

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200234-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 16. Dezember 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. November 2020 (EK201676)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 19. November 2020 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 3'236.45.-- nebst Fr. 278.85 (5 % Zins seit 1. März 2019), Fr. 567.-- Pensionskasse 2017, Fr. 2'710.-- Pensionskasse 2018 und Fr. 286.90 Betreuungskosten (act. 3 und act. 7). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit nicht unterzeichneter Eingabe vom 26. November 2020 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 und act. 4). Die Beschwerdeführerin leistete sodann unaufgefordert den usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 4/4 und act. 10). Mit Verfügung vom 30. November 2020 wurde die Eingabe der Schuldnerin zurückgesandt mit der Aufforderung, innert einer Nachfrist die Eingabe mit der Originalunterschrift versehen wieder einzureichen. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin auf die Voraussetzungen der Konkursaufhebung und die Möglichkeit, ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Darlegung des Konkursaufhebungsgrundes und der Zahlungsfähigkeit zu ergänzen, hingewiesen (act. 8). Am 1. Dezember 2020 sandte die Beschwerdeführerin eine weitere, nunmehr handschriftlich unterzeichnete Eingabe (act. 11 und act. 12). Nachdem bekannt geworden war, dass der Beschwerdeführerin das angefochtene Urteil nicht ordnungsgemäss zugestellt worden war, wurde es ihr mit Verfügung vom 3. Dezember 2020 eröffnet mit dem Hinweis, dass die Beschwerdefrist erst mit Zustellung dieser Verfügung zu laufen beginne. Zudem wurde die Beschwerdeführerin erneut darauf hingewiesen, dass sie ihre Eingaben bis zum Ablauf der genannten Rechtsmittelfrist hinsichtlich des Nachweises des Konkurs hinderungsgrundes und der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne (act. 13). Am 4. Dezember 2020 reichte die Beschwerdeführerin die ursprüngliche Beschwerde mit einer Unterschrift versehen noch einmal sowie weitere Beilagen ein (act. 15 und act. 16) und hinterlegte am 11. Dezember 2020 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin Fr. 7'100.-- bei der Obergerichtskasse (act. 17). Die Eingaben der Beschwerdeführerin sind alle rechtzeitig erfolgt.

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3.1 Die Beschwerdeführerin hinterlegte mit Zahlung vom 11. Dezember 2020 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 7'100.-- (act. 17). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten (vgl. act. 7). Zudem bezahlte die Beschwerdeführerin am 26. November 2020 dem Konkursamt Aussersihl-Zürich Fr. 1'200.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 4/3 und act. 12/3). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat die Beschwerdeführerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.2. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass

ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

3.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 4 (act. 16/2) weist per 9. Dezember 2020 keine Verlustscheine und 45 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 255'564.02 aus, wovon fünf Beteiligungen über Fr. 19'760.15 allerdings bereits durch Bezahlung (an das Betreibungsamt oder den Gläubiger) oder durch Befriedigung nach Verwertung erledigt worden sind. Sodann wurde in drei Beteiligungen über Fr. 17'745.95 bereits Pfändungen vorgenommen. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 6'513.45 vermerkt) derzeit noch 36 offene Beteiligungen im Betrag von Fr. 211'544.47. Dabei handelt es sich um vier neu eingeleitete Beteiligungen über Fr. 33'946.20, um 29 Beteiligungen über Fr. 170'990.32, bei welchen Rechtsvorschlag erhoben wurde, um zwei Beteiligungen über Fr. 5'73.90, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, und um eine weitere Beteiligung über Fr. 1'434.05 im Stadium der Konkursöffnung.

3.4. Die Beschwerdeführerin ist mit der Firma "A._____ GmbH" (zurzeit in Liquidation) seit dem 3. Mai 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und betreibt eine medizinische Massagepraxis (act. 5). Die

Beschwerdeführerin gibt an, sie sei in ein falsches Konkursverfahren verwickelt worden. Sie bestreitet den Bestand der Konkursforderung in erster Linie mit der Begründung, die Beschwerdegegnerin sei bei der A1._____ GmbH und nicht bei der A._____ GmbH angestellt gewesen, und macht weiter geltend, es bestehe auch keine Forderung der Beschwerdegegnerin für Lohn- oder Pensionskassenbeiträge gegenüber der A1._____ GmbH. Ferner gibt die Beschwerdeführerin an, die Zahlungsfähigkeit sei gewährleistet, weil sie nur ein Einpersonen-Betrieb sei und über Fr. 400'000.-- flüssige Mittel verfüge (act. 2, act. 15 und act. 16/1).

3.5. Die Beschwerdeführerin reicht im Zusammenhang mit der Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit einzig eine Bankkontoliste der ... [Bank] vom 26. November 2020 der auf sie lautenden Konti ein, welche gesamthaft ein Saldo von Fr. 401'242.06 ausweist (act. 4/6). Mit diesem sofort verfügbaren Bankguthaben vermag die Beschwerdeführerin allerdings bereits glaubhaft zu machen, dass ohne Weiteres genügend flüssige Mittel vorhanden sind, um die betriebenen Schulden zu decken. Das gilt umso mehr, als in der überwiegenden Mehrheit der Betreibungen Rechtsvorschlag erhoben wurde. Diese Forderungen sind jedenfalls nicht unmittelbar zu bezahlen. Vor allem aber sind sie im Rahmen der Prüfung der Zahlungsfähigkeit grundsätzlich nicht zu berücksichtigen: da beim Einleiten einer Betreibung deren materielle Begründung nicht geprüft wird (Art. 67 Abs. 3 und 4 SchKG), muss auch der Betriebene nicht glaubhaft machen und schon gar nicht beweisen, dass er nicht schulde. Anders verhält es sich, wenn der Konkursit offenkundig systematisch und nur zur Verzögerung Rechtsvorschlag erhebt; dann darf und muss von ihm verlangt werden, dass er sich auch zu den durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibungen äussert und seine Bestreitungen näher darlegt (BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3 und 4.3.2; 5A_810/2015 vom 17. Dezember 2015, E. 3.3.2, und 5A_417/2020 vom 27. Oktober 2020 E.4.3.3). Dass über die Schuldnerin schon zwei Mal der Konkurs eröffnet werden musste, kann ein Indiz dafür sein, dass sie eben im geschilderten Sinn nur zur Verzögerung Rechtsvorschlag erhebt. Überwiegend wahrscheinlich ist das allerdings nicht. Es kann heute darum noch offen bleiben, weil die Schuldnerin wie gesehen auch die durch Rechtsvorschlag gehemmten

Betreibungen mit den verfügbaren flüssigen Mitteln begleichen kann. Ferner sind die weiteren Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin mangels Unterlagen zwar nicht bekannt. Da sich die aufgelaufenen Schulden aber mehrheitlich auf Forderungen der SVA und der Steuerbehörden beziehen, ist angesichts der beträchtlichen flüssigen Mittel zugunsten der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass sie auch ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen kann. Gegen die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin spricht hingegen, dass über sie in der Vergangenheit bereits zwei Mal, am 23. März 2017 und am 9. Juni 2020, der Konkurs eröffnet wurde (act. 5). Die Konkursöffnungen wurden allerdings in zweiter Instanz wieder aufgehoben.

3.6. Vor diesem Hintergrund ist im heutigen Zeitpunkt gerade noch glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung nicht auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin erscheint derzeit wahrscheinlicher als das Gegenteil, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt. Die Beschwerdeführerin muss sich aber klar darüber sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen in absehbarer Zeit die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob die Forderung der Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin zu Recht besteht, nicht im Konkursöffnungsverfahren zu prüfen ist, sondern im Rechtsöffnungsverfahren oder im Aberkennungsprozess bzw. mit negativer Feststellungsklage zu beurteilen gewesen wäre.

4. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 7'100.-- ist der Beschwerdegegnerin auszusahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der über die Beschwerdeführerin am 19. November 2020 eröffnete Konkurs wird aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 7'100.-- der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene Gebühr des Konkursgerichts von Fr. 400.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'200.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppels von act. 2, act. 11 und act. 15, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:
17. Dezember 2020