



Kass.-Nr. AA040165/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Alfred Keller, Karl Spühler und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

Zirkulationsbeschluss vom 18. November 2004

in Sachen

B. T.,

geboren ..., von ..., A.strasse, C.,
Schuldner, Rekurrent und Beschwerdeführer

gegen

Schweiz. Eidgenossenschaft,

Gläubigerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Eidg. Steuerverwaltung, Hauptabteilung X.

betreffend

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. September 2004 (NN040119/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Am 13. Juli 2004 stellte die Eidgenössische Steuerverwaltung, Hauptabteilung X., beim Bezirksgericht D. das Begehren, es sei über den Schuldner B. T. gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ohne vorgängige Betreuung der Konkurs zu eröffnen, da dieser die Zahlungen eingestellt habe (ER act. 1). Nach Durchführung einer Verhandlung eröffnete der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D. am 17. August 2004, 16.00 Uhr über den Schuldner den Konkurs (ER act. 9).

2. Gegen diese Verfügung erhob der Schuldner Rekurs an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (OG act. 1). Mit Verfügung vom 30. August 2004 wurde der Schuldner aufgefordert, verschiedene Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit sowie Belege hinsichtlich eines Konkurshinderungsgrundes einzureichen (OG act. 4). Nach Eingang der Kopie eines Schreibens der Gläubigerin vom 2. September 2004, wonach sie auf die Durchführung des Konkursverfahrens verzichte (OG act. 10), erteilte die II. Zivilkammer des Obergerichts dem Rekurs mit Verfügung vom 3. September 2004 die aufschiebende Wirkung (OG act. 11). Mit Beschluss vom 15. September 2004 wies die II. Zivilkammer des Obergerichts den Rekurs ab und eröffnete den Konkurs über den Schuldner und Rekurrenten mit Wirkung ab 15. September 2004, 16.00 Uhr, neu (OG act. 16 = KG act. 2).

3. Gegen diesen Beschluss reichte der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein und beantragte damit die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses (KG act. 1a). Dem gleichzeitig gestellten Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 20. Oktober 2004 insoweit entsprochen, als der Beschwerde einstweilen in dem Sinne aufschiebende Wirkung verliehen wurde, dass das Konkursverfahren vorläufig nicht weitergeführt werden könne, wobei Sicherungsmassnahmen und zwingende, nicht aufschiebbare Massnahmen zur Wer-

terhaltung des schuldnerischen Vermögens vorbehalten blieben (KG act. 5). Zudem wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, um seine bisher nicht unterzeichnete Eingabe (dat. 17. Oktober 2004) eigenhändig zu unterschreiben; die unterzeichnete Beschwerdeschrift ging innert Frist ein (KG act. 1a und 1b). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen; insbesondere wurden in Anwendung von § 289 ZPO keine Vernehmlassung der Vorinstanz und keine Beschwerdeantwort der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (künftig: Beschwerdegegnerin) eingeholt.

II.

1. Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, der Beschwerdeführer habe sich über die Leistung der erforderlichen Kostenvorschüsse ausgewiesen und es liege eine Erklärung der Gläubigerin (= Beschwerdegegnerin) vor, wonach diese auf die Durchführung des Konkurses verzichte (OG act. 14/1 und 14/23, OG act. 10). Zu prüfen sei demnach (unter Hinweis auf Art. 194 SchKG) die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers auf Grund der von ihm eingereichten Unterlagen und Angaben. Im Folgenden ging die Vorinstanz im Detail auf den Betreibungsregisterauszug des Beschwerdeführers ein (vom 1. Januar 2002 bis 7. September 2004 38 Einträge, davon 14 erledigt; Rechtsvorschlag bei vier Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 24'014.40; zwei Betreibungen über Fr. 396'000.- - der Beschwerdegegnerin ebenfalls erledigt; sechs Betreibungen der Sozialversicherungsanstalt über insgesamt Fr. 30'013.30 und drei Betreibungen des Kantons Zürich über Fr. 43'032.20, sowie drei Betreibungen der Stadt E., und zwei Betreibungen des Staats Zürich und der Gemeinde C. mit dem Vermerk "Lohnpfändung bzw. L"; zwei Betreibungen des Staats Zürich und der Gemeinde C. über total Fr. 49'835.15 und eine Betreibung der F. Fruchtimport AG über Fr. 13'478.20 sowie eine Betreibung der Schweiz. Eidgenossenschaft über Fr. 610.-- sind offen). Sie führte aus, die vom Beschwerdeführer dargelegten Bemühungen um Erstellung der Abrechnungen für die Sozialversicherungsanstalt in absehbarer Zeit zeigten zumindest Anzeichen, dass der Beschwerdeführer bereit sei, eine Sanie-

rung an die Hand zu nehmen; daraus auf eine vorhandene Zahlungsfähigkeit zu schliessen gehe jedoch zu weit, zumal Betreibungen in beträchtlichem Umfang noch nicht erledigt seien. In Bezug auf die übrige finanzielle Lage des die Einzel-firma "B. T., Früchte und Gemüse en gros" betreibenden Beschwerdeführers führte die Vorinstanz aus, der Kontoauszug per 31. August 2004 weise einen Minussaldo von Fr. 369'714.67 auf, allerdings gewähre die G. Bank dem Beschwerdeführer mit Vertrag vom 16. Mai/2. Juli 2003 einen Geschäftskredit von maximal Fr. 375'000.-- auf dem erwähnten Konto, unter Sicherheitsleistung von Grundpfandrechten im gleichen Betrag auf einer Liegenschaft an der H.strasse XX in I. (Mehrfamilienhaus), mit einem Vorgang von Fr. 1'050'000.--. Die Gewährung des Geschäftskredites sei jedoch bei einem aktuellen Saldo von rund minus Fr. 370'000.-- und offenen Betreibungen in der Gesamthöhe von rund Fr. 64'000.- nicht als Indiz für die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers zu werten, zumal weitere kurzfristig abrufbare Vermögenswerte nicht auszumachen seien und die Aktenlage dürftig bleibe. Aus einer aktuellen Debitorenliste des Beschwerdeführers sei immerhin ersichtlich, dass per 3. September 2004 für Mai bis August 2004 offene Debitoren von Fr. 87'280.35 bestehen sollten. Gemäss Ausführungen des Beschwerdeführers sollen keine Kreditoren bestehen, da die Bezüge auf dem Engrosmarkt in Z. nur gegen Barzahlung erfolgen würden. Dass die Lieferanten nur noch gegen Barzahlung liefern würden, gebe jedoch kein gutes Argument für die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab. Entgegen der Aufforderung des Obergerichts habe der Beschwerdeführer keine allenfalls vorhandene Jahres- oder Zwischenabschlüsse eingereicht, sodass die finanziellen Verhältnisse der Einzelfirma unklar blieben und keine abschliessende Beurteilung der Zahlungsfähigkeit gemacht werden könne. Soweit eine Gesamtwürdigung der finanziellen Lage möglich sei, ergebe sich, dass beim Beschwerdeführer nicht von einem vorübergehenden Liquiditätsengpass ausgegangen werden könne. Er habe seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen können, weshalb der Rekurs abzuweisen und der Konkurs neu zu eröffnen sei (KG act. 2, S. 4 - 6).

2.1 Der Beschwerdeführer bringt mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde vorerst vor, er habe während der Rekursfrist sämtliche (Mehrwertsteuer-)Abrechnungen erstellt und der Beschwerdegegnerin eingereicht, worauf diese schriftlich bestätigt

habe, dass er bis zum 2. Quartal 2004 sämtliche Beträge bezahlt habe und sie auf die Durchführung des Konkursverfahrens verzichte. Damit seien gleich zwei Voraussetzungen gemäss Art. 174 SchKG erfüllt gewesen und auch die Vorinstanz habe in ihrer Verfügung vom 3. September 2004 betreffend aufschiebende Wirkung festgehalten, dass damit ein Konkurshinderungsgrund gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG vorliege (KG act. 1). Gleichwohl habe die Vorinstanz über ihn erneut den Konkurs eröffnet, wobei die Begründung vorwiegend in der Vermutung liege, dass seine Liquidität nicht ausreichend sei.

Soweit der Beschwerdeführer damit allenfalls geltend machen will, die Vorinstanz habe klares materielles Recht verletzt, indem sie trotz dem Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG den Konkurs erneut eröffnet habe, geht die Rüge fehl. Neben dem Vorliegen eines der Konkurshinderungsgründe gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 SchKG muss der Schuldner nämlich kumulativ auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Der blosse Nachweis des Vorliegens einer der Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG genügt nicht, um Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Die Unterlagen für die Glaubhaftmachung beider Voraussetzungen sind innerhalb der Rechtsmittelfrist (oder einer entsprechenden Nachfrist) gemeinsam einzureichen (Kass.-Nr. 98/428 vom 13. Januar 1999 i.S. S.-K., Erw. III.1/2); der Verzicht der Beschwerdegegnerin auf Durchführung des Konkursverfahrens reicht daher noch nicht aus, um das Konkursurteil aufzuheben.

2.2 Weiter führt der Beschwerdeführer aus, zu Unrecht habe die Vorinstanz seine Bemerkung in der Rekurschrift, wonach keine Kreditoren vorhanden seien, da die Bezüge im Engrosmarkt gegen Barzahlung erfolgten, als mangelnde Zahlungsfähigkeit ausgelegt, in völliger Unkenntnis davon, dass es Usus sei, dass vor allem Kleinfirmen im Engrosmarkt bar bezahlten. Dieses Missverständnis hätte mit einer Anhörung, welche nicht stattgefunden habe, ausgeräumt werden können (KG act. 1, S. 2).

Die sinngemässe Rüge der Verletzung seines Anspruches auf das rechtliche Gehör, indem keine mündliche Anhörung stattgefunden habe, geht fehl. Gemäss § 276 und 277 ZPO ist das Rekursverfahren schriftlich und eine mündliche Anhö-

rung findet (mit Ausnahme allenfalls bei Rekursen gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrats: vgl. § 280b ZPO) nicht statt.

2.3 Soweit der Beschwerdeführer allenfalls geltend machen wollte, die Vorinstanz sei von einer willkürlichen tatsächlichen Annahme ausgegangen, indem sie die Tatsache der üblichen Barzahlung im Engrosmarkt Z. als mangelnde Zahlungsfähigkeit betrachtet habe, kann auch diesbezüglich kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen werden. Die Vorinstanz hat bezüglich dem Vorbringen des Beschwerdeführers – wonach keine Kreditoren vorhanden seien, da die Bezüge auf dem Engrosmarkt gegen Barzahlung erfolgten – festgehalten, dass die Lieferanten nur noch gegen Barzahlung lieferten gebe kein gutes Argument für die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers ab (KG act. 2, S. 6). Selbst wenn es allerdings üblich und Usus wäre, dass auf dem Engrosmarkt Z. an Kleinbetriebe nur gegen Barzahlung geliefert würde, ist die Erwägung der Vorinstanz nicht als willkürlich zu betrachten. Auch wenn in diesem Fall der Umstand, dass im Engrosmarkt allgemein kleinere Betriebe nur gegen Barzahlung einkaufen könnten, nicht als gegen die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers sprechend angesehen werden könnte, bliebe es dabei, dass dieser Umstand zumindest auch nicht für die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers – welche dieser gemäss Art. 174 SchKG glaubhaft zu machen hat – sprechen würde. Nichts anderes hat die Vorinstanz jedoch erwogen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz auf Grund weiterer Erwägungen (insbesondere auch weil der Beschwerdeführer keine Jahres- und Zwischenabschlüsse einreichte: KG act. 2, S. 6) davon ausging, eine abschliessende Beurteilung der Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers könne nicht gemacht werden. Allerdings ergebe sich aus den vorstehenden Erwägungen (dazu gehören auch jene betreffend Betreibungsregisterauszug bzw. offene Beteiligungen, sowie zum Geschäftskredit und zum Fehlen weiterer kurzfristig abrufbarer Vermögenswerte und Guthaben: KG act. 2, S. 5), dass beim Beschwerdeführer nicht nur von einem vorübergehenden Liquiditätsengpass ausgegangen werden könne (KG act. 2, S. 6).

Diesen Erwägungen der Vorinstanz steht auch der weitere Einwand des Beschwerdeführers nicht entgegen, dass seine Liquidität zwar angespannt sei, je-

doch niemand zu Schaden gekommen sei und im Gegenteil über die Lohnpfändung laufend Zahlungen geleistet würden, sodass kein Gläubiger ein Konkursbegehren stelle (KG act. 1, S. 2). Auch aus diesem Vorbringen ergeben sich keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation des Beschwerdeführers. Insbesondere wird nicht klar, ob der Beschwerdeführer tatsächlich seinen laufenden Verpflichtungen nachkommen und gleichzeitig noch seine Schulden in absehbarer Zeit abbauen kann. Zur Lohnpfändung bestehen keinerlei weitere Angaben (Höhe, Dauer etc.) und solche wurden auch vor Vorinstanz nicht gemacht. Einen Nichtigkeitsgrund kann der Beschwerdeführer mit dieser Argumentation jedenfalls nicht nachweisen. Weitere Nichtigkeitsgründe macht er nicht geltend.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde daher abzuweisen. Damit entfällt die der Beschwerde teilweise verliehene aufschiebende Wirkung.

III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 49 i.V.m. Art. 61 GebV SchKG). Mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren ist der Beschwerdegegnerin keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.

2. Die Spruchgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 750.–
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren werden keine Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D., das Konkursamt D., das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, sowie an das Betreibungsamt C., je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: