

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190054-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 2. April 2019

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-  
gerichtes Winterthur vom 4. März 2019 (EK190032)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt.mm.2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C. \_\_\_\_\_ - A. \_\_\_\_\_". Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt das Einzelunternehmen im Wesentlichen den Handel mit Motorfahrzeugen sowie Import und Export (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom tt.mm.2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Winterthur (fortan Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners (fortan Gläubiger) von Fr. 426.10 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 3 = act. 8 = act. 9/5).

1.3. Gegen das Urteil vom 4. März 2019 (zugestellt am 12. März 2019, act. 9/6) erhob der Schuldner mit Eingabe vom 22. März 2019 (Datum Poststempel) fristgerecht Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2), welche ihm mit Verfügung vom 26. März 2019 einstweilen gewährt wurde (act. 10).

1.4. Da der Schuldner bereits am 22. März 2019 Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (vgl. act. 5/4), konnte von einer Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses abgesehen werden.

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 9/1-6). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. 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, Hinterle-

gung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

2.2. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3.

3.1. Der Konkursöffnung liegt eine Forderung von Fr. 426.10 (einschliesslich Zinsen von 5% auf dem Betrag von Fr. 350.– seit 19. August 2018 und Fr. 66.60 Betreuungskosten) zu Grunde (vgl. act. 3 und act. 9/2/2). Der Schuldner belegt, die Forderung des Gläubigers inkl. Zinsen und Kosten am 22. März 2019 beim Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur sichergestellt bzw. einbezahlt zu haben (act. 5/3). Damit hat der Schuldner die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten beim Konkursamt hinterlegt. Das Gesetz sieht zwar nebst der Tilgung der Schuld (direkt an den Gläubiger) die Hinterlegung der Schuld (zu Händen des Gläubigers) nur bei der Rechtsmittelinstanz vor (vgl. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes wird es aber als überspitzt formalistisch angesehen, eine rechtzeitige und ausreichende Hinterlegung der Schuld bei der ersten Instanz oder dem Betreibungsamt nicht gelten zu lassen (vgl. KUKO SchKG-Peter Diggelmann, Art. 174 N. 9; offen gelassen hingegen in BGer Urteil 5A\_801/2014 vom 5. Dezember 2014 E. 6.1). Entsprechendes muss auch für die Hinterlegung der Schuld beim Konkursamt mit entsprechender Bestätigung des Konkursamtes gelten, umso mehr, wenn wie vorliegend klar aus der Bestätigung hervorgeht, für welche Schuld die Summe einbezahlt respektive hinterlegt worden ist. Der Schuldner hat damit die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt) einschliesslich Zinsen und Kosten hinter-

legt. Sodann liegt eine Bestätigung des Konkursamtes Oberwinterthur-Winterthur vom 22. März 2019 vor, wonach der Schuldner beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 600.– sichergestellt hat (act. 5/2). Ebenso hat der Schuldner, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 5/4, oben E. 1.4). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) wurde damit innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.2. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, welcher beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner hingegen noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

3.3. 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 hat, die Behauptungen 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 vom 10. Juli 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 Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem vom Schuldner eingereichten Auszug vom 22. März 2019 (act. 5/14) resultiert folgendes Bild: Im Zeitpunkt vom 11. Mai 2018 bis 6. Februar 2019 wurden 15 Einträge verzeichnet. Sechs Einträge betreffen Forderungen, welche bereits beim Betreibungsamt bezahlt wurden. Vier Forderungen mit einer Gesamtsumme von Fr. 10'066.05 stehen im Stadium der eingeleiteten Betreibung. Eine weitere Forderung im Wert von Fr. 3'242.55 ist bereits bis zur Pfändung fortgeschritten. Für zwei Forderungen in Höhe von Fr. 2'662.95 wurde dem Schuldner der Konkurs angedroht. Daneben besteht die Forderung in Höhe von Fr. 350.– welche zur vorliegenden Konkurseröffnung geführt hatte, aber durch die Bezahlung an das Konkursamt sichergestellt wurde. Gegen eine Forderung in Höhe von Fr. 928.35 hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben. Die Summe der offenen Forderungen (ohne diejenige, welche der Schuldner sichergestellt hat respektive gegen welche er Rechtsvorschlag erhoben hat), beläuft sich somit auf Fr. 15'971.55. Der Schuldner bestreitet diese Forderungen – mit Ausnahme derjenigen, gegen welche er Rechtsvorschlag erhoben hat – nicht (vgl. act. 2 Rz. 9).

3.5. Der Schuldner erklärt, im Autohandel tätig zu sein und seine Geschäfte zuerst über die Einzelfirma "C. \_\_\_\_\_ - A. \_\_\_\_\_" und ab September 2018 über die am tt. September 2017 gegründete "C. \_\_\_\_\_ GmbH" (vgl. act. 5/6) abgewickelt zu haben. Die Einzelfirma habe er "stillgelegt", aber bisher noch nicht löschen lassen. Zur Darlegung seiner Zahlungsfähigkeit stützt sich der Schuldner hauptsächlich auf den Geschäftsgang der GmbH. Dies ist einerseits nachvollziehbar, nachdem er sein Geschäft von der Einzelfirma auf die GmbH übertragen hat. Andererseits handelt es sich bei der GmbH um eine eigenständige juristische Person,

welche mit der Einzelunternehmung nicht gleichgesetzt werden kann. Da der Schuldner aber der alleinige Eigentümer der GmbH ist, kann deren Geschäftstätigkeit zur Beurteilung seiner finanziellen Lage und insbesondere, ob er damit einen (ausschüttbaren) Gewinn erzielt, mit welchem er seine offenen Forderungen begleichen könnte, berücksichtigt werden. Der Schuldner führt denn auch aus, dass er sich jeweils nur einen Lohn von Fr. 6'500.– brutto ausbezahlt habe und er zur Tilgung seiner Schulden sowohl seinen Lohn erhöhen oder sich über die GmbH ein Darlehen gewähren könnte (vgl. act. 2 Rz. 7). Der Schuldner erklärt, mit der GmbH im Jahr 2016 einen Gewinn vom Fr. 37'863.55 und im Jahr 2017 einen Gewinn von Fr. 41'342.06 erzielt zu haben. Für das Jahr 2018 liege noch kein Abschluss vor, es sei aber wie in den Vorjahren ebenfalls ein Gewinn erzielt worden (vgl. act. 2 Rz. 6). Der Saldo des Geschäftskontos liege zwar aktuell bei nur Fr. 22.50. In den nächsten Tagen würden jedoch aus einem kürzlich erfolgten Verkauf eines Mercedes Benz S350 Fr. 49'990.– und aus einem weiteren Verkauf weitere Mittel eingehen. Der Wert des Fahrzeugparks der GmbH belaufe sich ferner auf rund Fr. 300'000.–. Im Jahr 2018 seien gegen die GmbH zwar einzelne Betreibungen eingegangen, diese seien jedoch allesamt bezahlt worden (act. 2 Rz. 6).

3.6. Der Schuldner reicht einen Betreibungsregistrauszug der "C.\_\_\_\_\_ GmbH" vom 22. März 2019 ein (act. 5/12), welcher (nebst drei bezahlten Forderungen) drei offene Betreibungen des Strassenverkehrsamtes des Kantons Zürich vom 23. Juli 2018 mit einer Summe von insgesamt Fr. 336.90 ausweist. Der Schuldner belegt aber mit entsprechenden Abrechnungen des Strassenverkehrsamtes des Kantons Zürich vom 22. März 2019 (act. 5/13), diese drei Forderung am 5. September 2018 beglichen zu haben. Somit ist zutreffend, dass gegenüber der GmbH aktuell keine offenen Betreibungen bestehen. Die (nicht unterzeichnete) Bilanz 2016 weist einen Ertrag aus Autoverkäufen und Leasing von rund Fr. 186'000.– aus. Der Aufwand setzt sich aus dem Einkauf von Fahrzeugen (ca. 112'000.–), dem Lohn des Schuldners von damals lediglich Fr. 24'000.– sowie weiterem Aufwand zusammen, wonach ein Gewinn von rund Fr. 37'000.– verblieb (act. 5/7). Im Jahr 2017 resultierte bei einem Ertrag von Fr. 1'445'103.15 ein Gewinn von Fr. 41'342.06 (act. 5/8). Der Personalaufwand lag bei

Fr. 92'794.55, wovon dieser im Umfang von Fr. 78'000.– den Lohn des Schuldners vor Sozialabgaben und Versicherungen ausmachte. Nachdem die selbständige Erwerbstätigkeit des Schuldners somit gewinnbringend ist, er in den Jahren 2016 und 2017 den Gewinn nicht ausgeschüttet hat und die im Betreibungsregister erfasste Schuld knapp Fr. 16'000.– beträgt, ist es zumindest glaubhaft, dass der Schuldner über ein Darlehen der GmbH oder eine Dividendenausschüttung die dringendsten Verbindlichkeiten sofort und die weiteren Schuldner innert nützlicher Frist wird begleichen können. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist somit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit und die Zahlungsfähigkeit somit hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der am 4. März 2019 über den Schuldner eröffnete Konkurs aufzuheben.

3.7. Was die vorzunehmende Löschung der inaktiven Einzelunternehmung betrifft, wird im Übrigen auf Art. 39 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV) verwiesen.

4.

Der Schuldner hat trotz der Gutheissung seiner Beschwerde die Kosten beider Instanzen zu tragen, da er durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom tt.mm.2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren des Gläubigers vom 17. Januar 2019 wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.

3. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'526.10 (Fr. 1'026.10 Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'500.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Gläubiger Fr. 2'226.10 (Fr. 1'800.– Barvorschuss und Fr. 426.10 Forderung) und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger 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 und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:  
2. April 2019