

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

0

Geschäfts-Nr.: PS210159-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

## Urteil vom 20. September 2021

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Versicherungen AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. August 2021 (EK211076)**

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### **Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. A.\_\_\_\_\_ (fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt.mm.2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_" mit Domizil an der D.\_\_\_\_\_-strasse ... in ... Zürich. Gemäss Eintrag im Handelsregister bezweckt das Einzelunternehmen die Beratung im Bereich der Unternehmensführung, des Baumanagements und sowie Handel aller Art (vgl. act. 5).
2. Mit Urteil vom 12. August 2021, 11:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich gestützt auf die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 2 (Zahlungsbefehl vom 4. Februar 2021, act. 7/2/2) und die Konkursandrohung vom 9. April 2021 (act. 7/2/3) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'948.95 (= Fr. 1'548.20 nebst 5% Zins seit 5. Februar 2021, Fr. 13.30 Zinsen, Fr. 240.– Mahngebühren sowie Fr. 173.80 Betreuungskosten; vgl. act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/8). Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 27. August 2021 (gleichentags persönlich überbracht) samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde (vgl. act. 2 und act. 4/1–12, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/11).
3. Am 30. August 2021, mithin innert noch laufender Beschwerdefrist, überbrachte der Schuldner der Kammer eine Ergänzung zur Beschwerdeschrift sowie weitere Unterlagen (act. 9, act. 10/1–2, act. 13 und act. 14). Mit Verfügung vom 30. August 2021 wurde der Beschwerde in der Folge einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11).
4. Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 750.– hat der Schuldner bereits am 27. August 2021 bei der Kasse des Obergerichtes des Kantons Zürich geleistet (act. 4/10 und act. 8). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-11). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und (kumulativ) seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2. Der Schuldner weist mittels Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 2 nach, am 27. August 2021 die Konkursforderung (Betreibung-Nr. 1) samt Zinsen und Kosten bezahlt zu haben (act. 4/6). Weiter belegt der Schuldner mittels Quittung des Konkursamtes Enge-Zürich vom 27. August 2021 und Bestätigung des Konkursamtes Enge-Zürich vom 30. August 2021, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt zu haben (act. 4/9 und act. 10/2). Damit ist die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt und sind die Kosten des Verfahrens hinterlegt.

3.1. Wird die Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten) – wie hier – erst nach der Konkursöffnung hinterlegt, kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung nur dann aufheben, wenn der Schuldner zusätzlich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass insgesamt glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine 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 (vgl. OGer ZH PS180150 vom 14. September 2018 E. 2.3). Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners muss wahrscheinlicher sein als seine Zahlungsunfähigkeit (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).

3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Dem Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 27. August 2021 über den Schuldner (act. 4/11) sind für den Zeitraum vom 23. September 2016 bis 22. Juni 2021 insgesamt 47 Betreibungen zu entnehmen. Davon sind gemäss Betreibungsregisterauszug vom 27. August 2021 jedoch nur noch drei Betreibungen offen; die restlichen Betreibungsforderungen (inkl. Konkursforderung [Betreibung Nr. 1]) wurden vom Schuldner an das Betreibungsamt bezahlt bzw. eine davon ist inzwischen erloschen.

Bei den gemäss Betreibungsregisterauszug vom 27. August 2021 noch offenen Betreibungsforderungen handelt es sich um die Folgenden:

| Datum | Betreibungs-Nr. | Gläubigerin | Forderung<br>in CHF | Status (Stand per<br>27. August 2021) |
|-------|-----------------|-------------|---------------------|---------------------------------------|
|-------|-----------------|-------------|---------------------|---------------------------------------|

|            |   |   |          |   |
|------------|---|---|----------|---|
| 29.05.2017 | 2 | E._____ AG, ... Zürich  | 342.00   | Konkursandrohung                          |
| 22.06.2017 | 3 | F._____ AG, ... Basel   | 410.90   | Konkursandrohung                          |
| 29.11.2017 | 4 | Kanton Zürich, vertr.<br>durch Kantonales<br>Steueramt Zürich,<br>Dienstabteilung<br>Bundessteuer,<br>8090 Zürich | 6'591.25 | Betreibung eingeleitet;<br>Zahlungsbefehl |

Betreffend die Betreibungsforderungen Nrn. 2 und 3 macht der Schuldner geltend, diese inzwischen bezahlt zu haben. Allerdings fehlten ihm die entsprechenden Quittungen. Ebenfalls getilgt habe er inzwischen die Betreibungsforderung Nr. 4 vom 29. November 2017 über den Betrag von Fr. 6'591.25. Er habe diesbezüglich mit dem Kantonalen Steueramt Rücksprache gehalten und die Zahlungsmeldung an das Betreibungsamt werde nun noch nachgeholt (act. 10/1 S. 1). Letzteres belegt der Schuldner mittels Zahlungsmeldung des Kantonalen Steueramtes Zürich, Dienstabteilung Inkasso, vom 31. August 2021 an das Betreibungsamt Zürich 2 (act. 14). Eine ihm vorab per E-Mail zugestellte Kopie der Zahlungsmeldung hat der Schuldner noch am 30. August 2021, mithin noch innert laufender Beschwerdefrist, bei der Kammer vorbeigebracht (vgl. act. 13).

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass von den aus dem Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 27. August 2021 ersichtlichen Betreibungsforderungen gegen den Schuldner derzeit einzig noch die Betreibungsforderungen Nrn. 2 und 3 über den Betrag von insgesamt Fr. 752.90 offen sind bzw. deren Tilgung zumindest nicht urkundlich belegt ist. Da in diesen beiden Betreibungen bereits die Konkursandrohung erfolgt ist, hätte der Schuldner für die Bejahung seiner Zahlungsfähigkeit grundsätzlich aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, die Betreibungsforderungen im Betrag von insgesamt Fr. 752.90 jederzeit unmittelbar zu tilgen. Nachdem die fraglichen Betreibungen hier jedoch aus dem Mai bzw. Juni 2017 datieren, also inzwischen über vier Jahre zurückliegen, ist das Folgende anzumerken: Das Recht des Betreibungsgläubigers, ein Konkursbegehren zu stellen, erlischt gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG 15 Monate nach der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner. Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht diese Frist zwischen der Einleitung und der Erledigung

eines dadurch veranlassten gerichtlichen Verfahrens still. Hier ist aus dem Betreibungsregistrauszug zwar nicht ersichtlich, wann genau dem Schuldner die Zahlungsbefehle in den fraglichen Betreibungen Nrn. 2 und 3 vom 29. Mai 2017 bzw. 22. Juni 2017 zugestellt wurden. Jedoch ist dies in der Regel wenige Tage bis Wochen nach dem Stellen des Betreibungsbegehrens der Fall, sodass davon ausgegangen werden kann, dass dem Schuldner die Zahlungsbefehle in den beiden vorgenannten Betreibungen noch im Jahr 2017 zugestellt worden sind. Selbst wenn der Schuldner gegen die Betreibungsforderungen Rechtsvorschlag erhoben hätte und es in der Folge wegen eines gerichtlichen Verfahrens zu einem Fristenstillstand gekommen sein sollte, wäre das Recht der Betreibungsgläubiger zum Stellen des Konkursbegehrens inzwischen deshalb mit grosser Wahrscheinlichkeit erloschen. Sollten die beiden Betreibungsforderungen – entgegen der (unbelegt gebliebenen) Behauptung des Schuldners – noch offen sein, drohte durch sie bei nicht sofortiger Tilgung jedenfalls kaum sofort eine erneute Konkurseröffnung über den Schuldner.

3.3 Der Schuldner gibt im Übrigen an, keine weiteren Schulden zu haben; insbesondere bestünden keine offenen Posten bei Debitoren der Einzelunternehmung, denn spätestens seit dem Jahr 2017 habe keine aktive Geschäftstätigkeit derselben mehr stattgefunden (act. 2). Trotzdem will der Schuldner an seiner im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmung festhalten, denn nach eigenen Angaben plant er in naher Zukunft unter deren Namen wieder kleinere Mandate, unter anderem in den Bereichen Facility Service und Management, auszuführen und insbesondere nach seiner in wenigen Jahren bevorstehenden ordentlichen Pensionierung damit eine Fortführung seiner beruflichen Tätigkeit (act. 10/1 S. 1). Des Weiteren macht der Schuldner in Bezug auf seine Zahlungsfähigkeit im Wesentlichen geltend, über eine Festanstellung als Geschäftsleitungsmitglied in einer wachsenden Hauswartungsfirma zu verfügen, wodurch sich seine finanzielle Situation permanent noch verbessern werde. Für das nächste Jahr seien ihm insbesondere Boni versprochen worden. Anders als in den vergangenen drei Jahren, sei er heute zudem in der Situation, dass auch seine Ehefrau wieder ein regelmässiges Einkommen erziele. Mit seinem eigenen Einkommen und dem Einkommen seiner Ehefrau sei die Finanzierung des ge-

meinsamen Haushaltes künftig sichergestellt und insbesondere seien weder er noch seine Ehefrau unterhaltspflichtig (act. 10/1 S. 1 f.).

3.4 Aus dem Auszug der G.\_\_\_\_\_ Zürich über das Kontokorrentkonto des Schuldners (IBAN Nr. 5) per 27. August 2021 für den Zeitraum vom 1. Januar 2021 bis zum 27. August 2021 sind die Ausgaben und Einnahmen des Schuldners in den letzten rund acht Monaten ersichtlich. Danach hat der Schuldner im besagten Zeitraum Zahlungseingänge bzw. Gutschriften im Gesamtbetrag von Fr. 74'174.50 erhalten, welchen Zahlungsausgänge/Lastschriften im Gesamtbetrag von Fr. 71'262.27 gegenüberstanden. Insgesamt überstiegen somit die Einnahmen die Ausgaben und der Schuldner konnte in den vergangenen rund acht Monaten Fr. 2'912.– ansparen. Per 31. Dezember 2021 (recte: 27. August 2021) wies das Kontokorrentkonto ein Guthaben in der Höhe von Fr. 8'118.79 aus (vgl. act. 4/12). Weiter kann dem Kontoauszug entnommen werden, dass der Schuldner in der Regel Ende Monat regelmässig eine Gutschrift von der H.\_\_\_\_\_ AG erhält. Diese betrug von Januar 2021 bis Mai 2021 monatlich Fr. 8'051.45, im Juni 2021 Fr. 11'840.– (in zwei Tranchen ausbezahlt) und beträgt seit Juli 2021 Fr. 8'106.45. Damit ist glaubhaft, dass der Schuldner über eine Festanstellung bei der H.\_\_\_\_\_ AG verfügt und er ein regelmässiges Einkommen erzielt. Unter diesen Umständen erscheint auch glaubhaft, dass der Schuldner seine Tätigkeit als Einzelunternehmer zugunsten dieser Festanstellung derzeit (vorübergehend) eingestellt hat. Die Höhe des aus der Festanstellung bei der H.\_\_\_\_\_ AG erzielten Einkommens erscheint sodann grundsätzlich ausreichend, um einen Zweipersonenhaushalt (Schuldner sowie dessen Ehefrau) selbst mit hoher Miete (monatlich Fr. 3'540.–, vgl. act. 10/12) zu finanzieren, und zwar selbst ohne Berücksichtigung des vom Schuldner behaupteten, neuen und zusätzlichen Familieneinkommens aus der Anstellung seiner Ehefrau nach längerer Arbeitslosigkeit. Darüber hinaus müsste es dem Schuldner mit seinem Erwerbseinkommen ohne Weiteres möglich sein, die allenfalls noch offenen Betreibungsforderungen im Betrag von gesamt- haft Fr. 752.90 innert nützlicher Frist zu tilgen.

Dennoch ist ergänzend auf das Folgende hinzuweisen: Der Schuldner ist nicht neu bei der H.\_\_\_\_\_ AG angestellt; nach eigenen Angaben hat er diese

Stelle bereits per August 2015 angetreten. Unter diesen Umständen und in Anbetracht des immerhin 47 Betreibungen ausweisenden Betreibungsregistrauszuges muss dem Schuldner eine schlechte Zahlungsmoral in den letzten Jahren attestiert werden. Es ist jedoch grundsätzlich davon auszugehen, dass der am 12. August 2021 über den Schuldner (erstmalig) eröffnete Konkurs und die damit entstandenen Folgekosten ihm eine Lehre sind und er künftig eine bessere Zahlungsmoral an den Tag legen wird, sodass es nicht erneut zu einer Konkursöffnung kommen wird. Sollte dies dennoch wider Erwarten der Fall sein, müsste der Schuldner damit rechnen, dass im Rahmen eines neuerlichen Beschwerdeverfahrens bei der Beurteilung seiner Zahlungsfähigkeit ein strengerer Massstab angelegt würde.

3.5 Zusammenfassend bestehen keine Anhaltspunkte für ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten des Schuldners. Seine Zahlungsfähigkeit erscheint glaubhaft und die Aufhebung des Konkurses wirtschaftlich sinnvoll.

4. Somit sind sämtliche Voraussetzungen für eine Aufhebung des Konkurses erfüllt. Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und der über den Schuldner eröffnete Konkurs antragsgemäss aufzuheben.

### **III.**

#### **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Schuldners verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem vom Schuldner geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. August 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Enge-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Doppeln der act. 2 und act. 10/1, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Enge-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 2, je gegen Empfangsschein.
6. 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 S. Ursprung

versandt am:  
20. September 2021