

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210183-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 1. November 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. Oktober 2021 (EK210454)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 4. Oktober 2021 über den Beschwerdeführer den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 50'382.10 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 6). Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. Oktober 2021 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 19. Oktober 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt. Der Kostenvorschuss wurde am 20. Oktober 2021 geleistet (act. 12).

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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurs hinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3.1 Der Beschwerdeführer bezahlte an die Beschwerdegegnerin am 6. Oktober 2021 Fr. 25'000.-- und am 7. Oktober 2021 Fr. 8'000.-- (act. 5/2). Zudem hinterlegte der Beschwerdeführer mit Zahlung vom 13. Oktober 2021 ebenfalls innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 17'382.10 (act. 5/3 und act. 7). Diese Beträge decken zusammen die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten (vgl.

act. 6). Des Weiteren bezahlte der Beschwerdeführer am 13. Oktober 2021 dem Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur Fr. 800.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/4 und act. 8). Damit hat der Beschwerdeführer die Konkursaufhebungsgründe der Tilgung und Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat der Beschwerdeführer überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.2. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. 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 (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

3.3. Der Beschwerdeführer ist mit der Firma "A._____ Isolierungen" seit dem tt. mm 2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Einzelunternehmen bezweckt (act. 9). Zu seiner Zahlungsfähigkeit gibt der Beschwer-

deführer im Wesentlichen an, die offenen Betreibungen würden allesamt aus diesem Jahr stammen. Er habe kein strukturelles Problem und sei nicht zahlungsunfähig. Das Problem sei das Corona-Virus. Er habe sich ohne Inanspruchnahme der Corona-Kredite durch enormen Arbeitseinsatz über Wasser halten können, dabei habe er aber vergessen, sich um die Ausstände zu kümmern, und es seien ihm offene Rechnungen untergegangen. Es seien auch familiäre Probleme und eigene psychische Probleme dazu gekommen. Dank der Entspannung der Corona-Situation, des wirtschaftlichen Auftriebs seines Geschäfts und der Unterstützung seiner Frau habe er sich wieder erholen können. Er werde sich inskünftig neben dem Treuhandbüro auch von seiner Frau in den administrativen Belangen unterstützen lassen, so dass es in Zukunft nicht mehr zu solchen Zahlungsausfällen kommen werde (act. 2 S. 9 f.).

Weiter führt der Beschwerdeführer zu seiner finanziellen Situation aus, im Jahr 2019 einen Reingewinn von rund Fr. 199'000.--, im Jahr 2020 einen solchen von rund Fr. 221'000.-- und in den ersten drei Quartalen des laufenden Jahres sogar einen solchen von ca. Fr. 234'000.-- erwirtschaftet zu haben. Zudem habe er per 15. Oktober 2021 offene Debitoren in Höhe von ca. Fr. 120'000.--. Er rechne damit, dass die offenen Rechnungen wie die bisherigen im 2021 bezahlt würden, so dass er mindestens 95 Prozent davon einnehmen werde. Er verfüge zudem über rund Fr. 44'200.-- liquides Vermögen auf dem Geschäftskonto. Dass das Geschäft auch in Zukunft gut laufen werde, zeige die Liste der aktuellen Aufträge (act. 2 S. 5 f.). Die monatlichen Auslagen für Material, Personal, Miete usw. würden etwa Fr. 30'000.-- betragen. Der Personalaufwand umfasse die Löhne seiner beiden Vollzeit angestellten Mitarbeiter und seinen Lohn in Höhe von Fr. 6'000.--. Zusammen mit dem Lohn der Ehefrau in Höhe von Fr. 1'000.-- könne der Lebensunterhalt der vierköpfigen Familie, bestehend aus Fr. 2'550.-- Wohnungsmiete, Fr. 900.-- Krankenkasse, Fr. 750.-- Autoleasing und Auslagen für Nahrung, Kleidung etc., gedeckt werden. Mit dem aktuellen Guthaben und den zu erwartenden Einnahmen sei es ihm ohne weiteres möglich, seine offenen Schulden bis Ende des Jahres und somit innert nützlicher Frist zu begleichen (act. 2 S. 6 f.).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Oberwinterthur (act. 5/14) weist per 6. Oktober 2021 keine Verlustscheine und 16 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 114'118.85 aus, wovon eine Betreibung über Fr. 7'283.50 bereits erloschen und weitere fünf Betreibungen über Fr. 17'650.05 durch Bezahlung an Betreibungsamt/Gläubiger oder durch Befriedigung nach Verwertung erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der teilweise bezahlten und im Übrigen hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 48'856.50 vermerkt) derzeit noch neun offene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 40'328.80, wobei vier Betreibungen über Fr. 36'212.90 sich im Stadium der Pfändung befinden, bei einer Betreibungen über Fr. 758.60 ebenfalls die Konkursandrohung ausgestellt wurde und vier Betreibungen über Fr. 3'357.30 neu eingeleitet wurden.

Der Beschwerdeführer weist allerdings nach, die sich im Stadium der Konkursandrohung befindliche Betreibung Nr. 1 zwischenzeitlich bis auf einen Restbetrag von Fr. 37.40 getilgt (act. 5/15) und an die Pfändungsforderungen Fr. 4'000.-- bezahlt zu haben (act. 5/16). Dementsprechend ist noch von offenen, in Betreuung gesetzten Schulden in Höhe von Fr. 35'607.60 auszugehen. Hinzu kommen einerseits die privaten laufenden Verbindlichkeiten, die der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben mit dem Familieneinkommen decken kann. Das ist glaubhaft, zumal es sich bei den betriebenen Forderungen zahlenmässig im überwiegenden Umfang um Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Einzelunternehmung handelt (vgl. act. 5/14). Andererseits sind die jährlichen Aufwendungen aus dem Betrieb der Einzelunternehmung zu berücksichtigen. Diese sind ausgehend von den eingereichten Erfolgsrechnungen der Jahre 2019 und 2020 mit durchschnittlich Fr. 525'000.-- zu berücksichtigen (vgl. act. 5/6-7).

3.5. Diesen Schulden stehen gemäss Kontoliste der C._____ [Bank] per 15. Oktober 2021 liquide Mittel in Höhe von Fr. 44'270.23 gegenüber (act. 5/12). Zudem weisen die eingereichten Jahresabschlüsse 2019 und 2020 bei Erträgen in Höhe von Fr. 692'948.10 bzw. Fr. 774'020.11 und Gesamtaufwände in Höhe

von Fr. 497'567.86 bzw. Fr. 551'361.90 Reingewinne in Höhe von Fr. 198'784.54 und Fr. 221'091.46 aus (act. 5/6-7). Im laufenden Jahr beträgt der Reingewinn gemäss Zwischenabschluss per 30. September 2021 Fr. 234'638.98 (bei einem Ertrag von Fr. 491'841.13; act. 5/8). Gestützt auf die eingereichte Debitorenliste per 15. Oktober 2021 und die Rechnungsliste vom 12. Oktober 2021 ist weiter von offenen Debitoren in Höhe von Fr. 120'428.25 und einem geringen Delkreder-Risiko auszugehen (act. 5/10, act. 5/11; vgl. act. 5/6-7).

3.6. Bei den eingereichten Dokumenten handelt es sich allerdings, soweit ersichtlich, um vom Beschwerdeführer und nicht von einem anerkannten Buchhalter erstellte Rechnungen, weshalb sie mit einer gewissen Vorsicht zu würdigen sind. Ob die vom Beschwerdeführer geschilderten erzielten Jahresgewinne der letzten Jahre sowie für 2021 und die positiv dargestellten Geschäftsaussichten insbesondere angesichts des hohen kurzfristigen Fremdkapitals (act. 5/7-5/8) glaubhaft sind, kann indes offen gelassen werden. Aufgrund des vorhandenen Bankguthabens (act. 5/12) sowie den eingereichten Belegen zur aktuellen Auftragslage (act. 5/13) ist gerade noch hinreichend glaubhaft, dass der Beschwerdeführer im Falle der Gutheissung der Beschwerde einstweilen über genügend flüssige Mittel verfügt, um die offenen, in Betreuung gesetzten Schulden zu decken, und mit den Einnahmen aus dem Geschäftsbetrieb auch seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Vor diesem Hintergrund ist im heutigen Zeitpunkt glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung nicht auf eine ständige Illiquidität des Beschwerdeführers zurückzuführen ist. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Beschwerdeführers erscheint derzeit wahrscheinlicher als das Gegenteil, weshalb er nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt.

4. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Beschwerdeführers verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 17'382.10 ist der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. Oktober 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 17'382.10 der Beschwerdegegnerin auszusahlen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.-- wird bestätigt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.-- (Fr. 800.-- Zahlung des Beschwerdeführers sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und dem Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Grundbuchamt D. _____ und an das Betreibungsamt Oberwinterthur, 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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
2. November 2021