

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS220116-O/U

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

## **Urteil vom 5. August 2022**

in Sachen

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

Gesuchsteller und Beschwerdeführer,

betreffend **Insolvenzerklärung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 24. Juni 2022 (EK220395)

## **Erwägungen:**

### 1. Prozessgeschichte

1.1 Mit Eingabe vom 23. Juni 2022 erklärte sich der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachstehend Beschwerdeführer) beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach (nachstehend Vorinstanz) für zahlungsunfähig und beantragte die Konkurseröffnung gemäss Art. 191 SchKG (act. 6/1). Mit Urteil vom 24. Juni 2022 wies die Vorinstanz dieses Gesuch im Wesentlichen mit der Begründung ab, die Insolvenzerklärung des Beschwerdeführers erscheine rechtsmissbräuchlich (act. 3 = act. 5 = act. 6/6, nachfolgend zitiert als act. 5).

1.2 Gegen diesen Entscheid erhebt der Beschwerdeführer am 11. Juli 2022 Beschwerde beim Obergericht. Er verlangt, dass er persönlich anzuhören sei bzw. macht geltend, dass er durch die Vorinstanz anzuhören gewesen wäre und sinngemäss, dass der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und der Konkurs über ihn zu eröffnen sei (act. 2).

1.3 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–7). Das Verfahren ist spruchreif.

### 2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1 Die Beschwerde richtet sich gegen ein Urteil des Konkursgerichtes. Solche Entscheide können innert zehn Tagen mit Beschwerde angefochten werden (Art. 191 SchKG i.V.m. Art. 194 Abs. 1 SchKG, Art. 174 SchKG und Art. 319 ff. ZPO).

2.2 Die Vorinstanz stellte dem Beschwerdeführer das angefochtene Urteil am 5. Juli 2022 zu (act. 6/7). Dieser erhob am 11. Juli 2022 (Datum Poststempel) und damit rechtzeitig innert zehn Tagen Beschwerde (act. 2). Auf die rechtzeitig erhobene und begründete Beschwerde ist einzutreten.

### 3. Persönliche Anhörung des Beschwerdeführers

3.1 Die Vorinstanz erwog einleitend, Gesuche um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung würden im summarischen Verfahren behandelt. Zudem erklä-

re Art. 194 SchKG einzelne Verfahrensbestimmungen der ordentlichen Konkursbetreibung für anwendbar. Davon nicht erfasst werde aber insbesondere die Bestimmung von Art. 168 SchKG (Konkursverhandlung). Zwar werde von einem Teil der Literatur dennoch die Meinung vertreten, dass auch bei einem Konkursöffnungsgesuch durch den Schuldner zu einer Verhandlung vorzuladen sei (u.H.a. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 194 N 3a). Indes erledige sich die Beantwortung dieser Frage bereits aus dem Grund, weil das Gesuch des Beschwerdeführers offensichtlich unbegründet und in Anwendung von Art. 253 ZPO direkt abzuweisen sei.

3.2 Der Schuldner macht geltend, die Vorinstanz hätte ihn anzuhören gehabt. Er sei davon ausgegangen, angehört zu werden und sei darum bei der Beschreibung seiner Beschwerdegründe etwas "blauäugig" gewesen. Wäre eine Anhörung erfolgt, so wäre es ihm möglich gewesen, anhand von Unterlagen zu beweisen, dass er mit der Insolvenzerklärung keine rechtsmissbräuchlichen Absichten verfolge (act. 2). Sinngemäss rügt der Beschwerdeführer mit diesen Vorbringen eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs.

3.3.1 Eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung kann auf Antrag des Schuldners erfolgen, wenn er sich beim Gericht für zahlungsunfähig erklärt (Art. 191 SchKG). Es ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 248 lit. a und Art. 251 lit. a ZPO). Art. 194 SchKG erklärt sodann Bestimmungen der ordentlichen Konkursbetreibung, namentlich Art. 169, 170 und 173a–176, für anwendbar. Kein Verweis erfolgt – wie die Vorinstanz zutreffend festhält – auf die Bestimmung von Art. 168 SchKG (Konkursverhandlung). Entsprechend ergibt sich aus dem Gesetz nirgends, dass der Schuldner bei einer durch ihn beantragten Konkursöffnung persönlich durch das Gericht angehört werden muss.

Die Vorinstanz weist auf eine Literaturstelle hin, in welcher die Meinung vertreten werde, der Schuldner sei in Konstellationen wie der vorliegenden durch das Gericht persönlich anzuhören. Ein Blick in die zitierte Stelle (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 194 N 3a) zeigt, dass sich diese mit der Anwendbarkeit von Art. 168 SchKG (Konkursverhandlung) in den Verfahren um Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung befasst und zum Schluss

kommt, "die Regelung" von Artikel 168 SchKG müsse bei allen Formen der Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung i.S.v. Art. 190–193 gelten. Indes ergibt sich unter Berücksichtigung des an genannter Literaturstelle zitierten Entscheides des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 15. August 2018 (AGVE 2018 377 ff., E. 2.4.6.) sowie mit Blick auf weitere Literatur (SK SchKG-TALBOT, 4. Aufl. 2017, Art. 190 N 21 m.w.H.; KUKO SchKG-HUBER, 2. Aufl. 2014, Art. 191 N 20 auch: BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 190 N 27), dass genannte Literaturstelle etwas unpräzise ist. So wird die Diskussion der Anwendbarkeit von Art. 168 SchKG bei der Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung vordergründig im Zusammenhang mit der Bestimmung von Art. 190 Abs. 2 SchKG geführt (Konkureröffnung ohne vorgängige Betreuung *auf Antrag eines Gläubigers*), welcher explizit ein Vorladen vor Gericht und Einvernehmen des in der Schweiz wohnhaften Schuldners unter Ansetzen einer kurzen Frist vorsieht, und primär die Frage der Vorladungs- bzw. Verhandlungsmodalitäten beschlägt, namentlich inwieweit die Regelung von Art. 168 SchKG, wonach den Parteien wenigstens drei Tage vorher die gerichtliche Verhandlung angezeigt wird, auch ohne direkten Verweis auf diese Bestimmung bei Anhörungen nach Art. 190 Abs. 2 SchKG anzuwenden ist. Ebenso wird diskutiert, ob bzw. inwiefern im Geltungsbereich der Bestimmung von Art. 190 Abs. 2 SchKG die Stellungnahme des Schuldners auch auf schriftlichem Weg eingeholt werden dürfe.

Diese Diskussion um die Anwendbarkeit von Art. 168 SchKG ist indes in der vorliegenden Konstellation, in welcher ein Antrag auf Konkureröffnung durch den Schuldner vorliegt und dieser damit von Gesetzes wegen klarerweise nicht durch das Gericht persönlich angehört werden muss (was die Vorinstanz auch nicht tat), obsolet. Ein Anspruch auf eine persönliche Anhörung des Schuldners durch das Gericht besteht – entgegen der offenbaren Auffassung des Schuldners – wie gezeigt nicht.

3.3.2 Hinzu kommt, dass vorliegend die Regelungen des summarischen Verfahrens zur Anwendung gelangen, wonach jede Partei (wobei es sich hier um ein nichtstreitiges Einparteienverfahren handelt, vgl. BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 191 N 27, m.w.H.) von Gesetzes wegen in der Regel nur eine Gelegenheit erhält, sich zu äussern (vgl. Art. 252 ff.

ZPO, auch: BGE 144 III 117, E. 2.2.; BGer 4A\_273/2012 vom 30. Oktober 2021, E. 3.2, nicht publ. in: BGE 138 III 620). Die gesuchstellende Partei ist damit grundsätzlich gehalten, alles ihr als relevant Erscheinende dem Gericht zu nennen bzw. einzureichen. Dies gilt grundsätzlich auch unter Geltung des hier anwendbaren Art. 255 lit. a ZPO (eingeschränkte Untersuchungsmaxime), gestützt worauf das Gericht eine erhöhte Fragepflicht trifft (ZK ZPO-SUMMER-SOMM/SCHRANK, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 64 u. 71). So führt diese Bestimmung nicht in jedem Fall dazu, dass das Gericht die gesuchstellende Partei anzuhören bzw. ihr Gelegenheit zur Ergänzung des Gesuchs zu geben hat. Namentlich dann nicht, wenn dem Gericht das Gesuch in sich als vollständig erscheint.

3.3.3 Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich und wird vom Schuldner auch nicht dargetan, gestützt worauf er beim Verfassen seines Gesuchs auf die Durchführung einer Anhörung vertrauen durfte und er in einem solchen Vertrauen zu schützen wäre, bzw. weshalb er überhaupt davon ausging, eine Anhörung werde erfolgen.

3.4 Damit zielt die sinngemässe Rüge der Gehörsverletzung ins Leere. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

3.5 Festzuhalten ist, dass die Frage, ob der Beschwerdeführer anzuhören gewesen wäre, vorliegend ohnehin nur von untergeordneter Bedeutung scheint. So trägt der Beschwerdeführer die Umstände, welche er angeblich im Rahmen einer Anhörung vor Vorinstanz noch hätte vortragen wollen, in seiner Beschwerde vor. In Anwendung von Art. 194 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG, wonach neue Tatsachen, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid des Konkursgerichtes geltend gemacht werden können, sind die entsprechenden Vorbringen – selbst wenn es sich dabei um vor der Beschwerdeinstanz erstmals Vorgetragenes handelt – nachfolgend zu berücksichtigen.

#### 4. Konkurseröffnung aufgrund Insolvenzerklärung

4.1 In rechtlicher Hinsicht ergibt sich zur Frage der Insolvenzerklärung durch den Schuldner was folgt (vgl. auch die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz, act. 5 E. 2.2.):

Art. 191 SchKG gibt einem Schuldner die Möglichkeit, den Konkurs über sich beim Gericht zu beantragen. Zu berücksichtigen ist aber, dass diese Möglichkeit nicht dazu dienen soll, das Problem der Überschuldung gänzlich mittelloser Personen zu lösen (BGer 5A\_819/2018 vom 4. März 2019, E. 2.4.3; BGer 5A\_78/2016 vom 14. März 2016, E. 3.1). Ziel des Insolvenzverfahrens soll es vielmehr sein, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Gläubiger und des Schuldners zu erreichen. So soll dem Schuldner ein wirtschaftlicher Neustart ermöglicht werden; namentlich fallen mit Konkurseröffnung bereits vollzogene Pfändungen (auch Lohnpfändungen) dahin, er darf während laufendem Konkurs wieder über seinen Lohn verfügen und kann nach Abschluss des Konkurses für bestehende Schulden erst wieder belangt werden, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265 Abs. 2 und Art. 265a SchKG; vgl. BGer 5A\_433/2019 vom 26. September 2019, E. 4.1). Im Gegenzug ist aber dem Anspruch der Gläubiger, ihre Forderungen berechtigterweise eintreiben zu können, gebührend Rechnung zu tragen, soll die Konkursmasse doch "zur gemeinsamen Befriedigung der Gläubiger dien[en]" (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Ziel eines Insolvenzverfahrens soll somit sein, den Erlös aus den schuldnerischen Vermögenswerten in gerechter Weise auf alle Gläubiger aufzuteilen. Wer freiwillig den eigenen Konkurs beantragt, muss deshalb über ein gewisses Vermögen verfügen, dessen Erlös an die Gläubiger übertragen werden kann. Das Bundesgericht hat bislang offen gelassen, wie gross diese Dividende für die Gläubiger sein muss (BGer 5A\_433/2019 vom 26. September 2019, E. 4.2).

Strebt ein Schuldner im Wissen darum, dass die Konkursmasse keine Aktiven aufweisen wird, einen Konkurs an oder möchte er auf diesem Weg zum Nachteil seiner Gläubiger eine Lohnpfändung abschütteln, verhält er sich rechtsmissbräuchlich. Die Konkurseröffnung ist dann zu verweigern (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 191 N 16a). Denn würde der Richter

jedem Schuldner den Konkurs bewilligen, verlöre die in Art. 93 SchKG vorgesehene Lohnpfändung ihre Bedeutung und die Interessen der Gläubiger wären nicht mehr gewahrt (BGer 5A\_819/2018 vom 4. März 2019, E. 2.1). Ein Schuldner hat mit anderen Worten keine freie Wahl zwischen einer Einkommenspfändung auf der einen und einer Insolvenzerklärung auf der anderen Seite (KUKO SchKG-RONCORONI, 2. Aufl. 2014, Art. 191 N 7). Eine zurückhaltende Prüfung von Konkursbegehren drängt sich im Übrigen auch deshalb auf, weil die Gläubiger am Verfahren der Konkurseröffnung nicht beteiligt sind. Entsprechend sind sie nicht legitimiert, eine aus ihrer Sicht nachteilige Konkurseröffnung anzufechten (BGE 123 III 402 E. 3; OGer ZH, PS170163 vom 18. August 2017, E. 2.2; KUKO SchKG-RONCORONI, 2. Aufl., Art. 191 N 17).

4.2.1 In seinem vorinstanzlichen Gesuch machte der Beschwerdeführer geltend, dass aktuell eine Lohnpfändung des Betreibungsamtes gegen ihn laufe und dass er über monatliche Einkünfte von Fr. 2'915.55 und Ausgaben für Mietzins und Krankenkasse von zusammen Fr. 2004.15 sowie über Vermögen von Fr. 49.– verfüge und er nicht Eigentümer von Liegenschaften sei. Dies alles bei Schulden von insgesamt Fr. 60'873.65 (act. 6/1).

4.2.2 Die Vorinstanz erwog, das Gericht eröffne den Konkurs auf Gesuch des Schuldners hin dann, wenn keine Aussicht auf eine Schuldenbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG bestehe (Art. 191 Abs. 2 SchKG) und kein Tatbestand nach Art. 206 Abs. 3 SchKG oder Art. 265b SchKG vorliege. Rechtsmissbräuchliche (vgl. dazu hiavor E. 4.1) Gesuche (Art. 2 Abs. 2 SchKG) seien indes abzuweisen.

Vorliegend mache der Beschwerdeführer geltend, über Vermögen von Fr. 49.– zu verfügen und keine Liegenschaften zu besitzen. Zugleich gehe aus der Auflistung des Beschwerdeführers und dem eingereichten Betreibungsregistrauszug hervor, dass sich seine Schulden auf über Fr. 60'000.– belaufen würden. Es sei damit davon auszugehen, dass im Falle der Konkurseröffnung keine Aktiven in die Konkursmasse fliessen und die Gläubiger auch nicht in minimalem Umfang befriedigt werden könnten. Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer laut eigenen Angaben einer Lohnpfändung unterliege, welche bei Konkurseröffnung wegfallen würde. Unter diesen Umständen dränge sich die Vermutung auf,

dass der Beschwerdeführer durch die verlangte Konkursöffnung die Lohnpfändung in rechtsmissbräuchlicher Weise abzuschütteln versuche, und die Konkursöffnung sei ihm zu verweigern (act. 5 insb. E. 2.2 u. 3.).

4.2.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, entgegen der Vorinstanz nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt zu haben; er habe andere Beweggründe gehabt: So sei es ihm aufgrund der bestehenden Schulden bei der Krankenkasse – wobei fast 85% seiner Schulden aus Krankenkassenprämien stammten – nicht möglich, diese zu wechseln. Erst wenn er in Konkurs gehe, könne er das Vertragsverhältnis auflösen. Wenn er schon für Schulden der Krankenkasse geknechtet werde, wolle er auch etwas davon haben. Dies sei in seinem Fall nicht möglich, da gemäss Krankenkasse derjenige, der Schulden bei ihr habe, nur Leistungen aus der Grundversicherung beziehen könne. Ein Wechsel der Krankenkasse sei für ihn elementar, da er nach seiner langen Krebserkrankung bis heute aus Angst, auf den Kosten sitzen zu bleiben, keine Untersuchung mehr machen können.

Zudem könne dank der Unterstützung durch seine Familie ein minimales Verwertungskapital aufgebracht werden, und es bestehe auf seiner Seite auch die Bereitschaft, Schulden zurückzubezahlen, was sich daran zeige, dass er alleine im Jahr 2021 Schulden in Höhe von Fr. 4'834.25 zurückbezahlt habe. Seit indes sein Lohn teilweise gepfändet werde, reiche es nicht mehr, auch Schulden zu begleichen. Er sei zudem nach dem Konkurs in der Lage, aussergerichtlich eine Schuldenregulierung durchzuführen (act. 2).

4.3.1 Dass er zur Zeit mittellos ist, mithin über keine Vermögenswerte verfügt, welche das Konkursamt zu Gunsten seiner Gläubiger verwerten kann, stellt der Beschwerdeführer mit diesen Ausführungen nicht in Frage und davon ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz und mit Blick auf das vorinstanzliche Gesuch (act. 6/4) auszugehen. Insbesondere auch, da der Beschwerdeführer zwar behauptet, von seiner Familie Unterstützung zu erhalten und ein Verwertungskapital aufbringen zu können, er aber weder beziffert, in welchem Umfang ein solches Kapital zur Verfügung gestellt würde, noch konkret Belege einreicht. Entsprechend müsste das Konkursamt ein Verfahren einleiten, obwohl schon jetzt klar ist, dass keine verwertbaren Aktiven vorhanden wären. Das Durchführen eines Kon-



kurses ohne jedes Substrat ist als sinnentleerte Formalität zu werten. Wer an einem solchen Konkursbegehren festhält, handelt rechtsmissbräuchlich (vgl. OGer ZH PS210206 vom 27. Januar 2022, E. 3.2. f.). In diesem Sinne verweigerte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Konkurseröffnung zu Recht.

4.3.2 An diesem Ergebnis ändert auch der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Umstand, dass er eine Konkurseröffnung bewirken wolle, um seine Krankenkasse wechseln zu können, nichts. Vielmehr lassen seine Ausführungen den Eindruck entstehen, er wolle mit dem Konkurs die unliebsame aktuelle Krankenkasse, für deren Schulden er "geknechtet" werde, "abschütteln", mithin deren Zugriffsrecht zunichtemachen, was ebenfalls keine schützenswerte Absicht ist (BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, Art. 191 N 6) und keine Konkurseröffnung rechtfertigt. Der Beschwerdeführer bleibt sodann darauf hinzuweisen, dass er selbst anerkennt, bei der aktuellen Krankenkasse weiterhin Leistungen aus der Grundversicherung beziehen zu können. Weshalb er trotzdem nicht zum Arzt geht, obwohl er einen solchen Arztbesuch offenbar als angezeigt erachtet bzw. inwiefern ein solch notwendiger Untersuch nicht von der Grundversicherung gedeckt wäre, ist weder dargetan noch erscheint dies plausibel.

4.3.3 Ebenfalls zu keiner anderen Einschätzung führt die angebliche Bereitschaft des Beschwerdeführers, Schulden zurückzubezahlen, oder die angeblich nach Durchführung des Konkursverfahrens beabsichtigte aussergerichtliche Schuldenregulierung, ändert doch beides nichts daran, dass aktuell eine Konkurseröffnung aus den dargelegten Gründen – insbesondere infolge fehlender Vermögenswerte – zu verweigern ist.

4.4 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

## 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Der Beschwerdeführer unterliegt im vorliegenden Rechtsmittelverfahren vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind ihm deshalb Prozesskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von Art. 52 lit. a GebV SchKG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG ist die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 300.– festzusetzen.

5.2 Eine Parteientschädigung ist dem unterliegenden Beschwerdeführer nicht zuzusprechen.

### Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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 M. Schnarwiler

versandt am:  
8. August 2022