

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 11. Februar 2020

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 24. Januar 2020 (EK190632)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) vom 24. Januar 2020 wurde über den Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 1'655.10 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 8 = act. 9/5; nachfolgend zitiert als act. 8).

1.2. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 6. Februar 2020 (Datum Poststempel) am letzten Tag der Beschwerdefrist fristgerecht (vgl. act. 9/6) Beschwerde, wobei er die Aufhebung der Konkursöffnung und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-6). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.1. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

2.2. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also 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, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf

unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich aber ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

3.1. Der Schuldner hinterlegte bei der Obergerichtskasse am 28. Januar 2020 und damit innert Frist Fr. 1'600.60 (act. 5/6 S. 9 und act. 7/2). Weiter leistete er dem Konkursamt Winterthur-Altstadt am 30. Januar 2020 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.–, welcher gemäss der Bestätigung des Konkursamtes vom selben Datum ausreicht, um im Falle einer Aufhebung des angefochtenen Entscheides die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten der Vorinstanz zu decken (act. 5/14). Sodann überwies der Schuldner der Obergerichtskasse vor Ablauf der Beschwerdefrist den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– (act. 5/6 S. 9 und act. 7/1). Angesichts der Konkursforderung von insgesamt Fr. 1'655.10 ist allerdings fraglich, ob damit der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG gegeben ist. Die Frage kann jedoch offen gelassen werden, weil – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen vermag.

3.2. Zum Nachweis seiner Zahlungsfähigkeit reichte der Schuldner einen Betriebsregisterauszug vom 4. Februar 2020 ein, gemäss dem abgesehen von der Konkursforderung noch Forderungen von insgesamt Fr. 18'591.75 offen sind

(act. 5/4). Hinsichtlich Forderungen von Fr. 6'693.40 weist der Schuldner nach, dass diese am 5. Februar 2020 getilgt wurden (vgl. act. 5/7-10). Forderungen im Umfang von Fr. 5'573.25, deren Betreibungen erst eingeleitet wurden, wurden für zwei resp. drei Monate gestundet (vgl. act. 5/9 und act. 5/11-13). Von den beiden weiteren noch offenen Forderungen von total Fr. 6'325.10 wurde die eine erst eingeleitet, die andere stammt aus dem Jahr 2017 und wird vom Schuldner bestritten, weshalb er dagegen Rechtsvorschlag erhob (vgl. act. 5/4). Wird zugunsten des Schuldners davon ausgegangen, dass die bestrittene Forderung von Fr. 3'230.– tatsächlich nicht mehr weiterverfolgt wird, wie er geltend macht (vgl. act. 2 Rz 4), so sind noch in Betreuung gesetzte Forderungen von total Fr. 8'668.35 offen, wobei zufolge der Stundungen Fr. 5'573.25 davon erst im April resp. Mai 2020 bezahlt werden müssen.

Dem gegenüber steht ein Kontoguthaben von Fr. 8'748.30 per 31. Januar 2020 (at. 5/6). Der Schuldner behauptet, am 6. Februar 2020 habe sich der Kontostand auf Fr. 15'617.70 belaufen (act. 2 Rz 9), doch liegen keine diesbezüglichen Belege vor. Mit den nachweislich vorhandenen Mitteln könnte der Schuldner die in Betreuung gesetzten, noch offenen Forderungen gerade decken.

3.3. Weiter macht der Schuldner geltend, die Jahre 2018/2019 hätten ihn vor grosse Herausforderungen gestellt. Wegen umfangreicher Bauarbeiten habe im Sommer und Herbst 2018 der gut frequentierte Hinterhof des von ihm geführten Restaurants C._____ nicht genutzt werden können. Zudem habe im Frühling/Sommer 2019 eine personelle Fehlbesetzung in der Küche zu einem weiteren Umsatzrückgang geführt. Die Folge seien erhebliche Liquiditätsprobleme und Zahlungsschwierigkeiten gewesen (act. 2 Rz 3). Er habe jedoch rasch Massnahmen zur Überwindung dieser Schwierigkeiten getroffen. Im Mai 2019 habe er ein Betriebscoaching organisiert und im Herbst 2019 das Personal gestrafft und sich selbst wieder an den Herd gestellt. So habe er es geschafft, 16 der damals offenen Betreibungen von Fr. 15'504.25 zu tilgen (act. 2 Rz 6). Der Betrieb laufe seither auch wieder gut, die Umsetzung der im Coaching erarbeiteten Massnahmen beim Wareneinkauf, in der Küche und in der Administration hätten auch die Gewinnmarge deutlich verbessert, vor allem seit Beginn der Wintersaison

2019/2020. Der Schuldner werde seine noch offenen Forderungen bei Fälligkeit begleichen können, sein Einzelunternehmen sei wirtschaftlich lebensfähig, die Zahlungsfähigkeit sei deutlich wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit (act. 2 Rz 13 f.).

Die vom Schuldner eingeleiteten Massnahmen zur Verbesserung der finanziellen Lage seines Betriebes wären – sofern zutreffend – grundsätzlich positiv zu werten. Tatsächlich sind gemäss dem erwähnten Betreibungsregisterauszug Betreibungen im Umfang von Fr. 18'212.80 getilgt worden, was darauf schliessen lässt, dass sich der Schuldner bemühte, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Allerdings ist aus dem Betreibungsregisterauszug auch ersichtlich, dass bereits in den Jahren 2015 und 2017 Betreibungen erfolgten, wenn auch die Mehrheit der Betreibungen in den Jahren 2018/2019 eingeleitet wurden (act. 5/4), womit sich die Frage stellt, ob die Zahlungsschwierigkeiten nicht bereits länger andauern und nicht nur durch die vom Schuldner geschilderten Umstände verursacht wurden. Auch ist mangels Ausführungen des Schuldners und sachdienlicher Belege dazu nicht bekannt, ob der Schuldner noch weitere, (noch) nicht in Betreibung gesetzte Schulden hat. Mit den vorhandenen liquiden Mitteln müsste der Schuldner auch diese begleichen können, wobei angesichts der Höhe der liquiden Mittel zweifelhaft erscheint, ob dies nach Rückzahlung der in Betreibung gesetzten Schulden möglich wäre. Zudem versäumte es der Schuldner auch aufzuzeigen, dass er nicht nur die aktuell bestehenden Schulden tilgen kann, sondern auch seinen laufenden Verbindlichkeiten nachkommen kann. Hierfür hätten insbesondere Bilanzen und Erfolgsrechnungen sowie Aufstellungen über die Debitoren und Kreditoren und weitere Belege, die den Geschäftsgang des schuldnerischen Unternehmens aufzeigen, vorgelegt werden müssen. Gestützt auf die vorhandenen Informationen lässt sich über den Geschäftsgang und die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des vom Schuldner betriebenen Restaurants kein Eindruck gewinnen. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, die Zahlungsfähigkeit des Schuldners sei wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit. Es obliegt dem Schuldner, dies zu behaupten und glaubhaft zu machen. Da die Beschwerdefrist wie erwähnt am 6. Februar 2020 abgelaufen ist, kann dem Schuldner auch keine Nach-

frist angesetzt werden, um seine Beschwerde zu verbessern und Unterlagen nachzureichen, könnten weitere Eingaben doch nicht mehr berücksichtigt werden.

4. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen, es bleibt bei der Konkursöffnung. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung ist bei diesem Ergebnis als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

5. Der Vollständigkeit halber ist der Schuldner auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreibung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines Unterliegens und der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Die Beschwerde wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr für die Konkursforderung hinterlegten Betrag von Fr. 1'600.60 dem Konkursamt Winterthur-Altstadt zuhanden der Konkursmasse des Schuldners zu überweisen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Winterthur-Altstadt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Grundbuchamt D._____ und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am:
11. Februar 2020