

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210190-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 2. Dezember 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____, **Sammelstiftung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil
vom 18. Oktober 2021 (EK210250)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 18. Oktober 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin des vorliegenden Verfahrens (fortan Schuldnerin). In den Erwägungen wurde das Konkurseröffnungsbegehren in der Betreuung-Nr. 1 des Betreibungsamtes Rüti ZH (Konkursandrohung vom 14. Juni 2021) erwähnt, wobei Angaben zur Forderung, für welche der Konkurs schliesslich eröffnet wurde, fehlen (act. 6 = act. 7/9).

1.2 Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. Oktober 2021 (Poststempel) rechtzeitig Beschwerde bei der hiesigen Instanz und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/10 letztes Blatt). Zur Begründung wurde einzig vorgebracht, vom Forderungsbetrag von Fr. 19'107.05 sei per Valuta 7. Oktober 2021 eine Teilzahlung von Fr. 10'000.– geleistet worden. Über diese Akontozahlung sei die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) seitens des Konkursamtes Wald nicht orientiert worden (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/2-3).

1.3 Noch vor Eingang der vorinstanzlichen Akten wurden der Schuldnerin mit Verfügung der Kammer vom 28. Oktober 2021 die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkurseröffnung erläutert (Art. 174 Abs. 2 SchKG), insbesondere auch, dass sie ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen müsse und welche Dokumente hierfür in der Regel erforderlich seien. Die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Gleichzeitig wurde der Schuldnerin Frist angesetzt, um für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.– zu bezahlen. Der Beschwerde wurde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert (act. 8). Parallel zur Zustellung der Verfügung mit Gerichtsurkunde erfolgte gleichentags bzw. am 28. Oktober 2021 eine informelle Zustellung mit A-Post sowie aufgrund des drohenden Fristablaufs eine telefonische Vorinformation der Schuldnerin, damit sie möglichst umgehend von den noch nötigen Ergänzungen der Beschwerde Kenntnis erhält (vgl. act. 11).

1.4 Am 29. Oktober 2021 und damit innert der Beschwerdefrist (vgl. act. 7/10 letztes Blatt) liess die Schuldnerin weitere Unterlagen überbringen (act. 12/1-5) und bei der Obergerichtskasse Fr. 12'039.20 zugunsten der Gläubigerin hinterlegen (act. 13). Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 9/1 und act. 13).

1.5 Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-10). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin ist mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie von act. 2 zuzustellen.

2. 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. Tilgung und Hinterlegung betreffen die Forderung samt Zinsen und Kosten. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs-Hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Gemäss Beleg der C. _____-Bank D. _____ zahlte die Schuldnerin mit Valuta 8. Oktober 2021 Fr. 10'000.– an die Gläubigerin mit dem Vermerk "Akonto Betreuung Nr. 1" (act. 4/1 und act. 12/4 S. 1). Die restliche Konkursforderung samt Zinsen und Kosten im Umfang von Fr. 12'039.20 (vgl. Konkursandrohung vom 14. Juni 2021 in der Betreuung 1 [act. 4/2] und act. 10) hat die Schuldnerin am 29. Oktober 2021 und damit innert Beschwerdefrist (vgl. act. 7/10 letztes Blatt) zu Handen der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 13). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Weiter belegte die Schuldnerin, am 29. Oktober 2021 beim Konkursamt Wald einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'000.– geleistet zu haben, welcher Betrag

die bisher angefallenen Kosten des Konkursamtes wie auch die vorinstanzliche Spruchgebühr zu decken vermag (act. 12/1).

Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt und bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Aufl. 2010, N 26 zu Art. 174 SchKG; BSK KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 15 zu Art. 174 SchKG). 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 – d.h. innert etwa zwei Jahren – auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Wie die Zahlungsfähigkeit im Einzelfall glaubhaft gemacht werden muss, lässt sich nicht allgemein sagen, da es auf die konkreten Verhältnisse ankommt.

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 2 aus dem Register des Betreibungsamtes Rüti ZH vom 29. Oktober 2021 (act. 12/2) wurden im Zeitraum November 2016 bis August 2021 (ohne die vorliegenden Konkursforderung) 54 Betreibungen im Gesamtbetrag von ca. Fr. 210'500.– gegen die Schuldnerin eingeleitet. Davon sind Forderungen aus 18 Betreibungen im Umfang von knapp Fr. 31'100.– als bezahlt oder erloschen vermerkt.

Aus 14 Betreibungen resultierten Verlustscheine nach Art. 149 SchKG im Gesamtbetrag von ca. Fr. 30'250.–. In Widerspruch dazu sollen gemäss dem Ein-

vernahmeprotokoll des Konkursamtes Wald vom 26. Oktober 2021 keine Verlustscheine bestehen (vgl. act. 12/3 Seite 7 und nachstehend Ziff. 4.3.1).

Die restlichen 22 Betreibungen im Umfang von knapp über Fr. 149'000.– wurden im Zuge der Konkureröffnung vom Betreibungsamt mit einem "K" für Konkureröffnung versehen, was für die Zwecke des Beschwerdeverfahrens, in dem es auf den Stand der Betreibungsverfahren vor der Konkureröffnung ankommt, untauglich ist. Aus der mangelnden Aussagekraft des Codierungssystems kann die Schuldnerin jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. auch BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 4.2), zumal sie sich zum eingereichten Betreibungsregisterauszug und zum Stand der einzelnen Verfahren auch nicht geäußert hat. Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass diese Betreibungsforderungen im Umfang von knapp über Fr. 149'000.– noch offen sind, wobei teilweise nicht klar ist, ob gewisse Gläubiger ihre Forderung über die Jahre nicht mehrfach geltend gemacht haben (vgl. z.B. Betr.-Nrn. 3 und 4 für je Fr. 15'220.55 der Gläubigerin des vorliegenden Verfahrens sowie Betr.-Nrn. 5 und 6 für je Fr. 5'165.– der E. _____ AG). Etwa die Hälfte der offenen Betreibungsforderungen entfällt auf den Zeitraum der letzten zwei Jahre vor der Konkureröffnung.

Nach dem Gesagten sind offene Betreibungsforderungen inkl. der in den Verlustscheinen verurkundeten Forderungen von gesamthaft knapp über Fr. 179'000.– (Fr. 149'000.– + Fr. 30'250.–) zu berücksichtigen. Dies lässt auf nicht unerhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wenn auch ca. 40% dieser Forderungen auf öffentlich-rechtliche Gläubiger entfallen und daher von der Betreibung auf Konkurs ausgeschlossen sind (Art. 43 SchKG), sind sie für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit dennoch von Bedeutung (vgl. KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 174 SchKG).

4.3.1 Zur Zahlungsfähigkeit machte die Schuldnerin keine Ausführungen. Sie reichte lediglich ein Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes Wald vom 26. Oktober 2021 (act. 12/3) sowie zwei Kontoauszüge der C.____-Bank D.____, Kontoinhaber F.____, A.____, für den Zeitraum 1. Januar bis 22. Oktober 2021 (act. 12/4) und 1. Januar bis 31. Dezember 2020 ein (act. 12/5). Zu diesen Dokumente äusserte sie sich nicht. Das erwähnte Einvernahmeprotokoll (act. 12/3) ist wenig aussagekräftig. Es ist unvollständig bzw. lückenhaft, steht teilweise in Widerspruch zu den Akten (act. 12/3 S. 7; vgl. vorstehend Ziff. 4.2 betr. Verlustscheine) und ist überdies nicht unterzeichnet.

4.3.2 Die Schuldnerin ist Inhaberin des Einzelunternehmens F.____, A.____, welches Stückgut-Transporte bezweckt. Damit haftet sie unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen, ohne Rücksicht darauf, ob die Verpflichtung im Unternehmens- oder im Privatbereich entstanden ist. Das Einzelunternehmen wurde am tt. Oktober 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (vgl. act. 5). Jahresrechnungen oder eine Zwischenbilanz, welche Aufschluss über die Entwicklung des Geschäftsgangs und die finanzielle Lage des Einzelunternehmens geben könnten, wurden nicht eingereicht. Gemäss Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes Wald vom 26. Oktober 2021, welches jedoch wie gesagt wenig aussagkräftig ist, wird keine Buchhaltung geführt (act. 12/3 S. 8). Die Einzelfirma betreffend reichte die Schuldnerin einzig die vorerwähnten Geschäftskontoauszüge ein (act. 12/4-5). Diesen lässt sich entnehmen, dass der Umsatz des Einzelunternehmens in der Zeit zwischen Januar 2020 und Juni 2021 grossmehrheitlich aus monatlichen Zahlungen der G.____ AG resultierte, welche in den erwähnten 18 Monaten durchschnittlich ca. Fr. 5'500.– monatlich betragen. Seit Juli 2021 konnten keine Zahlungseingänge der G.____ AG mehr verbucht werden (vgl. act. 12/4 S. 1-3). Weitere Gutschriften erfolgten im Jahre 2021 insbesondere durch Bancomat-Einzahlungen (April Fr. 7'700.–, Mai Fr. 800.–, Juni Fr. 4'000.–, Juli Fr. 10'700.–, August Fr. 4'500.–, September Fr. 2'000.– und Oktober Fr. 10'000.– zzgl. Fr. 1'000.– Einzahlung durch den Ehemann der Schuldnerin, vgl. act. 12/4 S. 1-7). Auf der Ausgabenseite sind monatliche Kosten für die Miete von Lagerräumen in Höhe von Fr. 650.– ersichtlich (vgl. act. 12/4). Sodann verfügt das Unternehmen offenbar über eine Fahrzeugflotte (vgl. act. 12/4 S. 8)

mit nicht unwesentlichen Ausgaben. Wie diese ohne Mitarbeiter betrieben wird, ist rätselhaft, denn Salärzahlungen lassen sich dem Kontoauszug 2021 keine entnehmen, während aus dem Kontoauszug 2020 Lohnzahlungen an einen Mitarbeiter, H._____, ersichtlich sind (act. 12/5 S. 1- 3, 6 f., 9 f. und 12). Zur aktuellen finanziellen Lage des Einzelunternehmens machte die Schuldnerin keine Ausführungen. Zum derzeitigen Geschäftsgang, allenfalls bestehenden verbindlichen Aufträgen bzw. zu erwartenden Erträgen, ist somit nichts bekannt. Das kurzfristig abrufbare Guthaben auf dem Geschäftskonto betrug vor der Konkurseröffnung Fr. 1'187.18 (act. 12/4 S. 1).

4.3.3 Zu den monatlichen Lebenshaltungskosten der Schuldnerin, welche – gemäss Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes Wald vom 26. Oktober 2021 – verheiratet ist und zwei minderjährige und zwei volljährige Kinder hat, und offenbar alleine lebt (vgl. act. 12/3 Seite 7), ist ebenfalls nichts bekannt. Auch zu den Einnahmen äusserte sie sich in der Beschwerdeschrift (act. 2) nicht und ergänzte ihre Beschwerde trotz entsprechenden Hinweises in der Verfügung vom 28. Oktober 2021 (act. 8) auch nicht. Den eingereichten Geschäftskontoauszügen lassen sich auch keine Lohnzahlungen an die Schuldnerin entnehmen (vgl. act. 12/4-5). Privatkontoauszüge oder die in der Verfügung vom 28. Oktober 2021 (act. 8) erwähnten Steuerunterlagen, die über ein Einkommen Aufschluss geben könnten, wurden nicht eingereicht. Anderweitige Guthaben oder Vermögenswerte, die zu berücksichtigen wären, sind weder aktenkundig, noch wurden solche geltend gemacht (vgl. auch act. 12/3 S. 10 ff.).

4.4.1 Verlässliche Rückschlüsse auf die finanzielle Situation der Schuldnerin und den Geschäftsgang des Einzelunternehmens sind vor dem Hintergrund fehlender Erläuterungen der Schuldnerin und ungenügender Dokumentation nicht möglich. Zu Gunsten der Schuldnerin fällt ins Gewicht, dass sie mit Blick auf das Konkursverfahren mit der Konkursforderung inkl. Kosten und Zinsen knapp über Fr. 23'000.– hat aufbringen können (vgl. vorstehend Ziff. 1.4 und 3.1). Weiter hat sie im laufenden Jahr vier Akontozahlungen an das Betreibungsamt geleistet, mit dem Vermerk "Akonto gemäss Vereinbarung", und zwar Fr. 10'000.– im April 2021 (act. 12/4 S. 7), Fr. 4'500.– im Juni 2021 (act. 12/4 S. 5), Fr. 5'000.– im Juli

2021 (act. 12/4 S. 3) und Fr. 3'000.– im August 2021 (act. 12/4 S. 2). Sodann wies das Geschäftskonto seit Januar 2020 stets einen positiven Saldo auf. Dies allein genügt jedoch nicht. Ihren laufenden Verpflichtungen, zu welchen auch öffentlich-rechtliche Abgabebeforderungen zählen (wenn auch für diese die Konkursbetreibung nicht möglich wäre, vgl. KuKo SchKG-Diggelmann, N 14 zu Art. 174 SchKG), konnte die Schuldnerin im laufenden und vergangenen Jahr, wie aus dem Betreibungsregister ersichtlich, nicht nachkommen (vgl. act. 12/2 S. 5 f. und Ziff. 4.2 letzter Absatz). Vor dem Hintergrund der zahlreichen Betreibungen ist auf nicht bloss temporäre Zahlungsschwierigkeiten zu schliessen.

4.4.2 Weiter hat die Schuldnerin nicht aufgezeigt, wie sie gedenkt, ihre Schulden innert nützlicher Frist abzutragen. Aufgrund der dargelegten Verhältnisse und ungenügender Dokumentation scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, ihre namhaften Schulden im Umfang von über Fr. 179'000.– (vgl. Ziff. 4.2) in absehbarer Zeit abzutragen, als nicht gegeben. Zwar lässt es die Kammer genügen, wenn die Schuldnerin glaubhafterweise die dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren nebst den laufenden Verbindlichkeiten auch ihre Altlasten wird abtragen können (OGerZH PS140068 vom 29. April 2014). Wie die Schuldnerin dies zu bewerkstelligen gedenkt, legte sie jedoch nicht dar und dies ist auch aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich. Die Barwerte der Schuldnerin betragen lediglich ca. Fr. 1'500.– (act. 12/4 S. 1) und weitere namhafte Vermögenswerte oder bedeutende regelmässige Einnahmen scheinen nicht vorhanden. Mit den eingereichten Unterlagen vermochte die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

5. Die Kosten sind ausgangsgemäss der Schuldnerin aufzuerlegen und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; die Schuldnerin unterliegt und der Gläubigerin sind keine Kosten entstanden, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen entrichtet.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 12'039.20 dem Konkursamt Wald ZH zuhanden der Konkursmasse der Schuldnerin zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wald ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rüti ZH sowie an die Obergerichtskasse, 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. D. Tolic Hamming

versandt am:
2. Dezember 2021