

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 19. Mai 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. April 2021 (EK210276)

### **Erwägungen:**

1.1 Am 12. April 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung des Gläubigers von Fr. 34'277.71 nebst Fr. 2'654.– Rechtsöffnungskosten und Fr. 208.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 5; Betreuung Nr. 1). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 21. April 2021 Beschwerde. Er beantragt, die Konkursöffnung aufzuheben und ersucht, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Er macht im Wesentlichen geltend, der Gläubiger verzichte auf die Durchführung des Konkurses und er sei zahlungsfähig (act. 2 u. 4/2–13).

1.2 Mit Verfügung vom 22. April 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldner darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch ergänzen könne (act. 8). Da sich nach Eintreffen der vorinstanzlichen Akten (act. 6/1–17) wie auch aufgrund der Darlegungen des Schuldners (act. 10) zeigte, dass ihm der Konkursöffnungsentscheid vom 12. April 2021 nicht förmlich zugestellt worden war, stellte die Kammer den Entscheid förmlich zu und wies den Schuldner darauf hin, dass die zehntägige Rechtsmittelfrist durch diese Zustellung ausgelöst werde (act. 12). Die Verfügung samt vorinstanzlichem Entscheid wurde dem Schuldner am 26. April 2021 zugestellt (act. 13/1). Das Fristende fiel damit auf den 6. Mai 2021. Am 6. Mai 2021 reichte der Schuldner fristgerecht weitere Unterlagen zur Ergänzung seiner Beschwerde ein (act. 14 u. 15/2–7). Die Sache erweist sich als spruchreif.

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. 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.

3. Der Schuldner reichte der Kammer innert Beschwerdefrist eine Erklärung des Gläubigers vom 21. April 2021 ein, wonach dieser das in der Betreuung Nr. 1 gestellte Konkursbegehren zurückziehe und auf die Durchführung des Konkurses im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG verzichte (vgl. act. 4/2). Im Weiteren hat der Schuldner ebenfalls innert Beschwerdefrist eine Bestätigung des Konkursamtes Aussersihl-Zürich vom 21. April 2021 beigebracht, wonach bei diesem ein Barvorschuss von Fr. 1'200.– geleistet wurde, der die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkurseröffnungsurteils decke (act. 4/3). Weiter leistete der Schuldner den Vorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– (act. 4/4). Damit weist der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichtes im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG durch Urkunden nach.

4.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit des Schuldners glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (statt vieler: OGer

ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

4.2 Der Schuldner ist als Inhaber der Einzelunternehmung "A1.\_\_\_\_\_" im Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen. Als Zweck ist "Dienstleistungen in den Bereichen Fitness, Training, Gesundheit und Ernährung" angegeben (act. 7). Als Grund für die finanziellen Schwierigkeiten bringt der Schuldner vor, das Personal Training Studio (A2.\_\_\_\_\_; www.A2.\_\_\_\_\_.ch) im Jahr 2019 eröffnet und keinen einfachen Start gehabt zu haben. Sie hätten aber schnell die Fixkosten bezahlen und mit regelmässigen Rückzahlungen für Darlehen und offene Rechnungen beginnen können. Vom ersten Lockdown 2020 aufgrund der Corona Pandemie hätten sie sich erholt, doch die bundesrätlich beschlossene, viermonatliche Zwangsschliessung ab dem 22. Dezember 2020 bis am 19. April 2021 habe dazu geführt, dass sie keine Umsätze mehr generiert hätten und ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr hätten nachkommen können. Aufgrund dessen seien viele Betreibungen eingegangen (act. 4/6 u. 4/7).

4.3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahren. Der Schuldner reicht einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 5 ein. Dieser erstreckt sich indes nicht über den Zeitraum von fünf Jahren, sondern lediglich die Zeit vom Zuzug des Schuldners am 1. Februar 2018 bis zum Wegzug am 31. März 2021 (act. 4/5), mithin über eine Zeitspanne von drei Jahren (act. 4/5). Obwohl der Schuldner von der Kammer explizit darauf hingewiesen worden war, bei Wohnsitzwechsel seien auch die Auszüge der Betreibungsämter der früheren bzw. späteren Wohnsitze einzureichen (act. 8 E. 3.2), reichte er keine weiteren Auszüge ein. Damit ist keine umfassende Beurteilung seines Zahlungsverhaltens möglich. Für die bekannte Periode ergibt sich, was folgt:

4.3.2 Der Betreibungsregisterauszug weist keine Verlustscheine, aber insgesamt 49 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 632'896.40 aus, welche sich über den

Zeitraum der letzten drei Jahre angesammelt haben. Der Grossteil der Betreibungen, mithin 37 Betreibungen, stammt aus den Jahren 2020 und 2021.

Bereits hier ist darauf hinzuweisen, dass entgegen dem Schuldner nicht erkennbar ist, dass insbesondere der zweite Lockdown zu besonders vielen Betreibungen geführt hätte. Lediglich neun der 49 Betreibungen stammen aus dieser Zeit. Der grösste Teil der Betreibungen, namentlich 28, stammen aus dem Jahr 2020, mithin der Zeit des ersten Lockdowns, wobei viele ihren Ursprung bereits in der Zeit davor haben dürften. Der Schuldner häufte damit seit Beginn seiner Geschäftstätigkeit, welche angeblich auf das Jahr 2019 fällt, Betreibungen an, und nicht erst während bzw. aufgrund des zweiten Lockdowns.

21 der in Betreuung gesetzten Forderungen wurden bezahlt, nach Verwertung befriedigt oder sind erloschen. Zum heutigen Zeitpunkt sind noch 28 Betreibungen im Umfang von Total Fr. 511'001.70 offen. Von diesen befinden sich Forderungen im Umfang von Fr. 258'094.50 im Anfangsstadium der Betreuung (Zahlungsbefehl), Forderungen im Umfang von Fr. 89'186.65, welche im Betreibungsregisterauszug neben der Konkursforderungen ebenfalls auf den Status "Konkursöffnung" gesetzt wurden, befinden sich nach Auskunft des Betreibungsamtes im Stadium der Pfändung bzw. Verwertung (act. 11). Für eine Forderung von Fr. 57'303.45 wurde Rechtsvorschlag erhoben. Für eine Forderung von Fr. 62'838.90 erging (neben der Forderung von Fr. 43'578.20, welche zur Konkursöffnung führte und bezüglich welcher ein Gläubigerverzicht vorliegt) die Konkursandrohung.

Der Schuldner nimmt in act. 4/6 zum Betreibungsregisterauszug Stellung und macht einleitend geltend, mit allen Gläubigern in Kontakt zu stehen und dass diese wüssten, dass er bald wieder öffnen, mithin das operative Geschäft wieder aufnehmen könne. Aus seiner Stellungnahme ergibt sich zu den einzelnen Betreibungen was folgt:

a) Hinsichtlich der Forderung der 'C.\_\_\_\_\_ AG', eingegangen am 27. November 2018, Stand Rechtsvorschlag, von Fr. 57'303.45 (Betreibung Nr. 2) macht der Schuldner geltend, diese bezahlt zu haben (act. 4/6). Er reicht einen Auszug aus seinem e-banking der UBS AG ein, aus welchem sich eine entspre-

chende Überweisung am 29. April 2019 ergibt (act. 4/9, 1. Blatt). Da aufgrund des überwiesenen Betrages von Fr. 56'233.50 plausibel ist, dass es sich um die Begleichung eben dieser Forderung handelt und die Betreuung offenbar auch nicht weiterverfolgt wurde, erscheinen die Ausführungen des Schuldners glaubhaft. Diese Forderung ist nicht zu berücksichtigen.

b) Für die Forderung der 'D.\_\_\_\_\_ GmbH', eingegangen am 10. Februar 2020, Stand Zahlungsbefehl, von Fr. 61'119.20 (Betreibung Nr. 3) macht der Schuldner sodann geltend, diese sei in ein Leasing umgewandelt worden (act. 4/6). Er reicht zum Beleg einen Leasingvertrag Nr. 20965/02 über "Fitness-/Kraft- und Ausdauergeräte" mit der 'E.\_\_\_\_\_ AG' vom 29. April bzw. 11. Mai 2020 ein (act. 4/8). Aufgrund des Umstandes, dass die 'D.\_\_\_\_\_ GmbH' darin als Lieferantin der Leasingobjekte aufgeführt ist und der Leasingvertrag rund zweieinhalb Monate nach Einleitung der genannten Betreuung abgeschlossen wurde, erscheint glaubhaft, dass die Forderung, welche einem Kaufvertrag entspringen dürfte (der Schuldner äussert sich hierzu nicht) im Rahmen des Abschlusses des Leasingvertrages mit der 'E.\_\_\_\_\_ AG' getilgt wurde. Diese Forderung ist daher ebenfalls nicht mehr zu berücksichtigen, bzw. wirkt sich nun in den monatlichen Fixkosten aus (so vom Schuldner auch berücksichtigt in act. 15/2).

c) Hinsichtlich der Forderung der 'F.\_\_\_\_\_ AG', eingegangen am 16. September 2020, Stand Zahlungsbefehl, von Fr. 4'894.95 (Betreibung Nr. 4) macht der Schuldner geltend, diese bezahlt zu haben (act. 4/6) und reicht wiederum einen Auszug aus seinem e-banking der UBS AG ein, aus welchem sich eine entsprechende Überweisung von Fr. 4'969.25 an das Betreibungsamt Zürich 5 am 12. Oktober 2020 unter der Angabe der Betreibungsnummer ergibt (act. 4/9, 2. Blatt). Damit ist glaubhaft gemacht, dass diese Forderung bezahlt ist, und sie ist nicht zu berücksichtigen.

d) Ebenfalls bezahlt habe der Schuldner die Forderung der 'G.\_\_\_\_\_ AG', Stand Zahlungsbefehl, im Betrag von Fr. 2'781.30 (Betreibung Nr. 5) (act. 4/6). Obwohl sich aus dem eingereichten Auszug aus seinem e-banking nicht zweifelsfrei ergibt, ob die am 2. März 2021 vorgenommene Zahlung zuhanden der genannten Gläubigerin über Fr. 2'845.95 zugunsten der Til-

gung der in Betreuung gesetzten Forderung erfolgte, erscheint es doch zumindest mit Blick auf das Beweismass des Glaubhaftmachens und mit Blick auf Art. 87 Abs. 1 OR als hinreichend wahrscheinlich. Diese Forderung ist ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

e) Hinsichtlich weiterer Forderungen (Betreibungen Nrn. 6 [Fr. 29'000.–], 7 [Fr. 29'000.–], 8 [Fr. 62'838.90], Gläubigerin: je H.\_\_\_\_ AG; Betreuung Nr. 9 [Fr. 72'500.–], Gläubiger: I.\_\_\_\_) macht der Schuldner geltend, mit den Gläubigern in Kontakt bezüglich Abzahlungen zu sein, und hinsichtlich der Betreuung Nr. 10, Gläubigerin: J.\_\_\_\_, sowie Betreuung Nr. 11, Gläubigerin 'K.\_\_\_\_ AG', sowie diverser Betreibungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, dass Teilrückzahlungen und Zahlungen für Mai bzw. Juni geplant seien. Dabei handelt es sich um gänzlich unbelegte Behauptungen. Immerhin hinsichtlich der Betreuung Nr. 6 der 'H.\_\_\_\_ AG' (Fr. 29'000.–) ist zu bemerken, dass innerhalb der einjährigen Frist nach Zustellung des Zahlungsbefehls kein Fortsetzungsbegehren gestellt wurde (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG). Alleine aus diesem Umstand lässt sich aber nicht ableiten, es fänden Verhandlungen zwischen Gläubigerin und Schuldner statt. Die Forderung als solches ist überdies unbestritten. Die genannten Forderungen sind daher vollumfänglich als noch offene Forderungen zu berücksichtigen. Auch die Behauptung, die Forderung der 'L.\_\_\_\_ AG' von Fr. 10'800.– (Betreibung Nr. 12) werde "durch Mietkaution beglichen", bleibt pauschal und unbelegt. Der Schuldner führt weder aus, was Grund der Forderung ist oder weshalb diese aus einer Mietkaution beglichen werde, noch ob, wo und in welchem Umfang überhaupt ein Mietkautionskonto besteht. Diese Forderung ist ebenfalls vollumfänglich zu berücksichtigen.

4.3.3 Damit ergeben sich offene Betreuungsforderungen im erheblichen Umfang von insgesamt Fr. 384'902.80 (Fr. 511'001.7 ./ Fr. 126'098.90). Davon dringendst zu beglichen ist die Forderung, für welche eine Konkursandrohung (neben derjenigen, für die der Gläubigerverzicht vorliegt) ergangen ist (Fr. 62'838.90); ebenfalls sind diejenigen als dringlich anzusehen, welche sich bereits im Stadium der Pfändung bzw. der Verwertung befinden (Fr. 89'186.65).

Anzahl und Umfang der Betreibungen lassen insgesamt auf einen schlechten Geschäftsgang bzw. ein unzureichendes Zahlungsverhalten seit Aufnahme der Geschäftstätigkeit schliessen (hierzu auch noch nachfolgend). Zu erwähnen ist zudem bereits hier, dass über die Hälfte der Betreibungen – sowohl bezahlte als noch offene – für öffentlich-rechtliche Forderungen erfolgten. 18 der insgesamt 49 Betreibungen erfolgten durch die Sozialversicherungsanstalt Zürich, sieben der Betreibungen durch die Schweizerische Eidgenossenschaft und zwei durch den Kanton bzw. Stadt und Staat Zürich (act. 4/5). Dies hinterlässt bereits einen schalen Nachgeschmack, zeigt sich doch, dass sich der Schuldner für öffentlich-rechtlich geschuldete Zahlungen und insbesondere für Forderungen der Sozialversicherungsanstalt Zürich regelmässig betreiben liess, mithin für öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG, die nicht der Konkursbetreibung unterliegen und aufgrund deren keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht. Dies spricht nicht für eine positive Zahlungsbereitschaft des Schuldners und ist negativ zu werten (dazu KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 14).

4.4.1 Zu berücksichtigen sind aber nicht nur die noch offenen Betreibungen, sondern die allgemeine finanzielle Situation des Schuldners.

Der Schuldner führt hierzu aus (vgl. bereits hiavor E. 4.2), es hätten sich viele Betreibungen angehäuft, weil sie durch die Corona-Pandemie zur Schliessung gezwungen worden und Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachgekommen seien. Für die Monate Februar/März/April erwarte er Kurzarbeitsentschädigung von etwa Fr. 45'000.–, zudem für sich selbst Fr. 7'500.– Corona-Erwerbsersatzentschädigung für März und April 2021. Überdies melde er sich für die Corona Härtefallunterstützung an, wobei er eine Unterstützung im Umfang von Fr. 150'000.– erwarte. Aktuell sei nach Ende des zweiten Lockdowns die Nachfrage nach Personaltraining – auch aufgrund des alljährlichen Bedürfnisses, vor dem Sommer in Form zu kommen – riesig. Seine Kunden bezahlten monatlich zwischen Fr. 899.– und Fr. 1'499.–. Dadurch komme viel Liquidität rein, mit welcher schrittweise Schulden abgebaut werden könnten (act. 4/7).

4.4.2 Sachdienliche Unterlagen zum Beleg seiner finanziellen Situation reicht der Schuldner kaum ein. Weder liegen der Kammer eine aktuelle (Zwischen-)Bilanz, noch eine Erfolgsrechnung, auch nicht vergangener Perioden, oder irgendwelche Steuerelemente vor, welche ein auch nur einigermaßen aussagekräftiges Bild über seine finanzielle Situation zulassen würden. Es findet sich in den Unterlagen auch weder eine Debitoren- noch eine Kreditorenliste. Dies, obwohl der Schuldner mit Verfügung vom 22. April 2021 ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass diese Unterlagen zur Beurteilung seiner Zahlungsfähigkeit erforderlich wären (act. 8 S. 3 f.) und obwohl er angesichts der erst ab der Zustellung der Verfügung vom 23. April 2021 (act. 12) laufenden Beschwerdefrist zur Einreichung dieser Dokumente ausreichend Zeit gehabt hätte. Auch sonst erfolgen kaum Angaben und Belege zum Betrieb des Fitnessstudios. Der Schuldner legt nicht dar, wie viele Angestellte er zu welchen Konditionen beschäftigt, wie hoch die monatlichen Mietausgaben sind, für wie viele Kunden das Fitnessstudio Kapazität aufweist oder welche monatlichen Einnahmen bei einer maximalen Auslastung und mit Blick auf den aktuellen Bestand an Personal und Material möglich wären. Zwar lassen sich einige Angaben zu den monatlichen Aufwendungen aus der eingereichten "Planerfolgsrechnung" (act. 15/2, hierzu nachfolgend E. 4.4.2.dbb) entnehmen. Durch irgendwelche Dokumente belegt sind die dortigen Angaben indes nicht.

Unter diesen Umständen ist es nicht möglich, sich ein Bild über die gesamten aktuell vorhandenen Aktiven und Passiven sowie allfällige Gewinne und Verluste zu machen. Bereits an dieser Stelle stellt sich die Frage, wie weit eine Prüfung der Zahlungsfähigkeit unter den gegebenen Umständen, namentlich mangels hinreichender Behauptungen und Belegen, überhaupt möglich ist.

Aus den wenigen eingereichten Unterlagen ergibt sich immerhin, was folgt:

a) Für die Zeit vor dem ersten Lockdown macht der Schuldner geltend, einen schweren Start gehabt – das aktuelle Geschäft wurde offenbar im Jahr 2019 (wobei nicht bekannt ist, wann genau) aufgenommen –, dann aber die Fixkosten gedeckt zu haben. Unterlagen, welche einen Schluss auf die finanzielle Situation in diesem Zeitraum zulassen würden, liegen keine vor. Es ist nicht bekannt, ob und in welchem Umfang bereits Kunden vorhanden waren. Negativ fällt auf, dass der Schuldner bereits im Jahr 2019 wiederholt für öffentlich-rechtliche Forderungen

gen betrieben wurde (act. 4/5). Dies zeigt, dass er schon damals nicht in der Lage war, allen Verpflichtungen nachzukommen, mithin wie behauptet die Fixkosten zu decken. Obwohl nicht bekannt ist, in welchem Umfang Aufwendungen für Löhne und Mietzinse bzw. Leasinggebühren anfielen, wurde er in der Zeit vor dem Lockdown für solche Forderungen nicht betrieben. Dies zeigt immerhin, dass er diese laufenden Ausgaben, welche eminent für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes sind, offenbar zu decken in der Lage war; möglicherweise möchte er also die Fixkosten nur auf diese Forderungen bezogen haben.

b) Für die Zeit nach dem ersten coronabedingten Lockdown, von welchem sich der Schuldner gemäss den eigenen Ausführungen erholt habe, reicht er einzig einen Beleg zu Kontobewegungen für die Zeit zwischen dem 1. September 2020 und dem 31. Dezember 2020 ein (act. 4/12). Aus act. 4/12 ("Kontotransaktionen 01.09.2020–31.12.2020") ergibt sich ein Anfangssaldo von rund Fr. 27'800.– und ein Schlussaldo von rund Fr. 17'800.–, womit der Schuldner für diese Zeit (alleine gestützt auf diesen Bankbeleg) insgesamt einen Verlust von rund Fr. 10'000.– generierte. Zwar erscheint dieser Verlust im Verhältnis zu den Guthchriften von rund Fr. 335'000.– in drei Monaten, mithin über Fr. 110'000.– monatlich, verhältnismässig gering, auch, da sich ergibt, dass der Schuldner vom genannten Konto die Zahlung in der Betreuung Nr. 4 von Fr. 4'969.25 (vgl. hiavor. E. 4.3.2.c) leistete. Bezüglich der erfolgten Ein- und Auszahlungen ist aber grösstenteils nichts bekannt und nicht dargetan, wofür diese erfolgten und insbesondere, inwiefern bzw. in welchem Umfang diese im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Schuldners stehen. Immerhin finden sich Hinweise auf gewisse Fixkosten des Schuldners. So findet sich auf S. 2 ff. Belastungen mit dem Betreff "LEASING GERAETE", "UMBAU GYM RATE", "LOHN M. \_\_\_\_ NOV.", "N. \_\_\_\_ LOHN NOV.", "O. \_\_\_\_ NOVEMBER", "MARKETING", "WEBSITE HOSTING", "LOHN P. \_\_\_\_ NOV." etc. Damit ergibt sich, dass zumindest gewisse Buchungen im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit stehen – offen bleibt, in welchem Gesamtumfang. Mangels weiterer sachdienlicher Unterlagen bzw. weiterer Angaben zu dem Kontoauszug ist die finanzielle Gesamtsituation aber auch in dieser Zeit kaum beurteilbar.

c) Damit ergibt sich für die Vergangenheit insgesamt ein unvollständiges Bild. Es zeigt sich aber, dass der Schuldner seinen Zahlungspflichten bereits in der Vergangenheit in erheblichem Umfang nicht nachkam und Schulden anhäufte. Teilweise kann dies auf die schwierige coronabedingte Situation, welche insbesondere Fitnessstudios hart traf, zurückgeführt werden. Indes stellt sich die finanzielle Situation des Schuldners bereits vor der Pandemie und in der Zeit zwischen den Lockdowns, in welchen das Studio betrieben werden konnte, nicht gut bzw. schwer beurteilbar dar.

d) Für die Frage der Zahlungsfähigkeit letztlich entscheidend ist aber in erster Linie die aktuelle und künftige finanzielle Situation des Schuldners. Auch hier fällt negativ ins Gewicht, dass wie gezeigt keine vollständige Auskunft über die finanzielle Gesamtsituation, namentlich auch über aktuellen Aktiven und Passiven des Schuldners, vorliegt.

Einzig aus einem Bankkontoauszug ("Kontoauszug seit Wiedereröffnung") ergibt sich, dass der Schuldner per 6. Mai 2021 offenbar über einen positiven Saldo von rund Fr. 22'000.– verfügte (act. 15/3; wobei auffällt, dass die dortigen Angaben nicht mit den Angaben in act. 4/11 übereinstimmen, gemäss welchem der Saldo per 4. Mai 2021 Fr. 16'380.38 betragen hat, in act. 15/3 jedoch Fr. 12'594.98). Diese (einzig bekannten) Aktiven stehen aktuell bekannten Schulden (wobei die tatsächlichen Schulden regelmässig höher sind als im Betreibungsregisterauszug ausgewiesen) von wie gezeigt rund Fr. 385'000.– gegenüber. Diese Aktiven reichen bei weitem nicht, diese Schulden bzw. nur schon die davon dringendsten Verbindlichkeiten (vgl. E. 4.3.3) zu tilgen.

Es fragt sich unter diesen Gegebenheiten, ob der Schuldner glaubhaft machen kann, aus seinen laufenden Einnahmen die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden abtragen zu können (vgl. E. 4.1). Diesbezüglich reicht der Schuldner zum einen über seine Website erfolge Kontaktforderungen ein (act. 4/13), zum andern eine "Planerfolgsrechnung" für die Jahre 2021–23 (act. 15/2). Miteinzubeziehen in die Beurteilung ist ebenfalls der bereits erwähnte "Kontoauszug seit Wiedereröffnung" (act. 15/3).

aa) Der Schuldner führt zu seiner Auftragslage aus, viele Anfragen via Website und telefonisch zu haben, wobei ein Kunde pro Monat zwischen Fr. 899.– und Fr. 1'499.– bezahle (act. 4/7). Er reicht 44 Anfragen für die Zeit zwischen dem 27. Dezember 2020 und dem 19. April 2021, mithin für die Zeit während des zweiten Lockdowns, ein (act. 4/13), was rund zwölf Anfragen pro Monat ergibt. Nicht beurteilbar ist, ob dies dem üblichen Umfang an Anfragen entspricht oder ob aufgrund des Lockdowns die Nachfrage eher grösser oder kleiner als normal ist. In welchem Umfang diese Anfragen zu tatsächlichen Buchungen führen und konkret was zu welchem Preis und für welche Zeitdauer gebucht wird, legt der Schuldner nicht dar. Es fällt indes auf, dass sich ein Grossteil der Anfragen darauf bezieht, ob im Betrieb des Schuldners während des Lockdowns personal training möglich sei. Ginge man zu Gunsten des Schuldners von der unrealistischen Annahme aus, dass jede Anfrage zur Einnahme von Fr. 1'500.– führte (wobei nicht berücksichtigt ist, dass tatsächlich einzelne Kunden allenfalls auch über mehrere Monate diesen Betrag leisten und andere Anfragen gar nicht zu einem Abschluss führen dürften), ergäbe dies monatliche Einnahmen von Fr. 18'000.– (12\*Fr. 1'500.–). Dass darüber hinaus noch telefonische Anfragen erfolgen, substantiiert der Schuldner nicht weiter, weshalb diese pauschale und insbesondere unbezifferte Behauptung nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Für die Zeit nach dem zweiten Lockdown (26.04.2021 – 06.05.2021) reicht der Schuldner wiederum einen Bankkontoauszug ein (act. 15/3) mit der Bemerkung, die Buchungen der "Q.\_\_\_\_\_" entsprächen den Aboeinnahmen im Gym. Es finden sich im Auszug acht solcher Buchungen zu einem Gesamtbetrag von rund Fr. 29'300.–. Bei den Einnahmen nicht zu berücksichtigen sind die darüber hinaus behaupteten Fr. 6'000.–, die der Schuldner in bar eingenommen haben will (act. 15/3), fehlt es doch gänzlich an Belegen (z.B. Quittungen). Damit macht der Schuldner aber doch glaubhaft, dass nach Wiedereröffnung innerhalb von nur zwei Wochen schon substantielle Einnahmen generiert werden konnten.

bb) Aus der vom Schuldner sodann eingereichten "Planerfolgsrechnung" (act. 15/2), bei welcher es sich letztlich um eine Budgetaufstellung bzw. Prognose für die nächsten Jahre handelt, ergibt sich, dass der Schuldner für das Jahr 2021 bei einem Ertrag von Fr. 700'000.– aus dem Betrieb des Fitnessstudios nach Ab-

zug der Aufwendungen insgesamt von einem Verlust von Fr. 6'252.– ausgeht. In seiner Aufstellung bereits berücksichtigt hat der Schuldner den coronabedingten Lohnersatz bzw. die Kurzarbeitsentschädigung sowie die von ihm erwartete Härtefallentschädigung im Umfang von Fr. 80'000.– (wobei er nicht weiter dartut bzw. belegt, eine solche tatsächlich beantragt zu haben und fraglich bleibt, ob ihm eine solche zukommen wird).

Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei dieser Aufstellung um eine blosser Behauptung bzw. Prognose des Schuldners handelt. Zweifelhaft erscheint mit Blick auf das oben Wiedergegebene dabei bereits, ob der Schuldner tatsächlich in der Lage sein wird, im Jahr 2021 einen Ertrag von Fr. 700'000.– zu erzielen. Wie gezeigt, wäre selbst wenn man zu seinen Gunsten von maximalen Buchungen für sämtliche online-Anfragen ausginge, mit monatlichen Einkünften von Fr. 18'000.– zu rechnen. Dies entspräche in acht Monaten, in denen das Fitnesscenter noch geöffnet sein kann, einem Ertrag von Fr. 144'000.–. Selbst wenn unter Berücksichtigung der Einnahmen seit Wiedereröffnung von Fr. 29'000.– innert zwei Wochen mit zukünftigen zusätzlichen monatlichen Einnahmen von Fr. 15'000.– gerechnet würde, reichte dies nicht, in den verbleibenden acht Monaten die geplanten Fr. 700'000.– zu erreichen. Dass die Einnahmen für den Rest des Jahres derart hoch bleiben, erscheint sodann ohnehin unwahrscheinlich, ergibt sich doch aus den Ausführungen des Schuldners selbst, dass die Nachfrage aktuell mit Blick auf den Sommer und das Ende des Lockdowns ungewöhnlich hoch ist.

Darüber hinaus ist in der Aufstellung des Schuldners nicht ersichtlich bzw. wird von ihm nicht dargetan, dass darin Rückzahlungen für die oben genannten Schulden enthalten sind. Zwar sind unter dem Titel "Kapitalaufwand" u.a. "Zinsen Fremdkapital Darlehen" Aufwendungen von rund Fr. 51'000.– berücksichtigt. Wofür konkret dieser Betrag aufgewendet wird, bleibt aber offen. Es ist mangels anderslautender Angaben davon auszugehen, dass dieser Betrag im Zusammenhang mit dem unten auf dem Blatt aufgeführten "Fremdkapital Darlehen (Amortisation Darlehen 10 Jahre) von Fr. 2'000'000.–" aufgewendet wird (wobei nicht bekannt ist, um was für ein Darlehen es sich handelt). Nicht ersichtlich ist jedenfalls, dass dieser im Zusammenhang mit den bekannten, noch offenen Schulden gemäss Betreibungsregisterauszug stehen würde. Damit ergibt sich letztlich, dass

im Budget für das Jahr 2021 keine Rückzahlungen für die genannten Schulden berücksichtigt sind. Dasselbe Bild zeigt sich für die Jahre 2022 und 2023: Gemäss seiner Prognose rechnet der Schuldner für das Jahr 2022 mit einem Ertrag aus dem Fitnesscenter von Fr. 1'500'000.– und nach Abzug der Aufwendungen mit einem Gewinn von Fr. 240'662, für das Jahr 2023 mit einem Ertrag von Fr. 1'700'000.– und letztlich einem Gewinn von Fr. 260'135.–, jeweils ohne dass die Rückzahlung der Schulden in dieser Berechnung erkennbar berücksichtigt ist.

e) Mit Blick auf all das ist nicht glaubhaft, dass der Schuldner (mangels ausreichender Aktiven) aus den laufenden Einnahmen neben den laufenden Verbindlichkeiten wie Löhnen, Mietaufwand, etc. (vgl. diesbezüglich im Detail act. 15/2) aktuell die dringendsten Verbindlichkeiten bezahlen kann, mithin zumindest die Forderung von Fr. 62'838.90, für welche eine Konkursandrohung ergangen ist und die Forderungen im Umfang von Fr. 89'186.65, welche sich bereits im Stadium der Pfändung bzw. Verwertung befinden, ist doch sein Geschäftsergebnis für das Jahr 2021 selbst ohne Berücksichtigung dieser Forderungen negativ. Auch eine Abtragung der bestehenden Schulden von total Fr. 384'902.80 innert längstens zwei Jahren erscheint – auch wenn von einer vollumfänglichen Verwirklichung der in der "Planerfolgsrechnung" aufgeführten Zahlen ausgegangen würde – als nicht möglich. Selbst wenn der Schuldner den gesamten, von ihm prognostizierten Gewinn der nächsten zwei Jahre von Fr. 342'800.– für die Schulden aufwendete (Fr. 240'662.– plus  $\left[\frac{5}{12}\right] \cdot 260'135.–$  ./ Fr. 6'252.–), reichte dies nicht zur Abzahlung der bekannten Schulden aus.

4.5. Damit gelingt es dem Schuldner insgesamt nicht, seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

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 Parteienschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; dem Schuldner nicht aufgrund seines Unterliegens, dem Gläubiger nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **Mittwoch, 19. Mai 2021, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Aargau und an das Betreibungsamt Zürich 5, je gegen Empfangsschein.
5. 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneeblei

versandt am: