

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210194-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## **Beschluss und Urteil vom 10. November 2021**

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster  
vom 26. Oktober 2021 (EK210381)

### **Erwägungen:**

1.1 Der Schuldner und Beschwerdeführer (nachfolgend: Schuldner) ist Inhaber eines Einzelunternehmens, das zum Zweck "... " hat. Der Eintrag im Handelsregister erfolgte im November 2018 (vgl. act. 6).

1.2 Mit Urteil vom 26. Oktober 2021 (act. 3 = act. 8 [Aktenexemplar] = act. 9/9) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von total Fr. 5'651.75 (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dübendorf [nachfolgend: Betreibungsamt]) (act. 8 S. 2).

1.3 Dagegen erhebt der Schuldner mit Eingabe vom 5. November 2021 (act. 2) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 9/9 i.V.m. act. 9/11 i.V.m. act. 2 S. 1). Er beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung und die Abweisung des Konkursbegehrens der Gläubigerin; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin und/oder der Vorinstanz. Weiter stellt er einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2 S. 2).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 9/1-12). Der Kostenvorschuss ist bereits eingegangen (vgl. act. 5/3 Rückseite = act. 7/2). Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem vorliegenden Entscheid ist der Antrag des Schuldners auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos abzuschreiben. Der Gläubigerin ist noch ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkursöffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Hinterlegung) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (vgl. Art. 174 Abs. 2

SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO): Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

2.2 Der Schuldner beruft sich auf den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Er bringt vor, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten (insgesamt Fr. 5'651.75) am 2. November 2021 bei der Obergerichtskasse Zürich hinterlegt zu haben. Zum Nachweis reicht der Schuldner eine Quittung ein, worin dies seitens der Obergerichtskasse unterschriftlich bestätigt wird (act. 5/3 = act. 7/1). Weiter geht aus der eingereichten Quittung des Konkursamtes Dübendorf vom 28. Oktober 2021 (act. 5/4) hervor, dass der Schuldner die Kosten der Vorinstanz und des Konkursamtes am 28. Oktober 2021, und damit fristgerecht, sichergestellt hat (vgl. act. 10). Damit ist belegt, dass der Schuldner die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen, Gebühren und Kosten nach der Konkursöffnung hinterlegt hat.

2.3 Da der Schuldner die Konkursforderung samt Zinsen, Gebühren und Kosten erst nach der Konkursöffnung hinterlegte, hat er überdies seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den 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. 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. BGE 132 III 715 ff., E. 3.1; 132 III 140 ff., 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 zweier Jahre neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2 S. 6).

2.4 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Schuldner eingereichte, neun Seiten füllende Betreibungsregisterauszug vom 29. Oktober 2021 weist 13 offene Betreibungsforderungen über insgesamt Fr. 116'977.85 aus: zwei in der Höhe von insgesamt Fr. 1'949.60 im Stadium der Konkursandrohung (eine davon ist von der Gläubigerin), sechs in der Höhe von insgesamt Fr. 90'900.– im Stadium der Pfändung und fünf in der Höhe von insgesamt Fr. 24'128.25 im Stadium des Zahlungsbefehls. Alle übrigen seit Gründung des Einzelunternehmens im Jahr 2018 aufgelaufenen Betreibungsforderungen wurden bezahlt; Verlustscheine sind keine registriert (vgl. act. 5/6). Zum einen behauptet der Schuldner betreffend vier (sich im Stadium der Pfändung und des Zahlungsbefehls befindlichen) Betreibungsforderungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung in der Höhe von insgesamt Fr. 66'500.– (Fr. 14'800.– + Fr. 16'100.– + Fr. 17'300.– + Fr. 18'300.–), er sei mangels eingereichter Abrechnungen eingeschätzt worden, diese Betreibungsforderungen würden effektiv nur Fr. 29'378.95 betragen und die "Betreibungen über Fr. 66'500.–" würden "dann zurückgezogen". Als Beweismittel offeriert er beiliegende MWST-Abrechnungen (vgl. act. 5/5), die offenbar sein Steuerverwalter der Eidgenössischen Steuerverwaltung am 3. November 2021 eingereicht hat. Zum anderen behauptet er in Bezug auf eine Betreibungsforderung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons

Zürich über Fr. 34'809.95, diese Schuld werde "wegfallen", weil er eine Gutschrift für Kinderzulagen eines Mitarbeiters in etwa dieser Höhe erhalten werde (vgl. act. 2 S. 4 Rz. 5). Ob sich diese Behauptungen des Schuldners bewahrheiten werden, ist zum jetzigen Zeitpunkt offen und durch keinerlei objektiven Anhaltspunkte untermauert. Daher ist grundsätzlich von bestehenden Schulden des Schuldners von Fr. 116'977.85 auszugehen.

Der Konkurs wurde über den Schuldner als Einzelunternehmer und damit als natürliche Person eröffnet, die für alle Verbindlichkeiten mit ihrem gesamten Vermögen haftet. Eine Trennung zwischen geschäftlichen Schulden bzw. Guthaben und solchen des persönlichen Bedarfs gibt es daher nicht, weshalb bei der Prüfung der Zahlungsfähigkeit auch die monatlichen Lebenshaltungskosten des Schuldners zu berücksichtigen sind. Dazu ist indes nichts bekannt. Auch zu den laufenden Verbindlichkeiten seines Einzelunternehmens führt der Schuldner im Wesentlichen nur aus, er betreibe drei Restaurants in Zürich, St. Gallen und Opfikon, die gut laufen würden, habe im ersten Halbjahr 2021 Einnahmen von Fr. 776'058.31 generiert und die Fortführung der Gesellschaft sei gewährleistet (vgl. act. 2 Rz. 5 S. 4 mit Verweis auf act. 5/7). Welchen Lebenshaltungskosten und welchen laufenden Verbindlichkeiten er nachzukommen hat, bleibt damit zwar unklar. Der Schuldner scheint seine laufenden Kosten aber immerhin insofern decken zu können, als gemäss Betriebsregisterauszug soweit ersichtlich keine Lebensmittellieferanten und Arbeitnehmer unter den Gläubigern sind, sondern fast ausschliesslich Versicherungen und Gemeinwesen. Dies spricht wiederum dafür, dass das Tagesgeschäft der drei vom Einzelunternehmen des Schuldners betriebenen Restaurants läuft. Anzumerken bleibt, dass auch Steuer- und Sozialversicherungsschulden zu den laufenden Kosten gehören, welche ein Betrieb zu bezahlen in der Lage sein muss. Das systematische Nichtbezahlen solcher Rechnungen kann ein Indiz für fehlende Zahlungsfähigkeit sein.

Der eingereichte, vom Schuldner unterzeichnete Zwischenabschluss der C.\_\_\_\_\_ GmbH für das erste Halbjahr 2021 samt Erfolgsrechnung und Bilanz weist per 30. Juni 2021 liquide (Bar-)Mittel in der Höhe von Fr. 263'830.61 und einen Halbjahresgewinn von Fr. 54'755.84 aus (vgl. act. 5/7 S. 4 und S. 9). Auch

wenn sich aus den Akten nicht erschliesst, wie viele liquide Mittel im aktuellen Zeitpunkt noch vorhanden sind und weshalb der Schuldner es zu dieser Konkursöffnung kommen liess, bestehen aufgrund dieses Zwischenabschlusses objektive Anhaltspunkte dafür, dass er nebst der Deckung seiner aktuell dringendsten Verpflichtungen innert längstens zweier Jahre neben den laufenden Verbindlichkeiten auch seine bestehenden Schulden wird abtragen können. Einigermassen seltsam mutet an, dass der Schuldner gemäss Zwischenabschluss per 30. Juni 2021 in seiner Kasse Bargeld von Fr. 263'830.61 ausweist (und darüber hinaus zwei mit keinem Wort erwähnte resp. mit nichts belegte Depots "Depot D.\_\_\_\_\_" und "Depot E.\_\_\_\_\_" in der Höhe von Fr. 26'250.– bestehen sollen), während der Postchecksaldo bei - Fr. 192'770.93 liegt und auch die Bankkontokorrente – zu welchen der Schuldner nota bene ebenfalls keine Belege eingereicht hat, aus denen deren aktuelle Höhe hervorgehen würde – lediglich insgesamt gut Fr. 5'000.– betragen (act. 5/7 S. 9). Unter der Annahme, dass die per 30. Juni 2021 geltend gemachten liquiden Mittel auch heute noch bestehen, erscheint seine Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher als seine Zahlungsunfähigkeit. Zumal insbesondere dann keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden dürfen, wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann (vgl. BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Sollte es indes in absehbarer Zeit zu einer zweiten Konkursöffnung kommen, so wäre ein strengerer Massstab an die Zahlungsfähigkeit anzulegen.

2.5 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen, das angefochtene Urteil der Vorinstanz vom 26. Oktober 2021 (Geschäfts-Nr. EK210381) aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

3. Die Kosten beider Instanzen sind dem Schuldner aufzuerlegen. Er hat sowohl das erstinstanzliche als auch das zweitinstanzliche Verfahren veranlasst, weil er seine Schuld erst nach Konkursöffnung beglich. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m.

Art. 52 lit. b GebV SchKG). Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'750.– (Fr. 1'200.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und dem Schuldner einen nach Abzug der Kosten des Konkursamtes allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den bei ihr vom Schuldner hinterlegten Betrag von Fr. 5'651.75 der Gläubigerin für die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dübendorf auszuzahlen.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag des Schuldners auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Oktober 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. 450.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'750.– (Fr. 1'200.– Zahlung des Schuldners sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und dem Schuldner einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr vom Schuldner hinterlegten Betrag von Fr. 5'651.75 der Gläubigerin für die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Dübendorf auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dübendorf, je gegen Empfangsschein sowie an die Obergerichtskasse.
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. A. Götschi

versandt am: