

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 16. März 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 24. Februar 2022 (EK220109)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie bezweckt ... und ist seit mm. 2011 im Handelsregister eingetragen (vgl. act. 6).

1.2 Mit Urteil vom 24. Februar 2022 (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar]) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 11 (nachfolgend: Betreibungsamt):

CHF	26'332.45	nebst Zins zu 5 % seit 15.06.2021 abzgl. Teilzahlung von CHF 4'007.65 vom 08.10.2021
CHF	150.00	Betreibungskosten
CHF	60.00	Mahnkosten
CHF	788.04	5 % Verzugszins vor Betreuung
CHF	213.60	Betreibungskosten

1.3 Dagegen erhebt die Schuldnerin mit Eingabe vom 1. März 2022 (act. 2) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 8/8 i.V.m. act. 8/11 act. 2 S. 1) mit folgenden Anträgen:

1. Die mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Februar 2022 ausgesprochene Konkurseröffnung sei aufzuheben.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und das Konkursamt Oerlikon-Zürich sei anzuweisen, das Konkursverfahren zu stoppen und die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu ermöglichen.
3. Unter entsprechenden Kosten- und Entschädigungsfolgen.

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-11). Mit Verfügung vom 2. März 2022 (act. 10) wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Mit Eingabe vom 7. März 2022 (act. 14) reichte die Schuldnerin weitere Beilagen ins Recht (vgl. act. 15/15-16). Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren hat die Schuldnerin bereits geleistet (vgl. act. 5/5 S. 2 und act. 12). Das Verfahren ist spruchreif. Der Gläubigerin sind noch die Doppel der Beschwerdeeingaben (act. 2 und 14) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkureröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkureröffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Hinterlegung) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO): Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurs hinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

2.2 Die Schuldnerin macht den Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung geltend. Sie belegt mittels Zahlungsquittung vom 1. März 2022, dass sie Fr. 24'384.30 bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (vgl. act. 5/5). Dieser Betrag deckt die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten (vgl. oben E. 1.1). Die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes hat die Schuldnerin beim Konkursamt Oerlikon-Zürich (nachfolgend: Konkursamt) mit einer Zahlung von Fr. 1'500.– am 28. Februar 2022 sichergestellt (vgl. act. 5/6). Damit hat die Schuldnerin den Konkurs aufhebungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen.

2.3 Da die Schuldnerin die Konkursforderung samt Zinsen, Gebühren und Kosten erst nach der Konkureröffnung hinterlegte, hat sie überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkureröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 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, 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 (vgl. BGE 132 III 715 ff., E. 3.1; 132 III 140 ff., E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zweier Jahre neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2 S. 6).

2.4 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere der Auszug aus dem Betreibungsregister. Aus dem eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 7. März 2022 (act. 15/16) geht hervor, dass die Schuldnerin sämtliche Betreibungsforderungen mittlerweile bezahlt hat (vgl. act. 14 S. 1). Verlustscheine sind keine registriert (vgl. act. 15/16). Daher ist von keinen bestehenden Schulden der Schuldnerin mehr auszugehen. Es bleibt zu prüfen, ob sie ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen kann.

Zwar hat die Schuldnerin keine Belege, wie etwa einen Zwischenabschluss und/oder Jahresabschlüsse oder Steuererklärungen der letzten Jahre eingereicht, was die Liquiditätsprüfung und die Prüfung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit erschwert. Aus ihrem Betreibungsregisterauszug gehen aber keine Betreibungsforderungen von Gläubigern hervor, welche laufende aktuelle Kosten des Betriebs (Gütertransporte) wie z.B. die Löhne, Leasing o.ä. betreffen. Zudem war die Schuldnerin in der Lage, einen substantiellen Betrag zu hinterlegen (vgl. oben

E. 2.2) und hat Debitoren und Debitorenguthaben (vgl. act. 5/3-4 und 5/11-14) sowie einen substantiellen Zahlungseingang Valuta 3. März 2022 in der Höhe von Fr. 32'285.10 nachgewiesen (vgl. act. 15/15). Vor diesem Hintergrund scheinen die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin bloss vorübergehender Natur zu sein. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens – wie hier – nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (vgl. BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Insgesamt gelingt es der Schuldnerin somit, die nicht allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit zu erfüllen.

2.5 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen, das angefochtene Urteil der Vorinstanz vom 24. Februar 2022 (Geschäfts-Nr. EK220109) aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

Nach Einsicht in die vorinstanzlichen Akten bleibt - wie bereits in früheren Entscheiden - anzumerken, dass vorgeladene Prozessparteien, die zum anberaumten Termin erscheinen, – auch ohne expliziten Wunsch – Anspruch auf Anhörung durch die Richterin oder den Richter selbst haben. Ein Aktenentscheid kann nur dann ergehen, wenn die Schuldnerin oder der Schuldner zur festgesetzten Konkursverhandlung nicht erscheint oder auf deren Durchführung verzichtet (vgl. OGer ZH PS160238 vom 17. Januar 2017, E. 4b und PS180137 vom 9. August 2018, E. 3.2 je mit Verweis auf OGer ZH NN010047 vom 22. Juni 2001 = ZR 101/2002 Nr. 17 S. 68 f.). Weder das eine noch das andere scheint hier der Fall zu sein.

3. Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen. Sie hat sowohl das erstinstanzliche als auch das zweitinstanzliche Verfahren veranlasst, weil sie ihre Schuld erst nach Konkurseröffnung beglich. Sie macht zwar geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass sie gutgläubig auf die Auskunft des Betreibungsamtes vertraut habe, wonach sie die Forderung der Gläubigerin in Raten à Fr. 1'500.– abzahlen könne (vgl. act. 2 S. 6). Diese Behauptung untermauert die Schuldnerin jedoch mit keinen objektiven Anhaltspunk-

ten. Aus dem vorinstanzlichen (Hand-)Protokoll geht lediglich hervor, das C. _____ (offenbar die Ehefrau von D. _____, des Geschäftsführers der Schuldnerin, vgl. act. 6 und act. 2 S. 6) anlässlich der Konkursverhandlung für die Schuldnerin erklärt hat, mit der *Gläubigerin* Ratenzahlung vereinbart zu haben (vgl. Prot. Vi. S. 1 f.). Es liegen daher keine Hinweise für eine falsche behördliche Auskunft seitens des Betreibungsamtes vor, auf welche die Schuldnerin hätte vertrauen dürfen. Im Übrigen ist es grundsätzlich auch *nicht* die Sache des Betreibungsamtes dafür zu sorgen, dass die Betreuung für bezahlte Beträge nicht weitergeht (vgl. BSK SchKG I-EMMEL, 2. Aufl. 2010, Art. 12 N 20 m.w.H.).

Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG). Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten des Konkursamtes allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den bei ihr von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 24'384.30 der Gläubigerin für die Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 11 auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Februar 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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 auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 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.
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. A. Götschi

versandt am: