

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS240023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

## Urteil vom 12. März 2024

in Sachen

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

Schuldner und Beschwerdeführer

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. Februar 2024 (EK230735)**

**Erwägungen:**

1.

1.1. A. \_\_\_\_\_ (Schuldner und Beschwerdeführer, nachfolgend Beschwerdeführer) ist mit seinem Einzelunternehmen "C. \_\_\_\_\_" seit dem tt.mm.2022 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sein Einzelunternehmen den ... (act. 7).

1.2. Mit Urteil vom 1. Februar 2024 eröffnete das Konkursamt des Bezirksgerichtes Winterthur (nachfolgend Vorinstanz) den Konkurs über den Beschwerdeführer für eine Forderung von Fr. 5'256.60 mit Wirkung ab 1. Februar 2024, 16.20 Uhr (act. 3).

1.3. Dagegen erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 8. Februar 2024 rechtzeitig Beschwerde und reichte Unterlagen ein. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses und ersuchte sinngemäss um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2-5/1-5; vgl. act. 6/6 S. 1 zur Rechtzeitigkeit).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-7). Mit Verfügung der Kammer vom 12. Februar 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert, dem Beschwerdeführer Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses angesetzt und der Beschwerdeführer auf die Möglichkeit der Beschwerdeergänzung hingewiesen (act. 8). Mit Eingabe vom 15. Februar 2024 ergänzte der Beschwerdeführer seine Beschwerdeschrift und reichte weitere Unterlagen ein (act. 10-11/1-12). Er beantragte die Aufhebung des Konkursurteils, die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die gerichtliche Kostenverlegung (act. 10 S. 1 f.). Am 16. Februar bezahlte der Beschwerdeführer den Kostenvorschuss (act. 11/11, act. 12; vgl. dazu auch untenstehende E. 2.2). Mit Eingabe vom 19. Februar 2023 reichte der Beschwerdeführer innert der zehntägigen Beschwerdefrist weitere Unterlagen ein (act. 13/1-3; vgl. act. 6/6 S. 1 zur Rechtzeitigkeit). Daraufhin wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 20. Februar 2024 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Zusätzlich ist erforderlich, dass die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sichergestellt werden. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG; BGE 139 III 491 E. 4.4 und BGE 136 III 294 E. 3). Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO).

2.2. Der Beschwerdeführer weist nach, am 16. Februar 2024 Fr. 8'000.– zuhanden der Obergerichtskasse überwiesen zu haben (act. 11/11, act. 12). Der Beschwerdeführer führt diesbezüglich aus, mit dieser Zahlung zuhanden der Obergerichtskasse sowohl die Konkursforderung hinterlegt, als auch die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt sowie den verlangten Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren bezahlt zu haben (act. 10 Rz. 7). Mit Eingabe vom 19. Februar 2024 reichte er eine Bestätigung des Konkursamtes ein, wonach die zu erwartenden Konkurskosten beim Konkursamt Fr. 1'800.– betragen (act. 13/1). Wie bereits mit der Verfügung vom 20. Februar 2024 bemerkt, wären die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes grundsätzlich beim Konkursamt sicherzustellen. Die Hinterlegung bei der Obergerichtskasse schadet dem Beschwerdeführer jedoch nicht. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 8'000.– reicht aus, um die Konkursforderung von Fr. 5'256.60 sowie die Kosten des Konkursamtes und -gerichts in der Höhe von Fr. 1'800.– zu decken. Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen.

3.

3.1. Es bleibt zu prüfen, ob der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat. 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 Verpflichtungen nachzukommen sowie die bestehenden Schulden (praxisgemäss innert längstens zweier Jahre; vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014 E. 2.2; PS230093 vom 17. Juli 2023 E. 2.1; PS230133 vom 17. August 2023 E. 4.1; PS230169 vom 22. September 2023 E. 4.1) 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 Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese 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; BGer 5D\_149/2023 vom 8. Dezember 2023 E. 4; OGer ZH PS230133 vom 17. August 2023 E. 4.1). Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Auch das Vorhandensein von Verlustscheinen ist ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. zu Letzterem BGer 5A\_470/2012 vom 19. November 2012 E. 3.3; PS230094 vom 10. Juli 2023 E. 5.1; PS230100 vom 3. Juli 2023 E. 4.1). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3; BGer 5A\_108/2021 vom 29. September 2021 E. 2.2).

3.2. Der Beschwerdeführer bringt vor, seit ca. dem Jahr 2020 immer wieder den Überblick über sein Leben zu verlieren bzw. nicht mehr in der Lage zu sein, recht-

zeitig und angemessen auf diverse Herausforderungen zu reagieren, da er an psychischen Problemen leide. Er sei jedoch gewillt und mit seinem Vermögen und seinen Einkünften in der Lage, seinen laufenden privaten und geschäftlichen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen (act. 2 S. 1; act. 10 Rz. 2 f.).

3.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der vom Beschwerdeführer eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Elgg vom 15. Februar 2024 weist insgesamt zehn eingeleitete Betreibungen seit November 2022 aus. Davon sind vier erledigt worden. Lässt man die nun hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind gemäss Betreibungsregisterauszug noch fünf Betreibungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 100'300.– offen, wovon sich eine im Stadium der Konkursandrohung befindet. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 11/7).

Der Beschwerdeführer führt aus, er bestreite die im Betreibungsregisterauszug ersichtliche Forderung von D.\_\_\_\_\_ über rund Fr. 95'500.–, von der er erst bei Abholung des Betreibungsregisterauszugs erfahren habe. Aufgrund der Konkursöffnung sei ihm der Zahlungsbefehl nicht mehr zugestellt worden. Weder als Privatperson noch als Einzelfirma C.\_\_\_\_\_ (und auch nicht bei der konkursiten GmbH) habe er irgendwelche Schulden oder offene Rechnungen gegenüber dem Treuhänder D.\_\_\_\_\_, welcher für die vor zwei Jahren Konkurs gegangene GmbH über zehn Jahre lang die Buchhaltung gemacht habe (act. 10 Rz. 4 ff.). Es rechtfertigt sich aufgrund der Vorbringen des Beschwerdeführers, diese bestrittene, in Betreuung gesetzte Forderung über rund Fr. 95'500.– nicht bei den Schulden zu berücksichtigen. Damit reduzieren sich die Schulden gemäss Betreibungsregisterauszug auf rund Fr. 4'800.–.

In Bezug auf die weiteren im Betreibungsregisterauszug aufgeführten Forderungen macht der Beschwerdeführer geltend, er habe diese – ausser "die zeitlich allererste und nicht mehr gültige Konkursandrohung über Fr. 270.90" – in der Zwischenzeit bezahlt und allfällige Restausstände könne er jederzeit mit den liquiden Mitteln bezahlen (act. 10 Rz. 8). Einen Nachweis, dass die entsprechenden Forderungen zwischenzeitlich tatsächlich getilgt wurden, reicht der Beschwerde-

führer nicht ein. Ebenso äussert er sich nicht weiter dazu, weshalb die in Betreuung gesetzte Forderung über Fr. 270.90 nicht mehr gültig sein soll. Die 15-monatige Frist (nach Zustellung des Zahlungsbefehls) zur Stellung des Konkursbegehrens gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG wäre jedenfalls noch nicht abgelaufen (vgl. act. 6/2/2). Aufgrund des Gesagten ist weiterhin von offenen, in Betreuung gesetzten Forderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 4'800.– auszugehen.

3.4. Der Beschwerdeführer äussert sich zu seiner finanziellen Situation insoweit, als dass er ein Mehrfamilienhaus habe (vgl. den Grundbuchauszug, act. 13/3), welches er vermiete und damit regelmässige Einkünfte von aktuell Fr. 4'300.– pro Monat generiere. Ab April 2024 sei eine weitere Wohneinheit vermietet, womit er Fr. 1'200.– und somit insgesamt Fr. 5'500.– pro Monat einnehmen werde. Sein Haupteinkommen erziele er mit seinem Einzelunternehmen. Zur diesbezüglichen Einkommenshöhe fehlen in der Beschwerdeergänzung jedoch weitere Angaben (act. 10 Rz. 2). Der Beschwerdeführer reicht dem Gericht weder eine (Zwischen-)Bilanz noch Erfolgsrechnungen oder Steuerelemente ein, welche ein umfassendes Bild über die finanzielle Situation zulassen würden. Unter diesen Umständen ist es nicht möglich, die vorhandenen Aktiven und Passiven sowie einen allfälligen Gewinn oder Verlust der letzten Jahre gesamthaft zu beurteilen. Mit Eingabe vom 19. Februar 2024 reichte er immerhin eine (undatierte und nicht unterzeichnete) Aufstellung über seine durchschnittlichen Einnahmen und Ausgaben pro Monat ein (act. 13/2). Danach würden seine privaten und geschäftlichen Verpflichtungen monatlich im Durchschnitt ungefähr Fr. 15'850.– betragen. Seine Einnahmen aus dem Erlös der Einzelfirma (monatlich netto Fr. 10'400.– im Durchschnitt der Jahre 2022 und 2023) sowie den Mieteinnahmen (bisher Fr. 5'300.–, ab April 2024 Fr. 7'500.–) würden sich auf ungefähr Fr. 17'900.– pro Monat belaufen (act. 13/2). Im Vergleich zeigt sich, dass er in seiner Eingabe vom 15. Februar 2024 ab April 2024 von Mieteinnahmen von Fr. 5'500.– ausging und in der soeben erwähnten Aufstellung von Fr. 7'500.–. Selbst wenn von den tieferen Mieteinnahmen ausgegangen würde, könnte der Beschwerdeführer gemäss der eingereichten Aufstellung seine monatlichen Ausgaben mit seinen derzeitigen Einnahmen decken. Ob diese Aufstellung vollständig ist oder nicht, bleibt letztlich

unklar. Nichts bekannt ist auch zur vergangenen, aktuellen und künftigen Auftragslage des Beschwerdeführers sowie zu Kreditoren und Debitoren.

3.5. Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich immerhin Folgendes: Gestützt auf die eingereichten Bankkontoauszüge der drei Konti des Beschwerdeführers bei der Postfinance und der Bank Linth verfügte der Beschwerdeführer per Ende 2023 über rund Fr. 88'500.– an flüssigen Mitteln, wobei er auf dem Geschäftskonto der C.\_\_\_\_\_ bei der Postfinance per 31. Januar 2024 über rund Fr. 62'840.– verfügte im Vergleich zu rund Fr. 61'780.– per 31. Dezember 2023 (act. 11/3-6). Mit diesen Unterlagen vermag der Beschwerdeführer glaubhaft zu machen, dass er im Falle der Gutheissung der Beschwerde ohne Weiteres über genügend flüssige Mittel verfügt, um die gemäss Betreibungsregister offenen, in Betreuung gesetzten Schulden (mit Ausnahme der bestrittenen und nicht zu berücksichtigenden Forderung von D.\_\_\_\_\_) in der Höhe von 4'800.– zu decken, sollten die Beträge entgegen seinen Ausführungen noch nicht (vollständig) beglichen sein. Damit verbleiben dem Beschwerdeführer noch rund Fr. 80'000.– um weitere kurz- oder mittelfristige Verbindlichkeiten bezahlen zu können.

3.6. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung wirkt sich zwar negativ aus, dass der Beschwerdeführer aufgrund der knappen Unterlagen nur ein dürftiges Bild seiner finanziellen Situation zeichnet und es an konkreten Angaben und Belegen zum Geschäftsgang seines Einzelunternehmens fehlt. Jedoch legt der Beschwerdeführer – wie soeben gesehen (vgl. obige E. 3.5) – dar, über genügend liquide Mittel zu verfügen, um die aktuell in Betreuung gesetzten, noch offenen Forderungen begleichen zu können, wobei mehr als Fr. 80'000.– an liquiden Mitteln übrig bleiben, um weitere kurz- und mittelfristige Verbindlichkeiten begleichen zu können. Damit scheint seine Zahlungsfähigkeit jedenfalls heute bei grosszügiger Betrachtung wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Indes ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Grenzfall handelt und insbesondere mit Blick auf die dürftigen Unterlagen, ein grosszügiger Massstab angelegt wurde, weil es sich um die erste Konkursöffnung handelte. Im Falle einer neuerlichen Konkursöffnung wären höhere Anforderungen zu stellen und es könnte

bei einer vergleichbar mageren Darstellung der wirtschaftlichen Verhältnisse kaum mehr eine günstige Prognose gestellt werden.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb sie gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben ist.

5. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis des Beschwerdeführers verursacht und sind daher ihm aufzuerlegen, obwohl der Konkurs aufgehoben werden kann. Folglich sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– aus dem vom Beschwerdeführer bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrag von Fr. 8'000.– zu beziehen. Nach Auszahlung des Betrags von Fr. 5'256.60 an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, ist der Rest des hinterlegten Betrags von Fr. 1'993.40 an das Konkursamt Elgg zu überweisen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

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

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. Februar 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner und Beschwerdeführer auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und dem Schuldner und Beschwerdeführer auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem vom Schuldner und Beschwerdeführer hinterlegten Betrag in der Höhe von Fr. 8'000.– Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu beziehen, Fr. 5'256.60 der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin auszubezahlen und den Restbetrag in der Höhe von Fr. 1'993.40 an das Konkursamt Elgg zu überweisen.



4. Das Konkursamt Elgg wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'493.40 (Fr. 1'993.40 von der Obergerichtskasse sowie Fr. 1'500.– als Rest des von der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin und Beschwerdegegnern Fr. 1'800.– und dem Schuldner und Beschwerdeführer einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Elgg, mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Elgg und das Grundbuchamt Elgg, 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw T. Rumpel

versandt am: