 3). Im Handelsregister ist er als einziger Verwaltungsrat der E._____ AG aufgeführt (act. 15). Aktuell bezieht er aus diesem Geschäft einen Nettolohn von Fr. 5'782.41. Vom 13. Monatslohn werden insgesamt 9,117% (vgl. act. 5/2/1-2), Fr. 638.19, für Sozialleistungen abgezogen, was einer Nettoauszahlung von Fr. 6'361.81 entspricht. Demzufolge rechnet er für das Jahr 2015 mit einem Jahreslohn von Fr. 75'750.73 [Fr. 6361.81 + (12 x Fr. 5782.41)]. Im Jahr 2014 wies er in der Steuererklärung einen Nettojahreslohn von Fr. 76'633.- aus (act. 5/4). Das Jahreseinkommen wird sich folglich gegenüber dem Vorjahr leicht reduzieren. Über die Lebenshaltungskosten des Schuldners wurden dem Gericht keine Angaben gemacht. Immerhin muss der Schuldner für zwei erwachse-

ne Personen aufkommen. Seine Ehefrau arbeitet nicht und steuert somit nichts für die Unterhaltskosten bei (act. 5/4). Den Steuererklärungen für die Jahre 2013 und 2014 kann entnommen werden, dass der Schuldner über keine Vermögenswerte verfügt. Da es ihm 2014 bei einem Einkommen von Fr. 76'633.- nicht möglich war, irgendwelche Vermögenswerte zu bilden, ist davon auszugehen, dass er auch heute, bei ähnlichen Einkommen, über keine Bankguthaben verfügt. In seinen Steuererklärungen führt er zudem Darlehensschulden im Betrag von 1,54 Millionen gegenüber seiner Verwandtschaft auf (act. 5/3-4). Mittel zur Rückzahlung dieser Schulden sind nicht vorhanden, jedenfalls wurden entsprechende Bankbelege nicht eingereicht. Im Wertschriftenverzeichnis (2014) der Steuerklärungen sind überhaupt keine Posten aufgeführt, nicht einmal ein persönliches Bank- und Postkonto. Dass die Darlehen zinslos sind, ändert an der Schuld nichts. Und ebenso ändert sich daran nicht, dass die Darlehensschulden gegenüber einer wohlhabenden Familie bestehen, wie der Schuldner vorträgt. Ob sie dereinst im Rahmen einer Erbteilung zu berücksichtigen sein werden, wie der Schuldner auch noch behauptet (vgl. act. 2 S. 4), und demnach immer noch ein positiver Saldo zu seinen Gunsten bestehen soll (act. a.a.O.), ist eine durch nichts belegte Behauptung. Es ist somit überhaupt keine Liquidität vorhanden, um nur schon die offenen Betreibungsforderungen innert nützlicher Frist zurückzuzahlen. Selbst wenn sich die Schulden auf die Verlustscheine im Betrag von Fr. 6'358.80 beschränkten, wäre eine baldige Tilgung nicht möglich. Es kann offen gelassen werden, woher die dem Gericht zusätzlich hinterlegten Fr. 2'026.95 stammen (ob aus der Annahme neuer Darlehen oder aus einer Vermögensverschiebung aus der E. _____ AG oder was sonst immer). Jedenfalls würde auch dieses Geld nicht ausreichen, um die Verlustscheine in absehbarer Zeit zu decken.

- d) Die Einwände des Schuldners, er habe gegenüber der Gläubigerin eine Gegenforderung bzw. die Betreuungsforderung richte sich gegen die E._____ AG, können im Beschwerdeverfahren nicht mehr geltend gemacht werden.
6. Dem Schuldner gelang es somit nicht, seine Zahlungsfähigkeit hinreichend im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft zu machen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs über den Schuldner neu zu eröffnen.
 7. Der Schuldner ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter 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.
 8. Die bei der Obergerichtskasse zugunsten der Gläubigerin hinterlegten Geldbeträge von Fr. 1'652.40 bzw. Fr. 2'199.55 (act. 10) sind dem Konkursamt Fluntern-Zürich zu überweisen.
 9. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind ausgangsgemäss dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), der dafür einen Barvorschuss geleistet hat (act. 11). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Schuldner nicht, weil er unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil sie sich nicht äussern musste.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **16. September 2015, 17.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Fluntern-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, die bei ihr zugunsten der Gläubigerin hinterlegten Barbeträge von Fr. 1'652.40 bzw. Fr. 2'199.55 dem Konkursamt Fluntern-Zürich zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Fluntern-Zürich (unter besonderem Hinweis auf die Bemerkung in Erw. 3. zur Bestätigung des bezahlten Kostenvorschusses), ferner an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
17. September 2015