

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210178-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 20. Oktober 2021

in Sachen

A. _____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Pensionskasse,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 5. Oktober 2021 (EK211437)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2008 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Kiosk, ..., Import und Export (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 5. Oktober 2021, 11.00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Konkursforderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 7/9 = act. 3 = act. 6):

CHF	600.00	nebst Zins zu 5 % seit 17.06.2021
CHF	117.25	Forderung ohne Zins
CHF	106.60	Betriebskosten
<hr/>		
CHF	832.90	Total (inkl. Zins)

2.

2.1. Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 5. Oktober 2021 wandte sich die Schuldnerin mit Eingabe vom 7. Oktober 2021 (Datum Poststempel: 8. Oktober 2021) rechtzeitig an das Obergericht des Kantons Zürich. Sie verlangt die Aufhebung der Konkursöffnung. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, nochmals eine Verhandlung durchzuführen bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen. In prozessualer Hinsicht verlangte die Schuldnerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2; act. 7/12). Mit Verfügung vom 11. Oktober 2021 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass ein Gesuch um Wiederherstellung des vorinstanzlichen Verhandlungstermins an die Vorinstanz zu richten wäre. Der Beschwerde wurde einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt, unter Hinweis darauf, dass die Schuldnerin bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ihre Beschwerde ergänzen könne. Zudem wurde der Schuldnerin eine Frist angesetzt, um für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 zu leisten (act. 9). Der Kostenvorschuss wurde von der Schuldnerin fristgerecht geleistet (act. 12/1). Mit Schreiben vom 15. Oktober 2021 (Datum Poststempel) sowie zwei weiteren Eingaben vom 18. Oktober 2021

(überbracht) ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde innert laufender Rechtsmittelfrist (act. 11-15).

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-12). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Mit dem heutigen Entscheid werden sowohl der Antrag der Schuldnerin auf Anweisung der Vorinstanz zur Durchführung einer nochmaligen Verhandlung bzw. Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels als auch der prozessuale Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung obsolet, sie sind abzuschreiben.

3.

3.1. 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 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).

3.2.1. Die Schuldnerin belegt, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 6. Oktober 2021 beim Betreibungsamt Zürich 11 bezahlt zu haben (act. 13/4). Im Weiteren hat die Schuldnerin den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet und beim Konkursamt Oerlikon-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'500.00 sichergestellt (act. 12/1 und act. 13/1). Die Schuldnerin hat somit den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung resp. Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 bzw. 2 SchKG nachgewiesen.

3.2.2. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit be-

deutet, 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). Nach der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.2.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 18. Oktober 2021 weist insgesamt 61 zwischen dem 24. November 2016 und dem 22. September 2021 eingeleitete Beteiligungen aus (act. 13/2). Davon wurden 36 Beteiligungen – inklusive der Konkursforderung – durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt. Fünf Beteiligungen sind erloschen. Aus 17 Beteiligungen resultierte ein Verlustschein nach Art. 149 SchKG und aus drei Beteiligungen ein solcher nach Art. 115 SchKG. Gesamthaft bestehen gemäss zusammenfassenden Angaben auf dem Betreibungsregisterauszug 20 Verlustscheine über Fr. 29'743.24.

3.2.4. Die Schuldnerin führt unter Beilage zweier Arztzeugnisse aus, ihr Gesellschafter und Geschäftsführer, C._____, habe in der Nacht vor der vor-

instanzlichen Konkursverhandlung wegen erheblicher Schmerzen notfallmässig in das Universitätsspital eintreten müssen. Er habe das Spital nicht verlassen dürfen und sich dort bis am 11. Oktober 2021 stationär aufgehalten. An der Konkursverhandlung habe er somit (unverschuldet) nicht teilnehmen und den geschuldeten Betrag der Gläubigerin nicht begleichen können (act. 2 S. 1 und act. 11, act. 4/2 und act. 12/4). Der offene Forderungsbetrag sei jedoch am 6. Oktober 2021 gänzlich bezahlt worden. Des Weiteren führt die Schuldnerin aus, es seien am 15. Oktober 2021 zudem alle noch offenen Beteiligungen beim Betreibungsamt bezahlt worden (act. 11). Ferner gewähre die Gesellschafterin D. _____ zur Begleichung der Schulden der (Verlustscheins-)Gläubiger gemäss Betreibungsregisterauszug ein zinsloses Darlehen. Sie habe eine externe Erwerbstätigkeit aufgenommen, aus welcher sie in den nächsten 12 bis 24 Monaten monatlich Fr. 2'000.00 zur Verfügung stelle. Herr lic. iur. X. _____ sei beauftragt worden, mit den Gläubigern eine einvernehmliche Nachlassstundung bzw. eine Schuldensanierung durchzuführen, deren Ziel es sei, innert 12 Monaten die Schulden einvernehmlich zu begleichen (act. 14).

3.2.5. Die Schuldnerin reicht keinen Zwischenabschluss und keine Jahresabschlüsse, keine Kreditoren- und Debitorenliste sowie keine Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Die Schuldnerin führt auch nicht aus, welchen aktuellen Einnahmen der Gesellschaft welche laufenden Ausgaben gegenüberstehen. Es liegen einzig Kontoabschlüsse über ein Mieterkautionkonto sowie über das Geschäftskonto der Schuldnerin vor. Der Beleg zum Mieterkautionkonto weist einen Saldo per 31. Dezember 2017 aus und ist bereits in zeitlicher Hinsicht nicht relevant. Aus dem eingereichten Auszug des Firmenkontos ergibt sich per 30. September 2021 ein Guthaben der Schuldnerin über Fr. 243.60. Es ist ersichtlich, dass die Gutschriften auf dem Firmenkonto im August 2021 die Belastungen um rund Fr. 490.00 überstiegen. Im September 2021 waren die Belastungen um rund Fr. 620.00 höher als die Gutschriften, wobei zu beachten ist, dass die Schuldnerin am 16. September 2021 (wohl zur Schuldentilgung) eine Zahlung an das Betreibungsamt vornahm. Ohne diese Zahlung und über beide Monate August sowie September 2021 betrachtet, waren die Gutschriften leicht höher als die Belastun-

gen (act. 13/8 S. 19, 29 und 37). Es bestehen daher zumindest gewisse Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin ihre laufenden monatlichen Verpflichtungen gerade so decken kann. Der vorgelegte Betreibungsregisterauszug weist auf gewisse finanzielle Probleme der Schuldnerin in der Vergangenheit hin, kam es doch zu einer nicht unerheblichen Zahl an Betreibungen gegen sie. Zu beachten ist allerdings auch, dass der überwiegende Anteil an Betreibungen durch Bezahlung an das Amt erledigt wurde. Derzeit liegen keine offenen Betreibungen mehr gegen die Schuldnerin vor. Die Schuldnerin war in der Lage, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die noch offenen Betreibungen über insgesamt Fr. 5'280.70 sowie die Konkursforderung samt Zinsen und Betreibungskosten über Fr. 837.95 zu begleichen, beim Konkursamt Riesbach-Zürich Fr. 1'500.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen (vgl. act. 13/4-5, act. 13/1; act. 12/1). Gemäss ihren Beteuerungen ist die Schuldnerin zudem darum bemüht, die noch bestehenden Verlostscheinforderungen über fast Fr. 30'000.00 zu tilgen. Dass die Gesellschafterin D. _____ monatlich Fr. 2'000.00 (zinslos) zur Schuldentilgung zur Verfügung stellen will und kann, ist von dieser selber nicht bestätigt. Weiter liegt ein Schreiben von Herrn lic. iur. X. _____ vor, dass er mit der Schuldensanierung beauftragt wurde und nach einem ersten Überblick über die wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin von einer erfolgreichen Sanierung innert der nächsten sechs bis zwölf Monaten ausgeht (act. 15).

Nach dem Gesagten sind somit die dringendsten Verpflichtungen der Schuldnerin beglichen und es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sie ihre Altlasten innert nicht mehr als zwei Jahren wird begleichen können. Im Sinne einer letzten Chance kann die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin damit gerade noch als hinreichend glaubhaft gemacht angesehen werden. 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 Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre 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.). Sollte es jedoch den Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

3.3. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gerade noch als glaubhaft gemacht anzusehen ist, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und die Konkursöffnung mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Oktober 2021 aufzuheben ist.

4.

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

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag auf Anweisung der Vorinstanz zur Durchführung einer nochmaligen Verhandlung resp. Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Oktober 2021 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 ver-

rechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.00 (Fr. 1'500.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Kopien von act. 2, 11 und 14, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, je gegen Empfangsschein.
5. 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:

MLaw C. Funck

versandt am:
21. Oktober 2021