

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190157-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 26. September 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom tt. September 2019 (EK190330)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) vom tt. September 2019 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/10 = act. 3 = act. 7 S. 2):

CHF	3'345.90	Forderung
CHF	66.45	5 % Zins seit 20. März 2019
CHF	100.00	Betreibungskosten
CHF	50.00	Mahnkosten
CHF	42.45	5 % Verzugszins vor Betreuung
CHF	146.60	Betreibungskosten
CHF	3'751.40	Total

1.2. Mit Beschwerde vom 21. September 2019 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/11). Mit Verfügung vom 23. September 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 9, act. 5/4). Am 24. September 2019 wurde die Verfügung vom 23. September 2019 mit berichtiger Parteibezeichnung erneut versandt (act. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbe-

schränkt 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 (Art. 321 ZPO). 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).

2.2. Aus den von der Schuldnerin eingereichten Belegen ergibt sich, dass sie zur Begleichung der Konkursforderung samt der Zinsen, Mahnkosten und Betreuungskosten am 13. September 2019 beim Obergericht einen Betrag von Fr. 5'000.00 einbezahlte (act. 5/3). Gleichentags leistete die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 (act. 5/4). Mit Datum vom 12. September 2019 stellte die Schuldnerin die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sicher (act. 5/5). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen 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).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Opfikon vom 11. September 2019 weist 27 zwischen dem 21. März 2017 und tt. September 2019 eingeleitete Beteiligungen aus (act. 5/2), bei einer handelt es sich um die nun hinterlegte Konkursforderung. 12 Beteiligungen sind als "bezahlt" vermerkt. Bezüglich 11 weiteren Beteiligungen belegt die Schuldnerin die Tilgung der in Beteiligung gesetzten Forderung, was auch mit dem aktuellen Beteiligungsregisterauszug vom 20. September 2019 korrespondiert (act. 5/14-22). Die Schuldnerin gibt an, die nachträglich zur Konkursöffnung getätigten Zahlungen würden von ihrem Geschäftsführer stammen. Er habe ein vitales Interesse am Fortbestand der Unternehmung und eine Rückforderung stehe nicht im Raum (act. 2 S. 6 Rz. 11). Offen sind somit noch die Beteiligung-Nr. 1 der SVA Zürich über Fr. 8'565.55 sowie die Beteiligung-Nr. 2 über Fr. 4'810.20 und die Beteiligung-Nr. 3 über Fr. 4'865.60 der B._____ Schweiz AG. Die letzteren beiden Beteiligungen befinden sich bereits im Stadium der Konkursandrohung. Die Schuldnerin gibt an, mit der B._____ Schweiz AG im Sommer 2019 Abzahlungsvereinbarungen mit Ratenzahlungen von Fr. 300.00 bzw. Fr. 500.00 geschlossen zu haben (act. 2 S. 5). Diese Angaben der Schuldnerin erweisen sich aufgrund des eingereichten Abzahlungsvertrages/Schuldanererkennung sowie der vorgelegten Einzahlungsscheine der B._____ Schweiz AG als glaubhaft. Die Schuldnerin belegt sodann, bereits drei Raten à Fr. 300.00 und eine Rate à Fr. 500.00 geleistet zu haben (act. 5/12.1-12.3. sowie act. 13.1-13.2).

Zusammenfassend ist somit noch von drei offenen Beteiligungsforderungen auszugehen, wovon bei einer noch ein Betrag von rund Fr. 8'600.00 und bei den anderen beiden ein solcher von insgesamt rund Fr. 8'700.00 offen ist und Ratenzahlungen vereinbart sind.

2.3.3. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt den Betrieb einer Autowaschanlage und den Handel mit Motorfahrzeugen aller Art (act. 6). Die Schuldnerin erklärt, im Bereich Fahrzeugaufbereitung, -spenglerei, -folierung und -service tätig zu sein. Die Ge-

schäfte hätten sich von Beginn weg gut entwickelt, die wenigen und auf Nachlässigkeit in der Buchhaltung zurückzuführenden Betreibungen seien jeweils zeitnah beglichen worden. Im Frühjahr 2018 seien ihr Geschäftsführer und weitere Mitarbeiter für rund fünf Wochen in Untersuchungshaft versetzt worden. Während dieser Zeit sei der gesamte Betrieb komplett stillgestanden, was zu namhaften Einbussen geführt und die an sich schon locker geführte Buchhaltung gänzlich ausser Kontrolle gebracht habe. Bei Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit habe der Geschäftsführer sich auf das operative Geschäft konzentriert. Die während des Betriebsstillstandes aufgelaufenen Schulden sowie die Defizite in der Buchhaltung hätten zu diversen Betreibungen geführt und das Geschäftsjahr 2018 sei mit einem bescheidenen Gewinn abgeschlossen worden. Der eher flauere Geschäftsgang während der Wintermonate habe dann zu den ersten Konkursandrohungen geführt. Aufgrund von Altlasten, mangelnder Reserven und der nicht mit der gebotenen Ernsthaftigkeit geführten Buchhaltung sei es schlussendlich zur Konkursöffnung gekommen. Die Schuldnerin macht geltend, das Geschäft laufe jedoch gut, wie sich aus der per 13. September 2019 erstellten Erfolgsrechnung sowie dem Auszug des Geschäftskontos ab Januar 2019 ergebe; die laufenden Auslagen könnten durch die Einnahmen ohne Weiteres gedeckt werden. Die Schuldnerin verweist darauf, dass ein namhafter Teil ihrer Geschäftstätigkeit in der Abwicklung von Schadensfällen für grosse Versicherungsgesellschaften liege. Die Aufträge erfolgten regelmässig und mit so gut wie inexistentem Inkassorisiko. Ferner erledige sie Fahrzeugaufbereitungen für Autohändler und sie bediene Privatpersonen, u.a. aus der Tuning-Szene. Die vier Betreibungen, welche Forderungen der C._____ SA betroffen hätten, gingen auf den Abschluss von Versicherungspolicen durch eine unberechtigte Person zurück, welchen Umstand die C._____ SA anerkannt habe, womit ihr (der Schuldnerin) die einbezahlten Beträge nach definitiven Abschluss der Angelegenheit wieder gutgeschrieben würden (act. 2 S. 4 und 6).

2.3.4. Für die behauptete Anerkennung und Rückgutschrift durch die C._____ SA reicht die Schuldnerin keine Belege ein; ein künftiger Mittelzufluss ist nicht genügend glaubhaft gemacht. Jedoch legt die Schuldnerin die Jahresabschlüsse 2018 vor, woraus sich ein Gewinn von Fr. 3'833.86 ergibt. Der Zwischenab-

schluss per 13. September 2019 weist einen solchen von Fr. 10'042.35 aus (act. 5/6-7). Gemäss Auszug des Geschäftskontos bei der D. _____ verfügte die Schuldnerin per 12. September 2019 über ein Guthaben von rund Fr. 21'500.00 (act. 5/8), welches die noch offenen Betreuungsforderung von gerundet Fr. 17'300.00 übersteigt. Nach den von der Schuldnerin eingereichten, vom zeichnungsberechtigten Gesellschafter und Geschäftsführer unterzeichneten Aufstellungen vom 20. September 2019 bestehen noch Debitorenforderungen über Fr. 15'400.00 und diverse offene Aufträge (act. 5/10-11). Zu beachten ist zudem, dass die Schuldnerin in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um für die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten Fr. 5'000.00 einzubezahlen, beim Konkursamt Fr. 1'500.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen. Ferner scheint die Schuldnerin die Defizite in ihrer Buchführung sowie die Folgen davon erkannt zu haben, sie gibt an, die Buchhaltung in Zukunft mit der gebotenen Ernsthaftigkeit zu führen (act. 2 S. 7).

In einer Gesamtheit betrachtet kann daher zu Gunsten der Schuldnerin davon ausgegangen werden, dass sie die noch bestehenden (wenigen) Betreuungsforderungen zeitnah wird begleichen und sie ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen künftig wird befriedigen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG anzusehen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkurseröffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht.

2.4. Die Beschwerde der Schuldnerin ist folglich gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom tt. September 2019 ist aufzuheben und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom tt. September 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.00 (Fr. 1'500.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in der Höhe von Fr. 3'751.40 an die Gläubigerin und den Restbetrag von Fr. 1'248.60 an die Schuldnerin auszubezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie an die Obergerichtskasse und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Opfikon, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
27. September 2019