

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210230-O/U

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

## Urteil vom 24. Januar 2022

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil  
vom 13. Dezember 2021 (EK210290)

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### **Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. A.\_\_\_\_\_ (Schuldner und Beschwerdeführer, fortan Schuldner) ist Inhaber des seit dem tt.mm.2021 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens "C.\_\_\_\_\_" mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ ZH. Dabei handelt es sich gemäss Eintrag im Handelsregister um einen Restaurationsbetrieb mit Cateringservice. Take-away und Lieferservice (vgl. act. 7).
2. Mit Urteil vom 13. Dezember 2021, 09:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil gestützt auf die Betreibung Nr. 1 (Zahlungsbefehl vom 19. Mai 2021) des Betreibungsamtes Wetzikon ZH und die Konkursandrohung vom 7. Juli 2021 den Konkurs über den Schuldner für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 629.95 nebst Zins zu 5 % seit 16. Dezember 2019, Fr. 146.60 Betreibungskosten und Fr. 462.35 weitere Kosten (somit total Fr. 1'301.70 inkl. Zinsen und Kosten; vgl. act. 3 = act. 5 = act. 10 und act. 6/3–4 und act. 6/7).
3. Dagegen erhob der Schuldner mit Eingabe vom 21. Dezember 2021 (Datum Poststempel) samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde (vgl. act. 2 S. 1 f.; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 6/11).
4. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2021 wurde der Beschwerde mangels Nachweises eines Konkursaufhebungsgrundes gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1–3 SchKG sowie mangels genügender Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Schuldner wurde in der Verfügung jedoch darauf hingewiesen, dass er seine Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist am 5. Januar 2022 (unter Berücksichtigung der Betreibungsferien) noch entsprechend ergänzen könne (act. 8, Dispositivziffern 1–2). Weiter wurde dem Schuldner eine 10-tägige Frist angesetzt, um für die

Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss in der Höhe von Fr. 750.– zu leisten (act. 8, Dispositivziffer 3).

5. Mit zwei Eingaben vom 30. Dezember 2021 (Datum Poststempel), mithin innert noch laufender Beschwerdefrist, ergänzte der Schuldner seine Beschwerdeschrift und reichte weitere Unterlagen ein (act. 10 [nicht unterzeichneter Kurzbrief], act. 11, act. 12 und act. 13/1–4). Am 27. Dezember 2021 hat der Schuldner zudem den einverlangten Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 750.– geleistet (act. 13/1). Daraufhin wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 4. Januar 2022 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14).

6. Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 6/1–13). 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 hat die Hinterlegung der Konkursforderung inkl. Zinsen und Betreuungskosten bei der Obergerichtskasse mittels Postquittung vom 27. Dezember 2021 über einen Betrag von Fr. 1'400.– belegt (act. 13/1). Weiter

hat der Schuldner gemäss Bestätigung des Konkursamtes Wetzikon ZH vom 21. Dezember 2021 mit einer Zahlung in der Höhe von Fr. 500.– die Verfahrenskosten (Kosten Konkursamt und Kosten des Konkursgerichtes) sichergestellt (act. 11). Damit ist die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten hinterlegt und sind die Verfahrenskosten sichergestellt. Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.1 Wird die Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten) – wie hier – erst *nach* der Konkursöffnung hinterlegt, kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aber 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 In Bezug auf seine Zahlungsfähigkeit macht der Schuldner zumindest sinn- gemäss geltend, eine positive "Tilgungs-Perspektive" zu haben. Dazu verweist er auf die zahlreichen aus dem Betreibungsregistrauszug ersichtlichen gegen ihn eingeleiteten Betreibungen und macht verschiedentlich Zahlungsfristen erst in der Zukunft oder Abzahlungsvereinbarungen mit den jeweiligen Gläubigern geltend (vgl. act. 12 S. 2 f.). Weiter macht der Schuldner geltend, per 1. Februar 2022 werde er in einem Anstellungsverhältnis mit der E. \_\_\_\_\_ SA sein. Der Arbeitsver- trag werde in der ersten Januarwoche des Jahres 2022 verhandelt und unter- zeichnet. Falls seiner Beschwerde gegen die Konkursöffnung Erfolg beschieden sei, könne er den Betrieb in einem späteren Zeitpunkt allenfalls übernehmen (act. 12 S. 3).

3.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Dem aktuellen Betreibungsregistrauszug des Schuldners des Betreibungsamtes Wetzikon ZH vom 22. Dezember 2021 (act. 13/2) lässt sich entnehmen, dass gegen den Schuldner im Zeitraum vom 28. Januar 2020 bis zum 14. Dezember 2021 insge- samt 28 Betreibungen eingeleitet worden sind (inklusive Konkursforderung [Be- treibung Nr. 1]). Von diesen 28 Betreibungen sind 7 Betreibungen durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt worden und in einem Fall wurde die Pfändung vollzogen. Nach wie vor offen sind Betreibungen im Betrag von insgesamt Fr. 202'223.25 (ohne Konkursforderung), wovon sich (nebst der Konkursforde- rung) 6 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 6'068.30 bereits im Stadium der Konkursandrohung befinden. Nicht getilgte Verlustscheine aus Pfändungen der letzten 20 Jahre oder frühere Konkursöffnungen sind nicht registriert. Zudem wurde mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 13. Dezember 2021 erstmals der Konkurs über den Schuldner eröffnet (vgl. zum Ganzen act. 13/2).

3.4 Der Schuldner macht in Bezug auf mehrere der vorstehenden Betreibungs- forderungen geltend, diese seien nicht unmittelbar, sondern erst per 28. Januar 2022 (Betreibungen Nrn. 2, 3, 4, 5 und 6), per 25. Februar 2022 (Betreibungen Nrn. 7 und 8), per 25. März 2022 (Betreibungen Nrn. 9, 10 und 11) bzw. per 29.

April 2022 (Betreibung Nr. 12) "bezahlbar" (vgl. act. 12 S. 2 f.). Unklar ist, ob der Schuldner damit meint, bis zu den von ihm genannten Zeitpunkten seiner eigenen Einschätzung zufolge dazu in der Lage zu sein, diese Forderungen begleichen zu können, oder ob ihm diese verlängerten Zahlungsfristen bzw. Stundungen tatsächlich von den jeweiligen Gläubigern der Betreibungsforderungen gewährt worden sind. Nachdem der Schuldner jedoch keinen einzigen Beleg über die behaupteten Stundungen ins Recht gelegt hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese mit den Gläubigern besprochen wurden bzw. die Gläubiger diese Stundungen zugesichert haben; die genannten Zahlungsfristen zeigen damit lediglich den eigenen Abzahlungsplan des Schuldners auf. Wie konkret bzw. aus welchen finanziellen Mitteln er seine Schulden innert dem von ihm angegebenen Zeitraum zu bezahlen gedenkt, legt der Schuldner bezeichnenderweise nicht dar.

Ebenfalls unbelegt blieben von Seiten des Schuldners die von ihm behaupteten Abzahlungsvereinbarungen mit einzelnen Betreuungsgläubigern, (so etwa mit Bezug auf die Betreibungen Nrn. 13, 14, 15 und 16; vgl. act. 12 S. 2 f.), und zwar obwohl der Schuldner mit Verfügung vom 23. Dezember 2021 explizit darauf hingewiesen worden war, dass dem Gericht allfällige Abzahlungsvereinbarungen mit Gläubigern einzureichen sind (vgl. act. 8, E. 2.4). Selbst wenn zugunsten des Schuldners aber davon ausgegangen würde, dass die entsprechenden Abzahlungsvereinbarungen mit den jeweiligen Gläubigern tatsächlich existierten, bliebe mangels Ausführungen des Schuldners dazu unklar, wie bzw. aus welchen finanziellen Mitteln der Schuldner diese Abzahlungen leisten wollte bzw. könnte.

Zu den beiden betragsmässig höchsten aus dem Betreibungsregistrauszug ersichtlichen Forderungen (Betreibung Nr. 17 im Betrag von Fr. 93'640.45 der Stadt D.\_\_\_\_\_ Immobilien und Betreibung Nr. 18 im Betrag von Fr. 56'442.45 der Konkursmasse der F.\_\_\_\_\_ GmbH in Liquidation) führt der Schuldner sodann aus, gegen das ergangene Rechtsöffnungsurteil (Verfahren Nr. EB210230-E) Beschwerde erhoben zu haben bzw. die Forderung durch das Erheben von Rechtsvorschlag "abgewiesen" zu haben (act. 12 S. 2 f.). Damit sind die beiden Betreibungsforderungen über namhafte Beträge entgegen der Auffassung des Schuldners jedoch nicht aus der Welt geschafft, sondern ist einzig deren Durchsetzung

auf dem Weg der Zwangsvollstreckung einstweilen blockiert (im Falle des erhobenen Rechtsvorschlages) bzw. bestenfalls für einige Wochen oder Monate aufgeschoben (sofern der Beschwerde des Schuldners gegen die offenbar erteilte Rechtsöffnung aufschiebende Wirkung erteilt worden ist).

Ob der Schuldner weitere, aus dem Betreibungsregistrauszug nicht ersichtliche Gläubiger bzw. offene Forderungen hat, ist nicht bekannt. Insbesondere ist unklar, ob die Staats- und Gemeindesteuer sowie die Direkte Bundessteuer für das Jahr 2019, in welchem der Schuldner und seine Ehefrau im September 2021 nach pflichtgemäßem Ermessen eingeschätzt wurden (vgl. act. 13/3), derzeit noch offen sind. Zugunsten des Schuldners ist hier einstweilen davon auszugehen, dass keine namhaften weiteren Schulden bestehen.

Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob der Schuldner dazu in der Lage scheint, mit den ihm zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und insbesondere die zahlreichen offenen Betreibungsforderungen im Betrag von Stand heute insgesamt Fr. 202'223.25 abzutragen. Zu beachten ist dabei, dass sich 6 der Betreibungen bereits im Stadium der Konkursandrohung befinden, weshalb der Schuldner diese Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 6'068.30 jederzeit bzw. sofort aufbringen können müsste.

3.5 Der Schuldner hat Belege über zwei Konten lautend auf die Einzelunternehmung "C.\_\_\_\_\_" eingereicht. Das Konto mit IBAN Nr. CH 18 bei der ... [Bank] (Kontokorrekt "Aufwand") wies per 14. Dezember 2021 einen Saldo von Fr. 912.– auf (act. 4/4). Weiter kann diesem Kontobeleg entnommen werden, dass am 13. und 14. Dezember 2021 vom besagten Konto Bargeldbezüge in der Höhe von insgesamt Fr. 4'000.– getätigt wurden. Das bezogene Bargeld im Gesamtbetrag von Fr. 4'000.– wurde dem Schuldner und seiner Familie (Ehefrau und ein Kind) indes für die Sicherstellung des Existenzminimums im Zeitraum ab Konkurseröffnung bis Ende Januar 2022 belassen (act. 4/4 und act. 4/8) und steht für die Schuldentilgung somit nicht zur Verfügung. Der eingereichte Belege über das zweite Firmenkonto bei der ... [Bank] mit IBAN Nr. CH 19 weist ein Guthaben von Fr. 4'189.20 aus, wobei dem Beleg nicht entnommen werden kann, per welchem

Datum dieses Guthaben resultierte (act. 4/5). Belege über weitere Vermögenswerte des Schuldners (insbes. weitere Bankkonten) liegen nicht im Recht und solche behauptet der Schuldner denn auch nicht. Dies deckt sich mit dem Umstand, dass auch im Einschätzungsentscheid des Kantonalen Steueramtes Zürich vom 20. September 2021 von einem Vermögen des Schuldners und seiner Ehefrau in der Höhe von Fr. 0.– ausgegangen wurde (act. 13/3). Insgesamt muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der Schuldner derzeit lediglich über relativ bescheidene liquide Mittel in der Höhe von total Fr. 5'101.20 verfügt. Dieser Betrag reicht nicht aus, um nur schon diejenigen Betriebsforderungen im Stadium der Konkursandrohung (im Betrag von insgesamt Fr. 6'068.30) sofort und jederzeit tilgen zu können.

Unklar ist sodann ob und in welcher Höhe der Schuldner ein monatliches Einkommen generiert. Gemäss der vom Schuldner ins Recht gelegten "Absichtserklärung Anstellung" vom 27. Dezember 2021 steht der Schuldner derzeit in Vertragsverhandlungen mit der E.\_\_\_\_\_ S.A. über eine Anstellung als Betriebsleiter des Laden-Betriebes an der ...-strasse ... in D.\_\_\_\_\_. Eine Anstellung ist danach per 1. Februar 2022 beabsichtigt bei geplanter Vertragsunterzeichnung Mitte Januar 2022 (act. 13/4). Welches Nettoeinkommen der Schuldner mit dieser Tätigkeit bzw. aus dieser Anstellung erzielen würde, geht aus der Absichtserklärung indes nicht hervor. Kein Einkommen scheint der Schuldner derzeit sodann aus seiner erst seit Anfang mm.2021 im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmung "C.\_\_\_\_\_" (Restaurationsbetrieb) zu erzielen.

3.6 Zusammenfassend ist vorliegend nicht ersichtlich, wie bzw. aus welchen finanziellen Mitteln der Schuldner die offenen Betreuungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 202'223.25 in absehbarer Zeit wird tilgen können und der Schuldner selbst zeigt dafür auch keinen realistischen Weg auf. Der Schuldner verfügt derzeit weder über namhaftes Vermögen noch über ein gesichertes und regelmässiges Erwerbseinkommen, welches ihm nebst der Finanzierung seines eigenen Existenzminimums und desjenigen seiner Familie (Ehefrau und ein Kind) zusätzlich die Abzahlung der hohen aufgelaufenen Schulden ermöglichen würde. Es fehlt dem Schuldner aktuell und wohl auch in naher Zukunft an ausreichend liquiden Mitteln, um die zahlreichen Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen zu können. Damit erscheint der Schuldner zahlungsunfähig.

4. Da die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nach dem Gesagten nicht als glaubhaft gemacht gelten kann, sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht erfüllt. Dementsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde mit Verfügung vom 4. Januar 2022 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

### **III.**

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

Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens dem Schuldner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen: Dem Schuldner nicht, weil er unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil sie im Beschwerdeverfahren nicht begrüsst wurde und ihr in diesem Zusammenhang somit auch keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über den Schuldner wird mit Wirkung ab **24. Januar 2022, 11.00 Uhr**, der Konkurs neu eröffnet.
2. Das Konkursamt Wetzikon ZH wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 1'400.– dem Konkursamt Wetzikon ZH zu überweisen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an
  - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Doppeln von act. 2 und act. 12,
  - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
  - das Konkursamt Wetzikon ZH,
  - die Obergerichtskasse,sowie mit besonderer Anzeige an
  - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
  - und das Betreibungsamt Wetzikon ZH,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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:  
24. Januar 2022