

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220032-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.
Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 2. März 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Sammelstiftung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom
8. Februar 2022 (EK220011)

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster (nachfolgend: Vorinstanz) vom 8. Februar 2022 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 10'087.65, Zins von Fr. 221.10, Gläubigerkosten von Fr. 885.79 und Betreibungskosten von Fr. 223.60 (total: Fr. 11'418.14) der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/6; nachfolgend zitiert als act. 6). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 17. Februar 2022 (Datum Poststempel) innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist Beschwerde bei der Kammer, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2; act. 4/2–8; act. 7/7). Mit Verfügung vom 18. Februar 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 24. Februar 2022 (nebst den bereits eingereichten) weitere sachdienliche Unterlagen zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit noch nachgereicht werden könnten (act. 9; vgl. auch act. 10A). Nachdem die Schuldnerin mit Eingabe vom 24. Februar 2022 innert Frist zusätzliche bzw. ergänzte Unterlagen zu ihrer Zahlungsfähigkeit eingereicht hat (act. 11; act. 12/1–15) und die vorinstanzlichen Akten (act. 7/1–9) beigezogen worden sind, erweist sich die Sache als spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen innert dieser Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei sie auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

3. Die Schuldnerin weist nach, den Betrag der Konkursforderung einschliesslich Zinsen und weiterer Kosten (act. 4/2) bei der Obergerichtskasse am 16. Februar 2022 hinterlegt zu haben (act. 4/2), wobei anstatt den erforderlichen Fr. 11'418.14 ein um 30 Rappen höherer Betrag von Fr. 11'418.44 hinterlegt wurde (act. 4/2). Weiter belegt die Schuldnerin mit einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamts Dübendorf vom 15. Februar 2022, bei diesem die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 650.– sichergestellt zu haben (act. 4/3/2). Zudem hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinterlegt (act. 4/2). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach. Da die Tilgung bzw. Hinterlegung erst nach der Konkursöffnung erfolgt ist, hat die Schuldnerin darüber hinaus ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit 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. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese 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). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab dabei ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018, E. 2.3.).

5.

5.1. Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche die Ausführung von Arbeiten im Bereich der Doppelbodenmontage bezweckt (act. 5). Sie ist seit dem tt. mm. 2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 5). Der aktuelle Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin vom 24. Februar 2022 (act. 12/7) weist zehn Betreibungen mit einem Forderungstotal von Fr. 28'795.12 (ohne Betreibungskosten und Zinsen) auf. Hiervon hat die Schuldnerin sieben Forderungen bereits getilgt und bezüglich der Betreibung, die zur Konkursöffnung geführt hat, den Forderungsbetrag bei der Kasse des Obergerichts hinterlegt. Die restlichen zwei Betreibungen im Umfang von total Fr. 2'330.63 betreffen Forderungen, die von der Schuldnerin bestritten werden (act. 2 S. 1). Entsprechend wurden diese nicht getilgt. Da der Zuzug in den Betreibungskreis Dübendorf bereits am 12. September 2017 erfolgte (act. 12/7), mithin also vor ca. 4.5 Jahren, erscheint der vorliegende Auszug ausreichend aussagekräftig.

5.2. Damit bleibt zu prüfen, wie es sich mit der Abtragung der übrigen, nicht in Betreibung gesetzten Forderungen sowie der Tilgung der laufenden Verbindlichkeiten verhält. Die Schuldnerin reichte hierzu eine von ihrer Treuhänderin angefertigte tabellarische Aufstellung mit Datum vom 24. Februar 2022 ein (act. 12/3). Darin werden offene Rechnungen verschiedener Gläubiger von total Fr. 116'822.36 aufgeführt, wobei ein Betrag von Fr. 39'000.– einen COVID-Kredit betrifft, der bloss vierteljährlich (nächstmal per 31. März 2022) mit einem Betrag von jeweils Fr. 1'625.– bis Ende 2027 abzutragen ist. Die Liquiditätsbasis der Schuldnerin wird durch diesen Kredit bzw. dessen Rückzahlung damit nur geringfügig beeinflusst. Der übrige Ausstand von Fr. 77'822.36 soll im Umfang von Fr. 60'237.05 bis Ende Juni 2022 abbezahlt werden; ein verbleibender Betrag von Fr. 17'585.31 sodann in den darauffolgenden Monaten. Die Schuldnerin verweist hierzu insbesondere auf mündlich (telefonisch) oder schriftlich mit den betreffenden Gläubigern abgeschlossene Abzahlungsvereinbarungen bzw. Zahlungsaufschübe (act. 12/7 i.V.m. act. 12/9–11). Neben den offenen Rechnungen von Fr. 116'822.36 wurden in der tabellarischen Aufstellung sodann die laufenden (offenen) Verpflichtungen (Löhne, Leasing, C._____, SVA 1. Quartal 2022, B._____ 1. und 2. Quar-

tal 2022, MWST 1. Quartal 2022 und Drittleistungen Montage geschätzt) für die Monate Februar bis Juni 2022 aufgeführt. Diese variieren je nach Monat und machen einen Totalbetrag von Fr. 130'098.25 aus.

5.3. Aktuell (per 24. Februar 2022) verfügt die Schuldnerin über liquide Mittel von Fr. 26'448.06 auf ihrem Bankkonto (act. 12/3 i.V.m. act. 12/4–6 und act. 12/8). Sodann erwartet sie im März 2022 Debitoreneingänge von Fr. 50'847.45 (Fr. 16'493.20 per 3. März 2022, Fr. 7'879.35 per 7. März 2022; Fr. 13'053.25 in der Kalenderwoche 11 und Fr. 13'421.65 in der Kalenderwoche 12). Diese Beträge werden zwar von einem Debitoren geschuldet, der selber einen Liquiditätsengpass aufweist. Den aufgestellten Zahlungsplan hielt dieser bis anhin allerdings lückenlos ein, indem er am 14., 17. und 18. Februar 2022 insgesamt bereits Fr. 25'774.80 überwies (act. 4/2; act. 12/2; act. 12/8). Es darf deshalb davon ausgegangen werden, dass im Laufe des Monats März auch die noch offenen Fr. 50'847.45 eingehen werden. Sodann bestehen vier offene Aufträge mit einem Gesamtvolumen von Fr. 188'639.50 (inkl. MwSt.; act. 12/3 i.V.m. act. 12/12–15). Als jeweiliger Arbeitsbeginn wird in den beigelegten Auftragsbestätigungen der 21. Februar 2022, der 28. Februar 2022, der 4. April 2022 sowie die Kalenderwoche 19 2022 angegeben (act. 12/12–15). Es erscheint daher glaubhaft, dass in den Monaten März bis Juni 2022 die in der eingereichten Aufstellung aufgeführten Anzahlungen von total Fr. 158'828.25 eingehen werden und nur der Restbetrag von Fr. 29'811.25 der Schuldnerin erst danach zukommen wird (act. 12/3). Damit standen bzw. stehen der Schuldnerin in den in der Aufstellung berücksichtigten Monaten Februar bis Juni 2022 ohne Inkassoausfälle rund Fr. 235'000.– (Fr. 26'448.06 + Fr. 50'847.45 + Fr. 158'828.25) zur Verfügung, um die während dieser Zeitspanne abzutragenden bzw. anfallenden Verbindlichkeiten von rund Fr. 195'000.– (Fr. 60'237.05 + 2 x Fr. 1'625.– + Fr. 130'098.25) zu tilgen. Es kann daher einstweilen von einem Deckungsgrad von über 100% ausgegangen werden. Bei dieser Ausgangslage erweist sich die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

5.4. Die Beschwerde der Schuldnerin ist folglich gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 8. Februar 2022 ist aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

6. Die Gerichtskosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch das Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufzuheben ist. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: der Schuldnerin nicht, weil sie die bei ihr angefallenen Aufwendungen selbst zu verantworten hat, und der Gläubigerin nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Uster vom 8. 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. 450.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderung der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 11'418.44 der Gläubigerin Fr. 11'418.14 und den Rest von 30 Rappen der Schuldnerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.– (Fr. 650.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Grundbuchamt D._____ und das Betreibungsamt Dübendorf, je gegen Empfangsschein.
7. 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: