

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210166-O/U

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

Urteil vom 14. Oktober 2021

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 14. September 2021 (EK210096)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Gesuchsgegnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin oder Konkursitin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen im Bereich ... bezweckt, insbesondere das ... (vgl. act. 8).

1.2 Mit Urteil vom 14. September 2021 (act. 7/3 = act. 6 [Aktenexemplar]) eröffnete das Einzelgericht s.V. des Bezirksgerichtes Pfäffikon (nachfolgend: Vorinstanz) in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Illnau - Effretikon (nachfolgend: Betreibungsamt) den Konkurs über die Schuldnerin für eine "Forderung von Fr. 2'048.95 (inkl. Zins und Spesen) und Fr. 500.– Gerichtskosten".

1.3 Dagegen erhebt die Schuldnerin mit Eingabe vom 21. September 2021 (act. 2) rechtzeitig (vgl. act. 7/10/5 i.V.m. act. 2 S. 1) Beschwerde und reicht Beilagen ins Recht (vgl. act. 5/3-7). Sie verlangt die Aufhebung der Konkursöffnung und macht den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung geltend. Weiter stellt sie einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 7/1-10). Am 22. September 2021 reichte die Schuldnerin weitere Beilagen ein (vgl. act. 11/1-2), darunter eine Quittung, welche belegt, dass sie den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet hat (vgl. act. 11/2). Mit Verfügung desselben Tages (act. 12) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass ihre Zahlungsfähigkeit aufgrund der bisher eingereichten Belege wenig wahrscheinlich erscheine und sie die Beschwerde in der noch laufenden Beschwerdefrist ergänzen könne (a.a.O.). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2021 (act. 14) machte die Schuldnerin fristgerecht (vgl. act. 7/10/5 i.V.m. act. 14 S. 1) zu ihrer Zahlungsfähigkeit weitere Ausführungen und reichte zusätzliche Unterlagen ein (vgl. act. 15/1-5). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Zur Beschwerde

2.1 Allgemeines

2.1.1 Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Diesfalls wird nach ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7 und 12).

2.1.2 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren auch dann aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (*Tilgung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, *Hinterlegung* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder *Gläubigerverzicht* nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. In diesem Fall hat die Schuldnerin jedoch überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). In jedem Fall ist zusätzlich erforderlich, dass die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2 Konkursaufhebungsgrund (Hinterlegung)

Aus der Bestätigung des Konkursamtes Illnau vom 20. September 2021 (act. 5/3-4) geht hervor, dass die Schuldnerin einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– sichergestellt hat, der ausreicht, um die Kosten des Konkursverfahrens und die Kosten des Konkursgerichts für die Konkurseröffnung zu decken. Zudem ist der von der Schuldnerin eingereichten Quittung (act. 11/1) zu entnehmen, dass sie am 22. September 2021 Fr. 2'548.95 bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat.

Damit ist belegt, dass die Schuldnerin die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten fristgerecht hinterlegt hat. Sogar Fr. 500.– mehr, als diesbezüglich zu hinterlegen gewesen wäre (vgl. act. 7/4). Denn bei den "Fr. 500.– Gerichtskosten", welche die Vorinstanz im Entscheid erwähnte, handelt es sich um die vorinstanzliche Spruchgebühr für die Konkursöffnung, welche die Schuldnerin bereits beim Konkursamt sichergestellt hat.

Die Schuldnerin hat damit den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat die Schuldnerin indes zudem ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.3 Zahlungsfähigkeit

2.3.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Die Schuldnerin hat also aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Dabei sind nur die sofort und konkret verfügbaren Mittel zu berücksichtigen, nicht aber zukünftige, zu erwartende oder mögliche Mittel. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016, E. 4; PS10111 vom 12. Juli 2011, E. 2). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf un-absehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Schuldnerin gewonnenen Gesamteindruck (vgl. BGer 5A_944/2013 vom 19. März 2014, E. 3.1; 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3;

5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4). Nach 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 bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

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). Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher ist als deren Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt an der Schuldnerin, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, ihre Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3).

2.3.2 Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Die anwaltlich vertretene Schuldnerin führt zu dem von ihr eingereichten Auszug vom 15. September 2021 (act. 15/1) aus, am 15. September 2021 sei nur noch die Betreuung der Steuerverwaltung über Fr. 11'000.– offen gewesen. Die entsprechende Forderung sei samt Zinsen und Kosten am 30. September 2021 durch Zahlung von Fr. 15'000.– an das Betreibungsamt Illnau-Effretikon getilgt worden. Dies belege die eingereichte Quittung (vgl. act. 14 S. 1 i.V.m. act. 15/2).

Aus der erwähnten Quittung geht zwar hervor, dass die Schuldnerin am 30. September 2021 Fr. 15'000.– an das Betreibungsamt bezahlt hat (act. 15/2) und mit Blick auf die Anmerkungen auf dem eingereichten Betreibungsregister-

auszug tilgte die Schuldnerin damit drei sich im Stadium des Zahlungsbefehls befindliche Forderungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich und der Eidgenössischen Steuerverwaltung (vgl. act. 15/1 S. 4). Diese drei Betreibungen sind indes nicht die einzigen der Schuldnerin, welche aus dem vierseitigen Betreibungsregisterauszug hervorgehen: Es befinden sich weiter zwei Betreibungen im Stadium des Zahlungsbefehls (über insgesamt Fr. 4'609.50), zwei im Stadium des Rechtsvorschlages (über insgesamt Fr. 2'602.20) und acht im Stadium der Pfändung (über insgesamt Fr. 50'095.15); bei Letzteren (Status "P" Pfändung) ist unklar, ob eine genügende Deckung vorhanden ist (vgl. act. 15/1 S. 2 f.), die Schuldnerin macht dazu keine Ausführungen. Insgesamt ist somit – entgegen der Ansicht der Schuldnerin – von offenen Betreibungsforderungen in der Höhe von total Fr. 57'306.85 auszugehen.

Mit welchen liquiden Mitteln die Schuldnerin diese bestehenden Schulden – neben ihren laufenden Verpflichtungen, denen sie ebenfalls nachzukommen hat – abtragen will, tut sie nicht dar. Vielmehr beschränkt sie sich darauf darzulegen, wie sie ihren *laufenden* Verpflichtungen nachkommen will und verweist darauf, dass sie im Geschäftsjahr 2019 einen Gewinn von Fr. 19'916.59 erwirtschaftet habe und das Firmenkonto bei der C. _____ im August 2021 keinen Negativsaldo aufgewiesen habe (vgl. act. 2 S. 3 und act. 14 S. 1 f.). Welches ihre laufenden Verpflichtungen sind, legt sie wiederum nicht dar. Dass und mit welchen Mitteln die Schuldnerin daneben innert längstens zwei Jahren die bestehenden Schulden abtragen können sollte, ist nicht erkennbar:

Obschon gemäss Buchhaltungsunterlagen per 31. Dezember 2020 noch flüssige Mittel von Fr. 46'190.69 (Kasse und ein [negatives] Bankguthaben) verfügbar waren, kam es im 2021 zu den erwähnten Pfändungen der Schuldnerin in der Höhe von insgesamt über Fr. 50'000.– (vgl. act. 15/5). Zudem wies das (offenbar einzige) Firmenkonto der Schuldnerin (bei der C. _____) per 17. September 2021 nur noch knapp einen positiven Saldo auf (vgl. act. 5/6-7). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass davon noch sofort und konkret verfügbare Mittel vorhanden sind, die zur Abtragung der bestehenden Schulden zur Verfügung stehen; zumal die Schuldnerin namentlich auch nicht geltend machte, die erwähnten

Pfändungen hätten ihr Bankguthaben bei der C._____ betroffen bzw. für diese sei genügende Deckung vorhanden. Ausserdem könnte die Schuldnerin ihre bestehenden Schulden auch mit dem per Ende 2020 ausgewiesenen Gewinn von Fr. 22'972.33 (plus Gewinnvortrag von Fr. 8'379.95) selbst dann innert zweier Jahre nicht abtragen, wenn dieser ihr hierfür vollumfänglich zur Verfügung stünde und im Geschäftsjahr 2021 erneut ein Gewinn um Fr. 23'000.– erzielt werden könnte.

Hinzu kommt, dass es gemäss Betreibungsregisterauszug von Beginn der Betreibungen der Schuldnerin im Oktober 2019 an immer wieder auch zu Verwertungen und Befriedigung nach Verwertung kam sowie sich zuletzt Pfändungen im Umfang von über Fr. 50'000.– anhäuferten (vgl. act. 15/1 S. 2 f.). Die Schuldnerin scheint somit nicht nur immer wieder mit Liquiditätsproblemen zu kämpfen, sondern musste es zuletzt auch vermehrt zu Pfändungen und Verwertungen kommen lassen. Die Schuldnerin war zwar im Stande, Ende September 2021 Fr. 15'000.– beim Betreibungsamt zu bezahlen (act. 15/2), Fr. 2'548.95 bei der Obergerichtskasse zu hinterlegen sowie Kostenvorschüsse an das Betreibungsamt von Fr. 1'800.– (act. 5/3) und an das Obergericht von Fr. 750.– (act. 11/2) zu entrichten (vgl. oben E. 2.2 und 2.3.2). Nach dem Gesagten ändert dies jedoch nichts mehr daran, dass die Illiquidität der Schuldnerin nicht mehr bloss temporär und ihre Zahlungsunfähigkeit insgesamt – auch aufgrund des anhand ihrer Zahlungsgewohnheiten gewonnenen Gesamteindrucks – wahrscheinlicher erscheint als ihre Zahlungsfähigkeit.

2.3.3 Es ist der Schuldnerin somit nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind und sie in der Lage sein wird, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen sowie in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen.

2.3.4 Nach dem Gesagten vermag die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht glaubhaft zu machen. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde daher abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

Damit fällt der von der Schuldnerin hinterlegte Betrag vollumfänglich in die Konkursmasse und ist dem Konkursamt zu überweisen.

2.4 Immerhin bleibt der Schuldnerin die Möglichkeit, den Widerruf des Konkurses zu beantragen, wenn es ihr gelingen sollte, sämtliche Forderungen zu tilgen. Der Widerruf kann vom Ablauf der Eingabefrist an bis zum Schluss des Verfahrens verfügt werden (vgl. Art. 195 Abs. 1 und 2 SchKG).

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Gläubigerin sind im Beschwerdeverfahren keine Aufwendungen entstanden, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Donnerstag, 14. Oktober 2021, 15.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Illnau wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 2'548.95 wird an das Konkursamt Illnau zu Handen der Konkursmasse überwiesen.
4. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Doppeln der Beschwerdeeingaben der Schuldnerin (act. 2 und act. 14) samt Kopien bzw. Doppel der Beilagen (act. 5/3-7, act. 11/1-2 und act. 15/1-5), sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Illnau, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Illnau - Effretikon, 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:
15. Oktober 2021