

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190187-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Ge-
richtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 24. Oktober 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 7. Oktober 2019 (EK190425)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach eröffnete mit Urteil vom 7. Oktober 2019 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 5'074.35 nebst Fr. 145.45 (3.75 % Zins seit 1. Januar 2019), Fr. 500.-- (bisherige Umtriebsspesen), Fr. 5.-- (weitere Zustellkosten) und Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 7). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. Oktober 2019 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Hinterlegung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Die Beschwerdeführerin hinterlegte am 14. Oktober 2019 bei der Obergerichtskasse Fr. 5'871.40 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin und leistete gleichzeitig unaufgefordert den usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 2 S. 4 N 10 f. und act. 5/5). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2019 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
3. Die Beschwerdeführerin hinterlegte mit Zahlung vom 14. Oktober 2019 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich einen Betrag in Höhe von Fr. 5'871.40 (act. 5/5). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Neben- und Betreuungskosten (vgl. act. 7). Zudem bezahlte die Be-

schwerdeführerin dem Konkursamt Wallisellen Fr. 1'000.-- zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung (act. 5/6). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon (act. 5/7) weist per 8. Oktober 2019 keine Verlustscheine und 36 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 89'641.10 aus, wovon

sieben Betreibungen über Fr. 17'932.05 allerdings bereits erloschen und 16 Betreibungen über Fr. 27'425.10 durch Bezahlung an das Betreibungsamt oder den Gläubiger erledigt worden sind. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 5'574.35 vermerkt) derzeit noch zwölf offene Betreibungen im Betrag von Fr. 38'709.60. Dabei handelt es sich um acht neu eingeleitete Betreibungen über Fr. 23'566.65 und um vier Betreibungen über Fr. 15'142.95, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde.

4.3. Die Beschwerdeführerin ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung seit dem tt. Juli 2010 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Landwirtschaft, Forstwirtschaft und Baubegehren, dazu gehören verschiedene Tätigkeiten mit den verschiedensten Fahrzeugen (act. 6). Zu den obgenannten Schulden gibt die Beschwerdeführerin zusammengefasst an, in den letzten Jahren zwar immer wieder betrieben worden zu sein, die Forderungen aber jeweils rechtzeitig bezahlt zu haben, so dass es bisher nie zu einer Konkursöffnung gekommen sei (act. 2 S. 5 N 14). Als Kleinunternehmer habe sich der Geschäftsführer auf die Erfüllung der Aufträge konzentrieren müssen und habe dabei die Administration vernachlässigt. Dies umso mehr als er im Sommer 2017 einen schweren Arbeitsunfall erlitten habe, bis Ende des Jahres arbeitsunfähig gewesen sei und sich dadurch Aufträge angestaut hätten (act. 2 S. 5 N 15). Damit die Rechnungen inskünftig fristgerecht bezahlt würden, kümmere sich ab sofort der Vater des Geschäftsführers um die Administration (act. 2 S. 5 N 16). Sodann sei die Betreibung Nr. 1 durch Zahlung an das Bezirksgericht Bülach erledigt worden und die Betreibung Nr. 2 habe auf einer falschen Berechnung der Lohnbeiträge für das Jahr 2017 basiert, was mittlerweile korrigiert worden sei (act. 2 S. 5 f. N 17).

4.4. Zu diesen letzten Ausführungen reicht die Beschwerdeführerin zwei Belege ein. Einerseits liegt ein Auszug des auf die Beschwerdeführerin lautenden Firmenkontos bei der Zürcher Kantonalbank über eine Belastung vom 27. August 2018 über Fr. 3'942.85 zu Gunsten des Bezirksgerichts Bülach betreffend das Verfahren EK180405 im Recht (act. 5/8). Unter dieser Nummer wurde

am Bezirksgericht Bülach ein Verfahren der Gläubigerin der Betreuung Nr. 1, der Sammelstiftung BVG der B. _____ AG, gegen die Beschwerdeführerin betreffend Konkurseröffnung geführt. Da dieses Verfahren am 28. August 2018, mithin ein Tag nach Bezahlung, erledigt wurde und nicht zum Konkurs der Beschwerdeführerin geführt hat (vgl. act. 6), erscheint die Tilgung der dieser Betreuung zu Grunde liegenden Forderung als glaubhaft.

Auf der anderen Seite legt die Beschwerdeführerin eine Abrechnung über die Lohnbeiträge im Jahr 2017 der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt Zürich vom 4. April 2019 vor (act. 5/9). Daraus ergibt sich, dass der in Betreuung gesetzte Betrag in Abzug gebracht wurde und schliesslich ein Guthaben der Beschwerdeführerin resultiert. Damit erscheint auch die Erledigung der am 10. Januar 2019 eingeleiteten Betreuung Nr. 2 der Sozialversicherungsanstalt Zürich glaubhaft.

4.5. Somit ist insgesamt noch von zehn offenen und in Betreuung gesetzten Forderungen in Höhe von rund Fr. 27'000.-- auszugehen. Hinzu kommen weitere Kreditorenforderungen, deren aktuelle Höhe mangels Vorlage einer Kreditorenliste indes nicht festgestellt werden kann. Der in der Jahresrechnung verbuchte Aufwand bildet sodann einen Anhaltspunkt für die durchschnittlichen monatlichen Ausgaben. In der provisorischen Jahresrechnung per 30. September 2019 fehlt es allerdings an einem Total, weshalb davon auszugehen ist, dass die Aufwandpositionen nicht abschliessend aufgeführt sind und nicht darauf abgestellt werden kann (act. 5/12). Da der Jahresumsatz 2018 mit dem für das Jahr 2019 zu erwartenden Umsatz vergleichbar ist (vgl. dazu nachfolgend E. 4.6), erscheint es aber angemessen, auch für die Ermittlung der gegenwärtig laufenden Verbindlichkeiten auf den Aufwand des Jahres 2018 abzustellen. Der Jahresaufwand 2018 betrug Fr. 187'740.55 (act. 5/15), weshalb von durchschnittlichen monatlichen Ausgaben in Höhe von rund Fr. 15'000.-- auszugehen ist.

4.6. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss Darlehensvertrag mit Rangrücktrittserklärung vom 12. Oktober 2019 (act. 5/10) und Vermögensauszug des auf die Beschwerdeführerin lautenden Kontos bei der Zürcher Kantonalbank vom 14. Oktober 2019 im Falle der Konkursaufhebung flüssige Mittel in Höhe von

Fr. 36'665.04 gegenüber (act. 5/11). Sodann bestehen nach Angaben der Beschwerdeführerin derzeit offene Debitoren in Höhe von Fr. 24'179.25 (act. 2 S. 7 N 22). Der dazu eingereichten Debitorenliste kann entnommen werden, dass die Forderungen allesamt im September und Oktober 2019 fällig wurden bzw. werden (act. 5/13), weshalb zeitnah mit deren Eingang gerechnet werden kann. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin gestützt auf eine Reihe von Offertstellungen pendente Aufträge in Höhe von rund Fr. 70'000.-- geltend, die nach Angaben der Beschwerdeführerin noch im 2019 ausgeführt werden sollten (act. 5/14). Das erscheint insbesondere auch glaubhaft unter Berücksichtigung der gemäss provisorischer Jahresrechnung bereits im laufenden Jahr per Ende September erwirtschafteten Einnahmen in Höhe von Fr. 116'504.95 (act. 5/12), und angesichts des Umstandes, dass der voraussichtliche Jahresumsatz 2019 somit ungefähr demjenigen des Jahres 2018 in Höhe von Fr. 189'453.-- entspricht (act. 5/15). Des Weiteren gibt die Beschwerdeführerin an, dass noch weitere Offerten über Fr. 30'000.-- bis Fr. 50'000.-- ausstehend seien und ein weiterer Auftrag über Fr. 24'500.-- erteilt worden sei (act. 5/14). Das sind allerdings nur Behauptungen.

4.7. Dennoch vermag die Beschwerdeführerin gestützt auf die eingereichten Unterlagen glaubhaft darzulegen, dass sie mit den zur Verfügung stehenden flüssigen Mitteln in Höhe von über Fr. 30'000.-- die offenen, in Betreuung gesetzten Forderungen in Höhe von Fr. 27'670.80 unmittelbar tilgen kann. Zudem macht die Beschwerdeführerin glaubhaft, dass sie über eine kontinuierliche Auftragslage verfügt und mit den monatlichen Einnahmen auch die laufenden Verbindlichkeiten decken kann. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die vorliegende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist. Somit rechtfertigt es sich, von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt.

5. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels

entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 5'871.40 ist der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. Oktober 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'600.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 5'871.40 der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wallisellen-Dietlikon, 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. K. Houweling-Wili

versandt am:
24. Oktober 2019