

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210156-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeil

Urteil vom 14. September 2021

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Sammelstiftung BVG der B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 19. August 2021 (EK211141)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die A._____ GmbH (fortan Schuldnerin) mit Sitz in Zürich ist seit dem tt. Januar 2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Eintrag im Handelsregister bezweckt die Gesellschaft die Erbringung von Dienstleistungen im Transportbereich. Einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin ist C._____ (act. 6).
2. Mit Urteil vom 19. August 2021, 11:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich gestützt auf die Betreibung Nr. ... (Zahlungsbefehl vom 3. Mai 2021, act. 5/2/1) des Betreibungsamtes Zürich 3 und die Konkursandrohung vom 8. Juni 2021 (act. 5/2/2) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 6'704.25 (= Fr. 7'871.65 nebst 3.75 % Zins seit 1. Januar 2021, Fr. 500.– Umtriebsspesen und Fr. 146.60 Betreibungskosten, abzüglich Teilzahlung von Fr. 2'000.–; vgl. act. 3 [Aktenexemplar] = act. 5/8 = act. 8, fortan zitiert als act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin mit nicht unterzeichneter Eingabe vom 24. August 2021 (Datum Poststempel) samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses (vgl. act. 2 und act. 4/1–2, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 5/11).
3. Mit Verfügung vom 25. August 2021 wurde der Schuldnerin eine kurze Nachfrist zur Einreichung einer handschriftlich unterzeichneten Beschwerde angesetzt, unter Androhung von Säumnisfolgen. Weiter wurde die Schuldnerin mit Verfügung vom 25. August 2021 darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist hinsichtlich des Nachweises eines Konkurshinderungsgrundes sowie der Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit ergänzen kann (vgl. act. 8). Die Verfügung vom 25. August 2021 wurde der Schuldnerin mittels Gerichtsurkunde und zusätzlich per A-Post mitgeteilt; die Sendung mittels Gerichtsurkunde wurde am 26. August 2021 zur Abholung gemeldet, innert Frist bei der Post jedoch nicht abgeholt und hernach retourniert (vgl. act. 9/1).

4. Am 27. August 2021 gingen bei der Kammer weitere Unterlagen der Schuldnerin zum Nachweis des Vorliegens eines Konkurshinderungsgrundes sowie ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 10/1–7). Mit E-Mail vom 26. August 2021 teilte die Schuldnerin sodann mit, dass vergessen gegangen sei, den weiteren Unterlagen die handschriftlich unterzeichnete Beschwerdeschrift beizulegen, weshalb die Beschwerdeschrift vorab per E-Mail eingereicht werde und postalisch im Original folgen werde (vgl. act. 11 und act. 12). Mit ergänzter Beschwerde vom 26. August 2021 beantragte die Schuldnerin nebst der Aufhebung des Konkurses zudem die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für die Beschwerde (act. 12).

5. Mit Verfügung vom 27. August 2021 wurde der Beschwerde der Schuldnerin einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 13). Am 30. August 2021 (Datum Poststempel: 26. August 2021), mithin innert noch laufender Beschwerdefrist, ist bei der Kammer das Original der vorab per E-Mail zugesandten Beschwerdeergänzung eingegangen (act. 15).

6. Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren in der Höhe von Fr. 750.– hat die Schuldnerin gemäss Quittung der Zentralen Inkassostelle der Gerichte bereits am 27. August 2021 geleistet (vgl. act. 10/1 und act. 16). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 5/1–11). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und (kumulativ) seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. 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 (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). 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. Die Schuldnerin weist mittels Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 3 nach, am 23. August 2021 die Konkursforderung (Betreibung-Nr. ...) samt Zinsen und Kosten bezahlt zu haben (act. 4/1 und act. 10/3). Weiter belegt die Schuldnerin mittels Bestätigung des Konkursamtes Wiedikon-Zürich vom 26. August 2021, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'800.– sichergestellt zu haben (act. 10/4). Damit ist die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt und sind die Kosten des Verfahrens hinterlegt.

3.1. Wird die Konkursforderung (inkl. Zinsen und Kosten) – wie hier – erst nach der Konkursöffnung hinterlegt, kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung nur dann aufheben, wenn der Schuldner zusätzlich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen 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 Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen 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. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass insgesamt glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien nur vorübergehender Natur. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht

den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (vgl. OGer ZH PS180150 vom 14. September 2018 E. 2.3). Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners muss wahrscheinlicher sein als seine Zahlungsunfähigkeit (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).

3.2. Die Schuldnerin gibt als Grund für die Konkursöffnung einen bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass an (act. 15). Sie untermauert diese Behauptung einerseits mit dem vorerwähnten Betreibungsregisterauszug und andererseits mittels vier auf die Schuldnerin lautenden Fahrzeugausweisen (act. 10/6/1–4) und einem Auszug ihres Firmenkontos bei der D._____ [Bank] (act. 10/7).

3.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Dem Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 26. August 2021 (act. 10/5) lässt sich entnehmen, dass gegen die Schuldnerin im Zeitraum vom 4. September 2019 bis zum 3. Mai 2021 insgesamt vier Betreibungen eingeleitet worden sind (inklusive Konkursforderung [Betreibung Nr. ...]), wobei drei davon zeitlich relativ kurz hintereinander (4. September 2019, 10. September 2019 und 5. Dezember 2019) durch die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich Ausgleichskasse erfolgt sind (vgl. act. 10/5 S. 2). Abgesehen von der der Konkursforderung zugrunde liegenden Betreibung (Betreibung Nr. ...) sind seither keine Betreibungen gegen die Schuldnerin mehr eingeleitet worden. Sämtliche vier aus dem Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 26. August 2021 ersichtlichen Betreibungsforderungen (inkl. Konkursforderung) sind sodann inzwischen vollständig an das Betreibungsamt bezahlt worden (act. 10/5 S. 2). Nicht getilgte Verlustscheine aus Pfändungen der letzten 20 Jahre oder weitere über die Schuldnerin eröffnete Konkurse in den letzten fünf Jahren sind im Betreibungsregister nicht vermerkt (act. 10/5 S. 2). Insgesamt lässt der Betreibungsregisterauszug betreffend die Schuldnerin demnach darauf schliessen, dass sie ihre Rechnungen grundsätzlich regelmässig und rechtzeitig bezahlt.

3.4. Dem Kontoauszug der D._____ betreffend das Firmenkonto der Schuldnerin vom 26. August 2021 kann sodann entnommen werden, dass die Schuldnerin per 26. August 2021 über ein Bankguthaben in der Höhe von Fr. 60'483.06 verfügte (act. 10/7). Weiter sind aus diesem Bankbeleg die detaillierten Kontobewegungen im Zeitraum vom 3. Juni 2021 bis 26. August 2021 ersichtlich. Danach hat die Schuldnerin im besagten Zeitraum Zahlungseingänge bzw. Gutschriften im Gesamtbetrag von Fr. 213'182.– erhalten, welchen Zahlungsausgänge/Lastschriften im Gesamtbetrag von Fr. 176'487.31 gegenüberstanden. In den vergangenen rund drei Monaten konnte die Schuldnerin folglich einen zumindest rechnerischen Gewinn von Fr. 36'694.69 erwirtschaften. Bemerkenswert ist weiter, dass die Schuldnerin in den rund drei Monaten total vier Gutschriften über relativ hohe Beträge von zwei Auftraggebern erhalten hat, nämlich (act. 10/7):

- am 9. Juni 2021	Fr. 59'324.05	Auftraggeberin:	E._____ AG
- am 12. Juli 2021	Fr. 64'777.80	Auftraggeberin:	E._____ AG
- am 30. Juli 2021	Fr. 29'988.80	Auftraggeberin:	F._____ AG
- am 12. August 2021	Fr. 57'492.05	Auftraggeberin:	E._____ AG

Die Schuldnerin scheint somit regelmässig Aufträge für Grosskunden ausführen zu können und hat aus den damit generierten Einnahmen in den vergangenen drei Monaten auch regelmässig Löhne und weitere Betriebsaufwendungen bezahlt (vgl. act. 10/7). Mit den rund Fr. 60'483.– auf dem Firmenkonto bei der D._____ per 26. August 2021 verfügt die Schuldnerin sodann über nicht unerhebliche liquide Mittel, mit welchen – allfällige gegenüber dem Gericht nicht offengelegte – weitere Schulden relativ unmittelbar getilgt werden könnten (act. 10/7).

3.5. Zu den von der Schuldnerin ins Recht gelegten Fahrzeugausweisen ist schliesslich das Folgende anzumerken: Die vier Fahrzeugausweise belegen zwar, dass die Schuldnerin Halterin eines grossen Personenwagens (Mercedes-Benz ... [act. 10/6/1]) und dreier Lieferwagen (Mercedes-Benz ... [act. 10/6/2] und 2x MAN ... [act. 10/6/3–4]) ist. Jedoch muss die Fahrzeughalterin nicht zwingend auch die Eigentümerin des Fahrzeuges sein, selbst wenn sich den Fahrzeugausweisen insbesondere kein Hinweis auf ein Leasing der Fahrzeuge ergibt (kein

Vermerk "Halterwechsel verboten"). Deshalb sind die Fahrzeugausweise grundsätzlich nicht dazu geeignet, um das Eigentum der Schuldnerin an diesen vier Fahrzeugen zu belegen. Immerhin ist damit jedoch glaubhaft dargetan, dass die Schuldnerin zur Erbringung von Dienstleistungen im Transportbereich auf diesen Fuhrpark zurückgreifen kann, was in Verbindung mit den Zahlungseingängen auf ihrem Firmenkonto bei der D._____ in den letzten drei Monaten ebenfalls für eine grundsätzlich regelmässige und erfolgreiche Geschäftstätigkeit schliessen lässt.

3.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend zwar lediglich die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin während drei Monaten dokumentiert ist, denn weitere Unterlagen, welche über die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin Aufschluss geben könnten (insbesondere Bilanz- und Erfolgsrechnungen oder eine Aufstellung über die Betriebskosten), liegen nicht im Recht. Gestützt auf den Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin, der – wie vorstehend erwähnt – keinerlei offene Betreibungsforderungen mehr ausweist, sowie insbesondere gestützt auf die im Recht liegenden Bankbelege des Firmenkontos der Schuldnerin erscheint es aber insgesamt glaubhaft, dass die Schuldnerin grundsätzlich zahlungsfähig ist und die Konkurseröffnung eher einer Nachlässigkeit ihrerseits als ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten zuzuschreiben ist.

4. Nachdem der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten durch Urkunden belegt ist und die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft erscheint, ist die Beschwerde gutzuheissen und der über die Schuldnerin eröffnete Konkurs antragsgemäss aufzuheben.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. August 2021 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 15, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am:
14. September 2021