

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220209-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 22. Dezember 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ [Stiftung],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil
vom 21. November 2022 (EK220278)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 21. November 2022 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin des vorliegenden Verfahrens (fortan Schuldnerin) lediglich unter Angabe der Betreibungsnummer 1 des Betreibungsamtes Rüti ZH (Konkursandrohung vom 21. September 2022) in den Erwägungen und ohne Angabe der Forderung, für welche der Konkurs eröffnet wurde (act. 8/10 = act. 7). Der Entscheid wurde der Schuldnerin am 23. November 2022 zugestellt (act. 8/11). Die zehntägige Beschwerdefrist endete am Montag, 5. Dezember 2022 (Art. 142 Abs. 1 und 3 ZPO).

1.2 Gegen den Konkurseröffnungsentscheid liess die Schuldnerin mit Eingabe vom 1. Dezember 2022 (hierorts überbracht am 2. Dezember 2022) innert Frist Beschwerde erheben (act. 2 inkl. Beilagen act. 5/3-9). Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Konkurseröffnung sowie die Anweisung an das Konkursamt Wald, die Kontosperre über ihr Firmenkonto bei der Raiffeisenbank C._____ aufzuheben (act. 2 S. 2).

1.3 Noch vor Eingang der vorinstanzlichen Akten wurde die Schuldnerin mit Verfügung der Kammer vom 2. Dezember 2022 darauf aufmerksam gemacht, dass sie für die Aufhebung der Konkurseröffnung nebst dem geltend gemachten Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen habe, und dass die hiefür eingereichten Unterlagen und Ausführungen in der Beschwerdeschrift ungenügend seien. Die zu ergänzenden Punkte wurden ausführlich dargelegt und es wurde darauf hingewiesen, dass die Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzt werden könne. Der Beschwerde wurde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert (vgl. act. 10). Parallel zur Zustellung der Verfügung mit Gerichtsurkunde erfolgte gleichentags, d.h. am 2. Dezember 2022, eine informelle Zustellung mit A-Post, damit die Schuldnerin aufgrund des drohenden Fristablaufs möglichst umgehend von den noch nötigen Ergänzungen der Beschwerde Kenntnis erhält (act. 10 S. 6). Da die Schuldnerin den üblichen Vorschuss von Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (act. 5/9), erübrigte sich die

Fristansetzung zu dessen Leistung. Die Verfügung wurde der Schuldnerin am 5. Dezember 2022 zugestellt (act. 11/1). Gleichentags und damit innert der Beschwerdefrist (vgl. Ziff. 1.1) liess sie eine Ergänzung zur Beschwerdeschrift (act. 12) sowie weitere Unterlagen einreichen (act. 13/1-6).

1.4 Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-11). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin sind mit dem vorliegenden Entscheid die Kopien von act. 2 und act. 12 zuzustellen.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Dies bedeutet praxisgemäss, dass zusätzlich zur Tilgung bzw. Hinterlegung der Konkursforderung auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes beim zuständigen Konkursamt rechtzeitig sicherzustellen sind (vgl. dazu OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 10 zu Art. 174 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass sowohl die Zahlungsfähigkeit als auch einer der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden zu belegen sind. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Die Schuldnerin belegte mittels Quittung des Obergerichts des Kantons Zürich, Finanzen & Controlling, am 2. Dezember 2022 und damit innert Rechtsmittelfrist für die Konkursforderung der Gläubigerin Fr. 17'158.40 bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/9). Dieser Betrag vermag die Forderung

samt Zinsen und Kosten in Höhe von Fr. 17'063.30 (vgl. act. 9) zu decken. Weiter belegte sie mittels Bestätigung des Konkursamtes Wald vom 30. November 2022, die Kosten des Konkursgerichtes und die aufgelaufenen Kosten des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 2'000.– sichergestellt zu haben (act. 5/4).

Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkurseröffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG (Hinterlegung) erfüllt und bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 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, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit (praxisgemäss innert längstens zweier Jahre; vgl. statt vieler OGerZH PS140068 vom 29. April 2014 E. 2.2) auch 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.

4.2 Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, darf sie sich nicht mit blossen Behauptungen begnügen. Es sind Dokumente vorzulegen, die objektiv überprüfbar den Schluss zulassen, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Sachdarstellung der Schuldnerin zutreffe (vgl. BGer 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1), ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 142 II 49 E. 6.2; BGer 5A_353/2022 vom 31. August 2022 E. 2.3). Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkurseröffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahrscheinlicher sein muss als ihre Zahlungsunfähigkeit (vgl. BSK SchKG II-Giroud/Theus Simoni, 3. Aufl. 2021, N 26 f. zu Art. 174 SchKG). Ein Beweis, der die (volle) Überzeu-

gung gestattet, die Sachdarstellung der Schuldnerin sei zutreffend, ist nicht nötig. Allerdings sind erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung dann zu stellen, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung, der Pfändungsankündigung in Betreibungen nach Art. 43 SchKG oder Verlustscheine vorhanden sind (vgl. BGer 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; BGer 5A_181/2018 vom 30. April 2018 E. 3.1; BGer 5A_470/2012 vom 19. November 2012 E. 3.3).

5.1 Zur finanziellen Lage der Schuldnerin wird in der Beschwerdeschrift geltend gemacht, die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ergebe sich aus dem eingereichten Kontoauszug der Raiffeisenbank C._____, gemäss welchem zu ihren Gunsten per 28. (recte 22.) November 2022 ein Saldo von Fr. 344'983.51 resultiere. Dieser Betrag übersteige die aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Rüti vom 9. November 2022 ersichtlichen drei Pfändungsverlustscheine in Höhe von Total Fr. 31'679.95 um ein Vielfaches. Die Schulden würden nach Freigabe des Firmenkontos umgehend bezahlt. Weitere Verlustscheine, sonstige Schulden oder vorausgegangene Konkurse bestünden nicht (act. 2 S. 4). Ein Geschäftsabschluss könne nicht eingereicht werden, weil der derzeitige Geschäftsinhaber die Schuldnerin im Juni 2021 übernommen und erst im Juli 2021 mit der aktiven Geschäftstätigkeit begonnen habe. Komme hinzu, dass der mit dem Geschäftsabschluss beauftragte Treuhänder zur Zeit auslandabwesend sei, weshalb auch keine Zwischenabschlüsse erstellt werden könnten. Aus dem Kontoauszug der Raiffeisenbank ergebe sich aber mit gleicher Aussagekraft wie bei einem Geschäftsabschluss die erfolgreiche Geschäftstätigkeit der Schuldnerin, welche seit Januar 2022 einen Umsatz von Fr. 616'817.07 erwirtschaftet habe. Weiter ergebe sich aus dem Kontoauszug, dass im gleichen Zeitraum die Geschäftsauslagen weniger als die Hälfte der Gutschriften betragen hätten, womit von einem Geschäftserfolg ausgegangen werden könne (act. 2 S. 5-7).

5.2 Im Nachtrag zur Beschwerdeschrift wurde sodann zu den bestehenden Verlustscheinen ausgeführt, mangels Aufträgen im ersten Halbjahr 2022 sei die Schuldnerin in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Die Tatsache fehlender Aufträge sei in diesem Zeitraum branchenüblich und namentlich eine Folge der Coronaproblematik gewesen. Im zweiten Halbjahr habe sich die Auftragssituation

massiv gebessert. Da mit dem Betreibungsamt Ratenzahlungen zur Ablösung der Schulden vereinbart worden seien, habe die Schuldnerin die Konkursandrohung fälschlicherweise als überholt erachtet. Komme hinzu, dass die Schuldnerin aufgrund der hohen Eingänge im zweiten Halbjahr gegenüber der kontoführenden Raiffeisenbank erklärungsbedürftig und ihr Konto gesperrt worden sei, weshalb nicht auf die finanziellen Mittel zur Abwendung des Konkurses habe zugegriffen werden können (act. 12 S. 5 f.).

6.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere ein aktueller und vollständiger Betreibungsregistrauszug der letzten fünf Jahre. Die Schuldnerin reichte einen Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Rüti vom 9. November 2022 ein (act. 5/6). Dieser deckt jedoch nicht die letzten fünf Jahre ab, da die Schuldnerin erst am tt.mm.2021 in den Betreibungskreis Rüti zugezogen ist (vgl. act. 5/6 S. 1 und act. 6). Einen Auszug vom Betreibungsamt Wetzikon, und damit des am früheren Firmensitz in D._____ (vgl. act. 6) zuständigen Betreibungsamtes, reichte die Schuldnerin nicht ein. Wie bereits in der Verfügung vom 2. Dezember 2022 erwähnt, sind auch Betreibungsregistrauszüge früherer Firmensitze der Schuldnerin für die Beurteilung ihrer Zahlungsfähigkeit relevant (act. 10). Die Schuldnerin lässt hiezu ausführen, E._____ habe die Schuldnerin am tt.mm.2021 als Mantelgesellschaft übernommen, womit seine Geschäftstätigkeit bei null begonnen habe. Er könne deshalb für allfällige finanzielle Vorgänge vor dem Zeitpunkt der Übernahme nicht ins Recht gefasst werden und schon gar nicht Betreibungsregistrauszüge von früheren Firmensitzen beiziehen (act. 12 S. 2 f.). Dabei verkennt die Schuldnerin, dass nicht die Verantwortlichkeit des Gesellschafters und Geschäftsführers in Frage steht, sondern die finanzielle Situation der Firma. Aus dem Handelsregister ergibt sich die Umbenennung und Sitzverlegung der Schuldnerin per tt.mm.2021 sowie die Neueintragung von E._____ als (einziger) Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, unter Übernahme von 200 Stammanteilen zu je CHF 100.– (vgl. act. 6). Die Aktiven und Passiven der Schuldnerin fielen mit dieser Übernahme jedoch nicht einfach dahin, sondern haben weiterhin Bestand. Dass die Schuldnerin vor der Übernahme durch den aktuellen Gesellschafter und Geschäftsführer nur eine Mantelgesellschaft gewesen

sein soll, wie sie im Nachtrag zur Beschwerdeschrift ausführen lässt (act. 12 S. 4), ergibt sich entgegen ihrer Behauptung klarerweise nicht aus dem Handelsregister. Ein solcher Gesellschaftszustand hätte grundsätzlich eine Löschung im Handelsregister zur Folge (vgl. Art. 934 OR; BGer 4C.19/2001 vom 25. Mai 2001 E. 2a). Sofern die Schuldnerin sinngemäss geltend machen wollte, im Zeitpunkt der Übernahme weder über Aktiven noch Passiven verfügt zu haben, ist dies weder dokumentiert, noch mangels anderweitiger Ausführungen glaubhaft dargetan. Folglich bleibt das Bild über die Betreuungssituation der Schuldnerin in der Zeit zwischen ihrem Eintrag im Handelsregister am tt.mm.2020 und der Sitzverlegung am tt.mm.2021 unvollständig und fehlen bereits massgebende Hinweise zu ihrer Zahlungsfähigkeit.

6.2 Aus dem eingereichten Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Rüti vom 9. November 2022 ergeben sich – nebst der Konkursandrohung der Gläubigerin – im Zeitraum Juni bis August 2022 drei Betreibungen, aus welchen Verlustscheine im Gesamtbetrag von Fr. 32'614.20 resultierten: Betr. Nr. 2 der Gläubigerin Suva F. _____ in Höhe von Fr. 7'529.55, Betr. Nr. 3 der Gläubigerin SVA ZH in Höhe von Fr. 16'883.35 und Betr. Nr. 4 der Gläubigerin Suva F. _____ für Fr. 7'267.05 (act. 5/6). Drei Verlustscheine innert dreier Monate lassen auf Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin schliessen.

7.1 Gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich bezweckt die Schuldnerin ... (act. 6). Zum Beleg ihrer finanziellen Situation wurden zwei Bankkontoauszüge des Firmenkontos bei der Raiffeisenbank C. _____ für den Zeitraum vom 23. Juni bis 31. Dezember 2021 (act. 13/6) und vom 31. Dezember 2021 bis 22. November 2022 eingereicht (act. 5/5) sowie Unterlagen im Zusammenhang mit Gutschriften auf dem Firmenkonto Anfang November 2022 (act. 13/4-5).

7.2 Gemäss Darstellung der Schuldnerin in der Beschwerdeergänzung sollen mangelnde Aufträge im ersten Halbjahr 2022 zu finanziellen Schwierigkeiten und schliesslich zu den Verlustscheinen geführt haben (act. 12 S. 5). Dies deckt sich jedoch nicht mit den eingereichten Unterlagen. So ist aus dem Auszug des Firmenkontos ersichtlich, dass die Schuldnerin im ersten Halbjahr 2022 namhafte

Umsätze generiert hat. Diese betrugen im Januar ca. Fr. 13'000.–, im Februar ca. Fr. 47'000.–, im März ca. Fr. 22'000.–, im April ca. Fr. 25'500.–, im Mai ca. Fr. 15'500.– und im Juni ca. Fr. 42'000.–. Die Gutschriften erfolgten seitens von Firmen, welche im ähnlichen Geschäftssegment wie die Schuldnerin tätig sind. Im zweiten Halbjahr 2022 wurden im Juli entsprechende Gutschriften von ca. Fr. 16'700.– verbucht und erst in den Monaten August und September 2022 verzeichnete die Schuldnerin keine Einnahmen bzw. Umsatzeinbussen, während im Oktober wieder Einnahmen von ca. Fr. 46'100.– resultierten (vgl. act. 5/5).

Hohe Umsätze allein sind jedoch entgegen der Schuldnerin (act. 12 S. 7) kein Beleg für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit. Zum Betriebsaufwand lässt die Schuldnerin geltend machen, keine Mietauslagen und seit April 2022 keine fixen Lohnkosten mehr zu haben. Der Büroraum der Schuldnerin sei in der Wohnung des Gesellschafters, welcher keine Mietzinsen zu entrichten habe, da er in der Liegenschaft seines Vaters lebe. Im Gegenzug beteilige sich der Gesellschafter anteilmässig an den Lebenshaltungskosten seiner Eltern (act. 12 S. 3). Lohnkosten bestünden nicht, da das Arbeitsverhältnis mit den drei von September 2021 bis April 2022 für ... angestellten Personen zufolge fehlender Aufträge im Frühjahr 2022 aufgehoben worden sei. Seither werde der Betrieb entsprechend der jeweiligen Kundenaufträge mit fachkundigen Unterakkordanten oder Teilzeitarbeitern bestritten. Der Gesellschafter habe keinen Fixlohn, er beziehe Beträge nach Verfügbarkeit, welche vom Buchhalter gemäss entsprechender Belege als Geschäfts- oder Privataufwand verbucht würden. Material werde weitgehend vom jeweiligen Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Die Tätigkeit der Schuldnerin beschränke sich auf Montage und Bauarbeiten, somit auf Arbeitsaufwand. Notwendiges Material werde von Fall zu Fall gekauft. Für das Firmenfahrzeug wurden Leasingkosten geltend gemacht und diesbezüglich der Fahrzeugausweis und eine Rechnung der G. _____ AG über Fr. 443.45 eingereicht (act. 12 S. 3-5, act. 13/2-3).

Auch die weitere Behauptung in der Beschwerdeschrift, die Geschäftsauslagen würden weniger als die Hälfte der Gutschriften ausmachen, lässt sich durch die Akten nicht erhärten. Aus dem Kontoauszug ist ersichtlich, dass sich der Mittelabfluss bis Oktober 2022 in der Grössenordnung der Einnahmen bewegt. In

welchem Umfang dieser auf eigentliche Geschäftsaufwendungen entfiel, wurde nicht dargetan. Der Lohnaufwand des Gesellschafters wird als nicht fix bezeichnet. Jedoch gilt der Gesellschafter als im Unternehmen tätiger "Eigentümer" der GmbH versicherungsrechtlich als Arbeitnehmer und hat für den versicherten Lohn, zu welchem Ausführungen unterlassen wurden, Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten. Einer der Verlustscheine beruht sodann auf Forderungen der SVA. Dass sich der Gesellschafter nicht immer die gleiche Lohnsumme auszahlt, mag zutreffen. Für das Jahr 2022 erfolgten als Lohn oder als Auszahlung an den Gesellschafter ersichtliche Summen von: Januar Fr. 3'200.–, Februar Fr. 23'000.– [inkl. Provision], April Fr. 10'000.–, Juni Fr. 20'400.–, Juli Fr. 11'700.–, Oktober Fr. 350.–). Sodann ist augenscheinlich, dass zahlreiche geschäftsfremde Zahlungen (z.B. Krankenkassen- und Arztzahlungen [act. 5/5 S. 4, 10, 17 f.], eine Vielzahl von regelmässigen Zahlungen an H._____ [Aktiengesellschaft], welche zum Teil für Drittpersonen bezahlt werden [act. 5/5 S. 4 f., 10, 14, 16 f., 21]) über das Firmenkonto der Schuldnerin abgewickelt wurden, deren Bezug zur Geschäftstätigkeit der Schuldnerin nicht auszumachen ist. Dies gilt auch für die regelmässigen Bancomatbezüge über kleinere drei bis vierstellige Beträge wie auch für nur als "Auszahlung" ersichtliche Summen von Fr. 30'000.– und Fr. 35'000.– im Oktober und November 2022 (vgl. act. 5/5 S. 21 f.), machte die Schuldnerin doch geltend, hauptsächlich Arbeitsaufwand zu haben, während das Material von den Auftraggebern zur Verfügung gestellt werde.

Bis und mit Oktober 2022 lässt sich gestützt auf den Kontoauszug der Schuldnerin zusammenfassend festhalten, dass sie – mit Ausnahme des Einbruchs im August und September 2022 – zwar bedeutende Umsätze generiert hat, diese durch Mittelabflüsse in der nämlichen Grössenordnung aber wieder aufgezehrt wurden, wobei wie gesagt nicht auszumachen ist, welche Beträge auf den eigentlichen Geschäftsbetrieb entfielen. Dieses Bild spiegelt auch der Kontoauszug für das Jahr 2021 wieder (act. 13/6). Die Schuldnerin verzeichnete die folgenden Einnahmen: Juni ca. Fr. 3'170.–, Juli ca. Fr. 90'000.–, August ca. Fr. 5'100.–, September ca. Fr. 61'120.–, Oktober Fr. 19'300.–, November ca. Fr. 38'500.– und Dezember ca. Fr. 44'500.–. Per Ende 2021 betrugen ihre liquiden Mittel aber gerade mal Fr. 2'200.– (act. 5/5 S. 1).

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist davon auszugehen, dass der Liquiditätsengpass der Schuldnerin nicht Folge fehlender Aufträge im ersten Halbjahr 2022 war, sondern die Aufzehrung ihrer monatlichen Einnahmen – die sowohl gemäss Darstellung in der Beschwerdeschrift, wonach ihr Aufwand die Hälfte der Gutschriften betrage, als auch gestützt auf den Kontoauszug nicht ausschliesslich dem Geschäftsbetrieb zugeordnet werden können – zum Liquiditätsproblem und schliesslich zu den Verlustscheinen geführt hat.

7.3 Zur geltend gemachten guten Auftragslage reichte die Schuldnerin in der Beschwerdeergänzung sechs Rechnungen an I._____, J._____ [Ortschaft], ein für an diversen Objekten aufgeführte Arbeiten: Rechnung vom 11. Oktober 2022 über Fr. 64'000.05, Rechnung vom 20. Oktober 2022 über Fr. 36'700.–, Rechnung vom 5. September 2022 über Fr. 81'500.–, Rechnung vom 19. September 2022 über Fr. 89'700.–, Rechnung vom 3. Oktober 2022 über Fr. 48'600.–, Rechnung vom 22. August 2022 über Fr. 64'500.– (jeweils inkl. MwSt., act. 13/4). Wann diese Arbeiten, welche nur mit einem Totalbetrag in Rechnung gestellt wurden, ausgeführt worden sein sollen, ist nicht bekannt. Jedenfalls erfolgten am 3. November 2022 entsprechend sechs Zahlungen von K._____ auf das Firmenkonto der Schuldnerin in Höhe von total Fr. 385'000.–. Dies hatte offenbar zu einer Kontosperrung durch die Bank geführt. Widersprüchlich ist in diesem Zusammenhang die Behauptung der Schuldnerin, sie habe wegen der Kontosperrung nicht auf ihre finanziellen Mittel zur Abwendung des Konkurses greifen können (act. 12 S. 6), zumal die Konkursandrohung am 23. September 2022 und damit weit davor zugestellt wurde (act. 8/3), und soweit sie zugleich geltend macht, am 3. November 2022, dem Tag des Zahlungseingangs von total Fr. 385'000.–, habe der Gesellschafter Fr. 35'000.– in bar bezogen, um u.a. die Konkursforderung zu begleichen (act. 12 S. 7). Auffällig ist, dass erstmals von einer Privatperson in dieser Grössenordnung Gutschriften erfolgten, während bis dahin die Umsätze fast ausschliesslich von Drittfirmen herrührten. Dass der Geschäftsführer als Ein-Mann-Betrieb solche Grossaufträge hat ausführen können, erscheint unwahrscheinlich und wirft die Frage auf, welche Kosten der Schuldnerin im Zusammenhang mit der geltend gemachten Erledigung der Kundenaufträge mit Unterkordanten oder Teilzeitarbeitern angefallen sind. Der Beschwerdeschrift und den

eingereichten Unterlagen lässt sich dazu nichts entnehmen. Das gilt auch für die drei eingereichten Rechnungen an die L. _____ GmbH vom 23. Oktober 2022 in Höhe von Fr. 18'458.15, Fr. 14'994.55 und Fr. 5'964.45 (act. 13/5).

7.4 Zur Geschäftsentwicklung verweist die Schuldnerin auf ein Schreiben der M. _____ AG vom 30. November 2022, gemäss welchem der Schuldnerin bereits Aufträge erteilt worden seien und weitere Aufträge zugesichert würden. Konkrete Auftragssummen sind daraus jedoch nicht ersichtlich (act. 5/7). Dass das Volumen dieser Aufträge für das Jahr 2023 Fr. 350'000.– betrage (act. 12 S. 3), ist nur eine Parteibehauptung, die unbelegt blieb. Dass keine schriftlichen Verträge vorlägen und die Aufträge jeweils mündlich erteilt würden, erscheint bei der behaupteten Grössenordnung wenig glaubhaft. Behauptete künftige Grossaufträge wurden nicht glaubhaft dargetan.

8.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf der einen Seite weder eine Jahresrechnung für das Jahr 2021 noch Zwischenabschlüsse für das Jahr 2022 vorliegen. Da der Auszug aus dem Betreibungsregister am vormaligen Firmensitz der Schuldnerin fehlt, fehlen auch massgebliche Hinweise zu allfälligen "Altlasten". Der Schuldnerin fliessen auf der andern Seite seit Juli 2021 regelmässig bedeutende liquide Mittel aus Geschäftstätigkeit zu, mit Ausnahme des Umsatzeinbruchs im August und September 2022. Trotz der regelmässigen Einnahmen im Jahre 2021 in vorstehend dargelegter Höhe (vgl. Ziff. 7.2) betrugen die liquiden Mittel der Schuldnerin per 31. Dezember 2021 freilich gerade mal Fr. 2'220.62. Auch die bedeutenden Einnahmen des laufenden Jahres wurden bis Oktober 2022 durch die verbuchten Belastungen grossmehrheitlich wieder aufgezehrt. Zugunsten der Schuldnerin fällt immerhin ins Gewicht, dass ihr Geschäftskonto während des ganzen Jahres 2022 einen positiven Saldo aufwies. Ein Liquiditätspolster, wie es zu erwarten wäre, wenn der Geschäftsaufwand wie behauptet nur die Hälfte der Einnahmen ausmachen würde, ist wiederum nicht gegeben. Die Höhe der monatlichen Geschäftsauslagen ist nicht bekannt. Die Schuldnerin machte hauptsächlich Arbeitsaufwand geltend, welcher nunmehr mit Unterakordanten bewerkstelligt werde, ohne dass nähere Ausführungen hiezu gemacht wurden. Dies gilt auch für die Lohnkosten. Dass zahlreiche geschäftsfremde Kos-

ten über das Firmenkonto beglichen werden, ergibt sich aus dem Bankkontoauszug. Dies erscheint vor dem Hintergrund des Gesagten denn auch als wahrscheinliche Folge des Liquiditätsengpasses der Schuldnerin, welcher zwischen Juni und August 2022 zu drei Verlustscheinen von gesamthaft über Fr. 30'000.– geführt hat. Es ist davon auszugehen, dass dieser Betrag durch die Anfang November 2022 erfolgten (Debitoren-)Zahlungen gedeckt ist, wenn auch die der Schuldnerin im Zusammenhang mit den entsprechenden Aufträgen angefallenen Kosten wie gesagt nicht bekannt sind.

8.2 Alles in allem kann – wenn auch unter Bedenken – davon ausgegangen werden, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin nur vorübergehender Natur waren und sie die restlichen Schulden innert nützlicher Frist wird abtragen können. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit. Zu beachten ist zudem, dass über die Schuldnerin erstmals der Konkurs eröffnet worden ist. Sollte es erneut zu einer Konkurseröffnung kommen, so ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass dannzumal an den Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit ein strengerer Massstab anzulegen wäre.

8.3 Die Schuldnerin konnte innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachweisen als auch ihre Zahlungsfähigkeit gerade noch glaubhaft dartun. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin am 21. November 2022 eröffneten Konkurses. Der Antrag um Aufhebung der Kontosperre wird mit diesem Entscheid gegenstandslos.

9. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

10. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich ist anzuweisen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 17'158.40 der Gläubigerin Fr. 17'063.30 und der Schuldnerin den Restbetrag zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 21. November 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. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 17'158.40 der Gläubigerin Fr. 17'063.30 und der Schuldnerin den Restbetrag zu überweisen.
4. Das Konkursamt Wald ZH wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.– (Fr. 2'000.– 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 auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 12, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wald ZH, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rüti ZH, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am:
23. Dezember 2022