

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210155-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 9. September 2021

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 11. August 2021 (EK210259)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2009 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gastronomiebetrieb und im Unterhaltungsbereich, den Handel mit sowie den Import/Export von Waren aller Art, die weltweite Erbringungen von Dienst- und Beratungsleistungen auf den Gebieten der Vermögens- und Anlageberatung (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 11. August 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 1'596.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 10. Dezember 2020, Gläubigerkosten von Fr. 73.85 und Betreuungskosten Fr. 200.25, wobei die Gläubigerin am 14. Juli 2021 eine Akontozahlung der Schuldnerin von Fr. 750.00 erhalten habe (act. 9/12 = act. 8 S. 2).

1.3. Die Schuldnerin erhob gegen die vorinstanzliche Konkursöffnung mit Eingabe vom 19. August 2021 (überbracht) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragte sinngemäss die Aufhebung der Konkursöffnung und sie verlangte, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 1; act. 9/14). Mit Präsidialverfügung vom 20. August 2021 wurde der Beschwerde einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist am 26. August 2021 ergänzen könne (act. 10). Am 26. August 2021 (Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin eine Ergänzung zur Beschwerde samt Belege ein (act. 12, act. 13/2-3). Mit Verfügung der Kammer vom 27. August 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14). Am 7. September 2021 wurde eine Zwischenberatung durchgeführt (Prot. S. 4). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. 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 (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. Die Schuldnerin belegt, für die Bezahlung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 19. August 2021 Fr. 1'930.00 bei der Obergerichtskasse hinterlegt sowie den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet zu haben (act. 5/1-2). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Dübendorf zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung am 20. August 2021 Fr. 650.00 sichergestellt (act. 13/2). Die Schuldnerin hat somit den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.3.1. 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, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung der Schuldnerin treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (vgl. BSK SchKG II-

Giroud, 2. A. 2010, N 26 zu Art. 174 SchKG). Ein Beweis, der die (volle) Überzeugung gestattete, die Sachdarstellung der Schuldnerin sei zutreffend, ist nicht nötig.

2.3.2. Der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin führt in der Beschwerde zusammengefasst aus, aufgrund eines schweren Verlustes in seiner Familie einen Herzinfarkt erlitten zu haben, mit dessen Folgen er immer noch kämpfe. Er habe einige Male operiert und stationär behandelt werden müssen. Die geschäftlichen Versäumnisse und der Konkurs der Schuldnerin seien darauf zurückzuführen. Der Betrieb habe sogar eingestellt und der bestehende Mietvertrag gekündigt werden müssen. Der Geschäftsführer erklärt, die Schuldnerin habe ihr Domizil nun an seiner Privatadresse. Die Schuldnerin verfüge über keine Angestellten mehr. Er sei bereit und in der Lage, allfällige offene Schulden der Schuldnerin vollständig zu bezahlen. Er verfüge über genügend liquide Mittel. Zur Konkurseröffnung sei es letztlich gekommen, weil er sich zu Erholungszwecken in der Türkei aufgehalten habe und wegen den dortigen Waldbränden nicht habe in die Schweiz zurückreisen können. Ansonsten wäre die Konkursforderung rechtzeitig bezahlt worden (act. 2 S. 2 f. und act. 12 S. 1).

2.3.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Dübendorf vom 12. August 2021 weist – ohne die hinterlegte Konkursforderung – insgesamt drei zwischen dem 24. August 2020 und dem 23. Februar 2021 eingeleitete Betreibungen über einen Forderungsbetrag von insgesamt Fr. 6'238.42 aus (act. 4/6). Zur Konkursforderung der Gläubigerin ist zu bemerken, dass die Schuldnerin gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen sowie den vorliegenden Belegen vor Konkurseröffnung am 13. Juli 2021 eine Zahlung über Fr. 750.00 und am 9. August 2021 nochmals eine solche von Fr. 750.00 an die Gläubigerin geleistet hat (act. 8 S. 2, act. 4/2 [wobei sich beide Zahlungen auf dieselbe Referenznummer beziehen]). Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung war die Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten) somit noch im Umfang von Fr. 420.60 offen. Die Schuldnerin hat bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 1'930.00 und

damit Fr. 1'509.40 zu viel hinterlegt. Nicht eindeutig den gemäss Betreibungsregisterauszug noch offenen Betreibungen der SVA Zürich über Fr. 1'587.60 (Betreibung-Nr. 1) und Fr. 2'153.25 (Betreibung-Nr. 2) zuordnen lassen sich die von der Schuldnerin eingereichte Akontoabrechnung Lohnbeiträge Oktober bis Dezember 2019 der SVA Zürich vom 3. Dezember 2019 mit Einzahlungsquittung über den Totalbetrag von Fr. 2'221.90 sowie die Quittung über eine Einzahlung vom 27. August 2020 über Fr. 1'575.80 an die SVA Zürich (act. 4/3b-c). Im ebenfalls vorgelegten Kontoauszug des Geschäftskontos der Schuldnerin für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2020 ist jedoch eine Gutschrift der SVA Zürich über Fr. 1'328.05 verzeichnet (act. 4/3a). Die beiden Betreibungen der SVA Zürich datieren gemäss Betreibungsregisterauszug vom 24. August 2020 und 10. September 2020. Es kann davon ausgegangen werden, dass die SVA Zürich am 13. Oktober 2020 keine Überweisung über Fr. 1'328.05 an die Schuldnerin getätigt hätte, wären die genannten Betreibungen noch offen gewesen. Es erscheint daher glaubhaft, dass die im Betreibungsregisterauszug noch aufgeführten Betreibungen der SVA Zürich bereits bezahlt sind. Dafür spricht zusätzlich, dass die Betreibungen-Nr. 1 und Nr. 2 unter dem Datum vom 24. August 2020 und 10. September 2020 aufgeführt sind und immer noch den Code "ZB" für Zahlungsbefehl tragen, das heisst nach rund einem Jahr noch ganz am Anfang des Betreibungsverfahrens stehen. In Bezug auf die dritte noch offene Betreibungsforderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung (Betreibung-Nr. 3) reichte die Schuldnerin Zahlungsquittungen sowie einen Kontoauszug der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 25. August 2021 ein. Aus den Belegen geht hervor, dass noch ein Betrag von Fr. 610.75 offen ist (act. 4/4 und act. 13/3).

Zusammengefasst ist anhand des Betreibungsregisterauszuges des Betreibungsamtes Dübendorf vom 12. August 2021 von noch einer offenen Betreibung in der Höhe von Fr. 610.75 auszugehen. Verlustscheine sind gegen die Schuldnerin keine verzeichnet. Anzuführen ist, dass die Schuldnerin mit Wirkung ab dem 28. Mai 2021 ihr Domizil von C._____ nach D._____ verlegte. Ein Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Opfikon über die gut zwei Monate bis zur Konkurseröffnung reichte die Schuldnerin nicht ein.

2.3.4. Im Weiteren reichte die Schuldnerin keine Belege, wie etwa einen Zwischenabschluss und/oder Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Ob für die Zeit der Betriebseinstellung (noch) anfallende Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestehen, ist nicht klar. Es liegt einzig die erste Seite eines Auszugs des Geschäftskontos über den Zeitraum Oktober bis Dezember 2020 vor, der einen Kontostand am 30. September 2020 von Fr. 43'997.20 und (nach zwei Gutschriften sowie einer Belastung) einen Saldo von Fr. 15'082.85 per 22. Oktober 2020 ausweist (act. 4/3a). Ein aktueller Kontoauszug fehlt. Der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin spricht davon, er verfüge über genügend liquide Mittel, um allfällige offene Schulden der Schuldnerin vollständig zu bezahlen. Belege zu vorhandenen Mitteln oder Ausführungen darüber, welche Verbindlichkeiten es (noch) zu begleichen gäbe, fehlen. Trotz der fehlenden Angaben ist jedoch zu beachten, dass die Schuldnerin resp. deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um für die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bei der Obergerichtskasse Fr. 1'930.00 einzubezahlen (act. 5/1), beim Konkursamt Fr. 650.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen (act. 5/2 und act. 13/2). Während des vorinstanzlichen Verfahrens waren bereits eine Zahlung über Fr. 250.00 an die Gerichtskosten und zwei Teilzahlungen über je Fr. 750.00 an die Gläubigerin direkt vorgenommen worden (act. 9/8, act. 9/10 und act. 4/2). In Bezug auf bestehende Verbindlichkeiten ist festzuhalten, dass sich aus dem Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Dübendorf keine Forderungen von Gläubigern ergeben, welche laufende aktuelle Kosten des Geschäftes wie z.B. die Löhne, Lieferantenrechnungen oder die Miete betreffen. Es erscheint überdies naheliegend, dass die Schuldnerin – wie von ihr behauptet – aufgrund der geraumten Betriebsstilllegung über keine Angestellten verfügt. Die Aufgabe der eigenen Geschäftsräume und Verlegung des Domizils an die Adresse des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers der Schuldnerin, womit ihr keine Mietkosten anfallen, ergibt sich aus dem Handelsregisterauszug (vgl. act. 6). Aus dem eingereichten Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Dübendorf mit lediglich vier Betreibungen der seit September 2009 bestehenden

Schuldnerin, von welchen drei Forderungen vollständig bezahlt bzw. hinterlegt und eine Forderung teilweise getilgt wurde, kann kein Schluss auf ernsthafte und anhaltende finanzielle Schwierigkeiten der Schuldnerin gezogen werden. Da die Schuldnerin zur Begleichung der Konkursforderung Fr. 1'509.40 zu viel bei der Obergerichtskasse hinterlegte, welche ihr bei Gutheissung der Konkursöffnung auszusahlen wären, würde sie zumindest über sofort verfügbare flüssige Mittel in dieser Höhe verfügen, mit welchen ihr die Bezahlung der noch offenen Fr. 610.75 in der Betreuung-Nr. 3 möglich wäre. Im Weiteren ist zwar zu bemerken, dass die Schuldnerin ihr Domizil am tt.mm.2021 verlegte (vgl. act. 6) und sie keinen aktuellen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Opfikon einreichte. Die hinsichtlich neuer Betreibungen nicht dokumentierte Zeit beläuft sich jedoch immerhin nur auf zwei Monate und im vorliegenden Auszug des Betreibungsamtes Dübendorf sind in den drei Monaten vor der Sitzverlegung keine neuen Betreuungseinträge aufgeführt. Auch bestehen keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Sitzverlegung oder augenscheinliche Hinweise, welche weitere Untersuchungen gebieten würden. Auch wenn die Dokumentation der Schuldnerin sehr dürftig ist, ist ihre Zahlungsfähigkeit als gerade noch hinreichend glaubhaft gemacht anzusehen.

2.4.1. Die Möglichkeit einer Schuldnerin, die Konkursforderung auch nach der Konkursöffnung noch zu tilgen und den Konkurs mit Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit auf dem Beschwerdeweg abzuwenden, hat nach der bundesrätlichen Botschaft zur SchKG-Revision von 1994 Fälle im Auge, in welchen der Konkurs wegen eines Versehens oder Missgeschicks nicht rechtzeitig abgewendet werden konnte, die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebes aber nicht zum vornherein verneint werden muss (vgl. BBI 1991 III S. 1 ff., S. 112). Das Bundesgericht schliesst daraus, dass die "wirtschaftliche Lebensfähigkeit" des schuldnerischen Betriebes in entsprechenden Beschwerdeverfahren stets zu beurteilen sei (BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4). Die nachträgliche Aufhebung der Konkursöffnung muss in diesem Sinne "wirtschaftlich sinnvoll" sein (BISchK 2015 S. 156; vgl. zum Ganzen auch Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A. 1997/99, Band 2, N 10 zu Art. 174 SchKG). Eine zwischenzeitliche Inaktivität

einer Schuldnerin spricht nicht gegen ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit, wenn die (Wieder-)Aufnahme des Betriebs absehbar bzw. konkret geplant ist und zur Deckung bis dann anfallender Kosten ein Liquiditätspolster vorhanden ist (vgl. OGerZH PS140283 vom 26. Januar 2015, E. II./3.3-4). Weist eine Schuldnerin dagegen auf Dauer keine Aktiven und keine Geschäftstätigkeit vor, so ist sie wirtschaftlich nicht lebensfähig (vgl. OGerZH PS160177 vom 25. Oktober 2016 E. 4.4).

2.4.2. Der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin führt aus, auch wenn der Betrieb der Schuldnerin seit der Betriebsaufgabe stillgelegt sei, wolle er die Gesellschaft nicht auflösen bzw. nicht im Handelsregister löschen lassen, da er sich sehr stark mit der Firma identifiziere. Zudem habe er vor, in naher Zukunft bzw. nach gelungenen Therapien wieder einmal einen Betrieb zu eröffnen, der gleich lauten solle wie die Schuldnerin (act. 2 S. 2, Ziff. 2.). Diese Angaben des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers der Schuldnerin sind sehr vage. Der im Handelsregister eingetragene Zweck der Schuldnerin ist breit gefächert. Es fehlen Angaben dazu, welche konkrete Art von Geschäftstätigkeit wieder aufgenommen werden soll. Auch in zeitlicher Hinsicht sind die Ausführungen zur Wiederaufnahme des Betriebes äusserst ungenau, es ist weder bekannt, welche Therapien des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers der Schuldnerin noch ausstehen und/oder ob er diese bereits begonnen hat, noch wird ein (geplanter) Zeithorizont für die (Wieder-)Aufnahme der Geschäftstätigkeit genannt. Es ist einzig bekannt, dass der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin von Oktober 2019 bis und mit Juni 2020 zu hundert Prozent krankgeschrieben war (act. 4/5), und er sich nach seiner Behauptung zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu Erholungszwecken in der Türkei aufgehalten habe (vgl. act. 2 S. 2 Ziff. 4.). Vor diesem Hintergrund, insbesondere der mutmasslichen Betriebsstillegung seit Oktober 2019, kann nicht mehr von einer bloss vorübergehenden Inaktivität der Schuldnerin gesprochen werden. Der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin verkennt zudem, dass – anders als von ihm angenommen – nicht entscheidend ist, ob die Weiterführung des Konkursverfahrens über eine Gesellschaft, die über keine eigenen Geschäftsräume und Angestellten verfüge, etwas nützt (vgl. act. 2 S. 3). Auch reicht eine starke

Identifikation und ein Festhalten-Wollen am Firmennamen nicht aus. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Aufhebung der Konkursöffnung als wirtschaftlich sinnvoll angesehen werden kann (vgl. oben Erw. 2.3.2.). Letzteres ist vorliegend nicht der Fall, da die Wiederaufnahme des Betriebs der Schuldnerin nach dem Ausgeführten nicht als absehbar bzw. konkret geplant angesehen werden kann. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde der Schuldnerin. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3.

Ausgangsgemäss wird der Schuldner für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **9. September 2021, 09.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Dübendorf wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag in der Höhe von Fr. 1'930.00 dem Konkursamt Dübendorf zu überweisen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dübendorf sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
8. 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. A. Götschi

versandt am:
9. September 2021