

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220166-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Urteil vom 18. Oktober 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. September 2022 (EK220326)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom tt. September 2022 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 1'771.80 nebst Zins zu 5 % seit 15. Dezember 2021, zuzüglich aufgelaufenen Zins von CHF 22.24, reglementarische Kosten von CHF 60.–, Mahnkosten von CHF 60.– sowie Betreuungskosten von gesamthaft CHF 353.70 (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/6).

1.2 Mit Eingabe vom 1. Oktober 2022 (überbracht am 3. Oktober 2022) erhob die Schuldnerin rechtzeitig (act. 7/7/1) Beschwerde gegen das Urteil vom 22. September 2022. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 3. Oktober 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Art. 7/1-7). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.1 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. Beim Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung muss der geschuldete Betrag einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten vor Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist beim Obergericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt worden sein (Art. 174 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

2.2 Die Schuldnerin belegt, dass sie am 30. September 2022 Fr. 2'500.– und somit etwas mehr als die Forderung der Gläubigerin inkl. Kosten und Zinsen beim Obergericht des Kantons Zürich hinterlegte (act. 4/3). Im Weiteren stellte die Schuldnerin beim Konkursamt Niederglatt zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 550.– sicher (act. 4/5). Für die Kosten des Beschwerdeverfahrens leistete die

Schuldnerin schliesslich einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– (act. 4/4). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nach.

3.1 Es bleibt somit zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Nach der Praxis der Kammer kann Zahlungsfähigkeit angenommen werden, wenn glaubhaft ist, dass die Schuldnerin ihre aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (statt vieler: OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2). 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. Ein Indiz für Zahlungsunfähigkeit kann sein, dass sich ein Betrieb dadurch über Wasser halten muss, dass er öffentlich-rechtliche Forderungen, welche grundsätzlich nicht zum Konkurs führen können (vgl. Art. 43 Ziff. 1 SchKG), vernachlässigt (OGer ZH, PS200042 vom 3. März 2020, E. 4.7; PS190168 vom 15. Oktober 2019, E. 4.5; PS180135 vom 8. August 2018, E. 2.3). 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 (OGer ZH, PS200149 vom 13. Juli 2020, E. II./3.1). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. zu Letzterem: OGer ZH, PS180162 vom 17. September 2018, E. 2.3; zum Ganzen: BGer 5A_615/2020 vom 30. September 2020, E. 3.1; BGer 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018, E. 3.1; BGer 5A_181/2018 vom 30. April 2018, E. 3.1; BGer 5A_93/2018 vom 18. April 2018, E. 4.1).

3.2 Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welche seit dem tt.mm.2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist und verschiedenste Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Handel und der Reparatur hauptsächlich von Motorrädern bezweckt (act. 4/2 = act. 5; vgl. auch act. 2 S. 3 f.). Zu ihrer allgemeinen (finanziellen) Lage führt die Schuldnerin in ihrer Beschwerde aus, während der Corona-Pandemie seien Ersatzteile und Neuware der von ihr vertriebenen Motorradmarken, die in Italien hergestellt würden, in Containern oder bei Lieferanten blockiert gewesen. Das Motorradgeschäft sei zudem saisonal. Nebst hauptsächlich von März bis Mitte Dezember eingehenden Unterhaltsaufträgen, habe sich mit dem pandemiebedingten Wegfall der Swiss-Bike-Ausstellung auch der Verkauf auf den Zeitraum von April bis Dezember verlagert. Sie habe sich in den bald 20 Jahren einen sehr guten Ruf erarbeitet und eine treue Kundschaft aufgebaut. Die auftragsmässige Erledigung der operativen Tätigkeit sei stets tadellos, einzig die administrativen Aufgaben würden sich verzögern, da sie als "Einmann-Betrieb" mit der Ausführung der Aufträge beschäftigt sei (act. 2 S. 3 f.).

3.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts Rümlang-Oberglatt vom 30. September 2022 (act. 4/9) weist insgesamt 22 im Zeitraum vom 19. Dezember 2018 bis 15. September 2022 eingeleitete Betreibungen über insgesamt Fr. 48'020.05 aus, wovon sich der grösste Teil in den letzten rund eineinhalb Jahren (19) und damit mitunter während der weltweiten COVID-19-Pandemie ansammelte. Gemäss Betreibungsregisterauszug sind vier Betreibungen erloschen und 13 Betreibungen durch Bezahlung an den Gläubiger resp. das Betreibungsamt erledigt worden. Bei der neusten Betreibung vermag die Schuldnerin zudem mittels Postquittung nachzuweisen, dass sich ihre Zahlung vom 14. September 2022 mit dem Zahlungsbefehl vom 15. September 2022 kreuzte (vgl. act. 4/10; ferner act. 2 S. 4). Abzüglich der hinterlegten Konkursforderung sind heute damit noch drei Betreibungen im Anfangsstadium im Umfang von total Fr. 7'375.– offen. Eine dieser Betreibungen, jene vom 12. Juli 2022 über Fr. 3'400.–, leitete die eidgenössische Steuerverwaltung

ein. Gegenüber dieser verfügte die Schuldnerin, wie sich der Mehrwertsteuerabrechnung für das erste Quartal 2022 entnehmen lässt, per 27. August 2022 über ein Guthaben von Fr. 6'701.30 (act. 4/11). Es erscheint glaubhaft, dass es, wie die Schuldnerin behauptet, nach der Ausfertigung der (überfälligen) Mehrwertsteuerabrechnung für das zweite Quartal 2022 zu einer Verrechnung der in Betreuung gesetzten Forderung mit dem Guthaben kommen wird (vgl. act. 2 S. 4; zu den Einreichfristen ferner

<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/mehrwertsteuer/mwst-bezahlen.html>).

Nach dieser Verrechnung bleiben noch Betreuungsforderungen in Höhe von Fr. 3'975.– offen.

3.4 Darüber hinaus deklariert die Schuldnerin keine weiteren kurz- oder mittelfristigen Verbindlichkeiten. Gegenüber ihrer Lieferantin verfügt die Schuldnerin sogar über ein Guthaben, welches behauptungsgemäss demnächst Fr. 4'175.– (= Fr. 2'448.60 + Fr. 1726.80) betragen soll (act. 2 S. 4) und zumindest im Umfang von Fr. 1'763.20 ausgewiesen bzw. nachvollziehbar ist (vgl. act. 4/8a-c und act. 14). Angaben bezüglich allfälliger weiterer Kreditoren macht die Schuldnerin nicht. Der ihr in Form eines Kontokorrentkredits zugesprochene COVID-19-Kredit (vgl. E. 3.5 und 3.6 hernach) hat noch eine Gesamtlaufzeit von rund fünf Jahren.

3.5 Nach dem Gesagten erscheint glaubhaft, dass die sich häufenden Betreibungen in den vergangenen eineinhalb Jahren hauptsächlich darauf zurückzuführen sind, dass der Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin neben der Erledigung der Aufträge nicht ausreichend Kapazität fand, um die administrativen Arbeiten rechtzeitig zu erledigen. Immerhin vermochte die Schuldnerin mit Verspätung den grössten Teil der in Betreuung gesetzten Forderungen zu bezahlen. Offen sind noch Forderungen im Umfang von Fr. 3'975.– (bzw. Fr. 7'375.–) aus neueren Betreibungen. Angesichts der zeitlichen Koinzidenz zwischen der Häufung von Betreibungen und der Corona-Pandemie ist auch plausibel, dass pandemiebedingte Lieferschwierigkeiten der Motorradherstellerin eine zusätzliche Belastung für den Ein-Mann-Betrieb darstellten. Kritisch ist hingegen, dass es sich bei über zwei Dritteln der insgesamt verzeichneten Betreibungen um öffentlich-rechtliche Forderungen (SVA, SUVA, Schweiz. Eidgenossenschaft, Staat bzw.

Kanton Zürich) handelt, die nicht zum Konkurs führen können (Art. 43 Ziff. 1 SchKG), was auf das Bestehen zumindest gewisser Zahlungsschwierigkeiten schliessen lässt, wovon auch die Aufnahme des COVID-19-Kredits zeugt.

3.6. Den dringenden Verbindlichkeiten im Umfang von Fr. 3'975.– stehen gemäss der von der Schuldnerin eingereichten Liste Debitoren im Umfang von Fr. 17'321.05 gegenüber (act. 2 S. 4 i.V.m. act. 4/7). Selbst unter Berücksichtigung eines gewissen Delkredererisikos (insbesondere hinsichtlich der bereits vor einigen Monaten in Rechnung gestellten Beträge) kann es als glaubhaft angesehen werden, dass die realisierbaren Forderungen der Schuldnerin ihre dringenden Verpflichtungen deutlich übersteigen. Darüber hinaus macht die Schuldnerin geltend, dass sie den ihr durch die PostFinance gewährten COVID-19-Kredit noch nicht vollumfänglich ausgeschöpft habe (vgl. act. 2 S. 4). Gemäss der eingereichten Auskunft der PostFinance belief sich der Saldo per 23. September 2022 auf minus Fr. 36'216.71, während die Kontokorrent-Limite minus Fr. 43'820.– betrug, womit in der Tat noch Fr. 7'603.30 verfügbar waren (act. 4/10). Allerdings eignen sich diese Mittel höchstens zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses bis zur Realisierung der Debitoren, denn die Schuldnerin muss vierteljährlich Amortisationszahlungen leisten bzw. die Limite wird vierteljährlich um den Amortisationsbetrag reduziert (vgl.

<https://www.postfinance.ch/de/unternehmen/produkte/finanzieren/ueberbrueckung-skredit-covid-19-kredit.html>). Zudem macht die Schuldnerin geltend, bei der Zürcher Kantonalbank noch über ein Konto mit einem Saldostand von ungefähr Fr. 590.45 zu verfügen (act. 4/10). Dieses Konto, von dem lediglich bekannt ist, dass ihm am 19. September 2020 (Valutadatum) Fr. 590.45 gutgeschrieben wurden (act. 4/12), kann indes genauso vernachlässigt werden wie die bloss behaupteten sistierten Aufträge und die Kontaktaufnahmen potentieller Kunden (vgl. act. 2 S. 5 und act. 4/13a f.). Bereits die kurzfristig realisierbaren Debitoren und zur Überbrückung notfalls der Rest des COVID-19-Kredits reichen aus, um die dringendsten Verpflichtungen zu bedienen.

4. Zu ihrem allgemeinen Geschäftsgang äussert sich die Schuldnerin hingegen nicht bzw. nur sehr rudimentär. So legt sie beispielsweise nicht dar, in wel-

cher Höhe ihr monatlich Fixausgaben anfallen. Ebenso wenig äussert sie sich zu den durchschnittlichen Einnahmen. Auch den eingereichten Urkunden kann diesbezüglich kaum etwas entnommen werden. Die Mehrwertsteuerabrechnung für das erste Quartal 2022 (act. 4/11) und die Höhe des (auf 10% des Umsatzes limitierten) COVID-19-Kredits (vgl. act. 4/10) lassen höchstens grob erahnen, dass der jährliche Umsatz zwischen Fr. 160'000.– und Fr. 450'000.– liegen könnte. Jahresrechnungen der vergangenen Geschäftsjahre reichte die Schuldnerin keine ein, was unverständlich anmutet, ist sie als juristische Person doch zur Buchführung verpflichtet (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Steuererklärungen liegen ebenfalls keine im Recht. Unter diesen Umständen gestaltet sich die Beurteilung der allgemeinen Lebensfähigkeit der Schuldnerin äusserst schwierig. Zu Gunsten der Schuldnerin ist aber immerhin festzuhalten, dass es sich um die erste Konkursöffnung gegen sie handelt und sie in den vorangegangenen knapp 20 Jahren offenbar in der Lage war, ihr Geschäft zu betreiben und insbesondere die laufenden, für den Geschäftsgang elementaren Ausgaben (Waren, Ersatzteile, Werkzeuge, Geschäftsmiete, Elektrizität usw.) zu begleichen, wurde sie doch für solche Forderungen (in den letzten fünf Jahren) nicht betrieben (vgl. act. 4/9). Es ist deshalb trotz Fehlens von Angaben und Unterlagen zum Geschäftsgang einstweilen davon auszugehen, dass dies auch künftig so sein wird. Die Schuldnerin wird aber im Auge behalten müssen, dass sie den COVID-19-Kredit weitgehend ausgeschöpft hat und diesen quartalsweise bis zum Ablauf in fünf Jahren zurückbezahlen müssen. Zudem muss sie auch die Balance zwischen der Auftrags- und der rechtzeitigen Erledigung administrativer Arbeiten in den Griff bekommen.

5.1 Zusammenfassend ist hinreichend glaubhaft, dass die gegen die Schuldnerin angehobenen Betreibungen sowie die Konkursöffnung auf vorübergehende Liquiditätsschwierigkeiten sowie eine Verzögerung in der Erledigung der administrativen Angelegenheiten und nicht auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten zurück zu führen sind. Die kurzfristig verfügbaren flüssigen Mittel der Schuldnerin reichen aus, die dringendsten und unmittelbar fälligen Forderungen zu begleichen. Nötigenfalls könnte zur Überbrückung auch noch auf den Rest des COVID-19-Kredits zurückgegriffen werden. Zudem ist im Sinne einer wohlwollenden Beurteilung im heutigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass die Schuldnerin aus dem

laufenden Geschäftsgang die laufenden Verbindlichkeiten wird decken können, wie dies mit gewissen Einschränkungen (vgl. E. 3.3-3.6) offenbar die letzten 20 Jahre der Fall war. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit gerade noch knapp glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Die Schuldnerin ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde und die Zahlungsfähigkeit nicht ein zweites Mal ohne umfassende und verlässliche Unterlagen zu den Einnahmen und Ausgaben sowie zu Vermögen und Schulden (namentlich in Form von Jahresabschlüssen und Steuererklärungen sowie vollständigen Kontoauszügen) als glaubhaft gemacht gelten könnte.

5.2 Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen.

6. Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den für die Forderung der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 2'500. – in der Höhe von Fr. 2'342.– der Gläubigerin und den verbleibenden Betrag vorbehältlich eines Verrechnungsrechts der Schuldnerin auszubezahlen.

7. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteient-schädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. September 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 2'500.– in der Höhe von Fr. 2'342.– der Gläubigerin und den verbleibenden Betrag der Schuldnerin vorbehältlich eines Verrechnungsrechts auszubezahlen.

3. 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Das Konkursamt Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'150.– (Fr. 550.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– 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 auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:
18. Oktober 2022