

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 21. Februar 2023

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach
vom 16. Januar 2023 (EK220669)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 16. Januar 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 22'617.– nebst Zins zu 5 % seit 29. Oktober 2021 (CHF 1'375.60) sowie eine Forderung von CHF 4'320.40 nebst Zins zu 5 % seit 29. November 2021 (CHF 244.45) zuzüglich Betreuungskosten von CHF 206.60, gesamthaft damit CHF 28'764.05 (act. 3 = act. 6).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 30. Januar 2023 (Datum der Überbringung) Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 30. Januar 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Da die Schuldnerin bereits einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet hatte (act. 11), wurde von einer Fristansetzung zur Leistung eines solchen abgesehen. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Die Schuldnerin hat der Gläubigerin mit Einzahlung vom 26. Januar 2023 die der Konkurseröffnung zugrunde liegende offene Forderung samt Zinsen und Kosten im Umfang von CHF 28'764.05 überwiesen (act. 4/3-4; act. 13). Weiter hat sie die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt (act. 4/6). Damit hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen,

dass sie den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG getilgt hat.

4.1. Da die Zahlung erst nach der Konkursöffnung geleistet wurde, bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. 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, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin somit 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 ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, sodass 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 E. 2.3.).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegt ein Auszug des Betreibungsamtes Rätzerfeld vom 26. Januar 2023 (act. 4/7). In den letzten fünf Jahren wurde die Schuldnerin – nebst der vorliegenden Konkursforderung – im Zeitraum vom 24. August 2021 bis zum 26. Januar 2023 sieben Mal betrieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 12'000.–. Sämtliche Betreibungsforderungen wurden bezahlt, und es liegen auch keine Verlustscheine vor. Frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 4/7). Der Betreibungs-

registerauszug zeigt, dass die Schuldnerin fast ausschliesslich öffentlich-rechtliche Forderungen nicht bezahlt, für deren Ausfälle sie nicht auf Konkurs betrieben werden kann (vgl. Art. 43 SchKG). Solche unterbliebenen Zahlungen können im Rahmen der Gesamtwürdigung ein Indiz für Zahlungsunfähigkeit sein (KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 174 N 14).

4.3. Die Schuldnerin macht aktuell offene Kreditorenforderungen im Gesamtumfang von CHF 59'000.– geltend (act. 2 S. 7). Über weitere Schulden äussert sie sich nicht. Allerdings weist sie in der per 31. Dezember 2021 erstellten Bilanz – neben Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, die sie (wohl) bereits in den Kreditorenforderungen berücksichtigt – kurzfristiges Fremdkapital von rund CHF 245'000.– aus (act. 4/10c S. 1). Darüber macht die Schuldnerin in ihrer Beschwerde keine Ausführungen. Die mit Abstand grösste Position stellt die Position "Kontokorrent Gesellschafter" in Höhe von rund CHF 200'000.– dar. Zwar ist über die Modalitäten des Darlehens – wie bspw. Gesamthöhe, Fälligkeit etc. – nichts bekannt; zugunsten der Schuldnerin ist allerdings einstweilen davon auszugehen, dass es sich dabei um ein Darlehen ihres einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers handelt und entsprechend nicht gleich wie Forderungen von Drittkapitalgebern zu behandeln ist.

Folglich sind zu den Forderungen von Kreditoren (CHF 59'000.–) noch Verbindlichkeiten gegenüber Sozialversicherungen und Vorsorgereinrichtungen (rund CHF 37'100.–) und passive Rechnungsabgrenzungen (rund CHF 9'700.–) hinzuzurechnen. Demnach ist von kurzfristigen Verbindlichkeiten von insgesamt CHF 106'000.– auszugehen.

4.4. Als Aktivum ist zunächst das Bankguthaben der Schuldnerin bei der Schwyzer Kantonalbank in Höhe von rund CHF 39'000.– zu berücksichtigen (act. 4/18). Hinzu kommen die glaubhaft gemachten Debitorenforderungen im Umfang von CHF 99'340.55 (act. 2 S. 6 mit Verweis auf act. 4/16), auch wenn einige Forderungen bereits seit längerem fällig sind. Hinzu kämen Vergütungen aus weiteren Bauprojekten, welche die Schuldnerin vorbringt (act. 2 S. 6 oben mit Verweis auf Sammel-act. 4/15). Zumindest aus den Aufträgen mit belegten Auftragsbestätigungen ergibt sich, dass Auftragsvolumen von einigen Hunderttau-

send Franken vorliegen. Damit erscheint glaubhaft, dass genügend finanzielle Mittel verfügbar sind, um die aufgelaufenen Schulden in rund zwei Jahren abzutragen.

Aus den Erfolgsrechnungen geht hervor, dass sich der Jahresgewinn von CHF 8'444.92 (2019), auf CHF 2'433.67 (2020) und schliesslich auf CHF 1'304.29 (2021) reduzierte. Der Dienstleistungsertrag ging von rund CHF 1.3 Mio. (2020) auf rund CHF 835'000.– (2021) zurück (act. 4/10a-c). Auch wenn die Gewinne vergleichsweise gering ausfallen, spricht es für die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin, dass sie trotz glaubhafter Schwierigkeiten aufgrund der Pandemie und Lieferschwierigkeiten keine Verluste schreiben musste.

4.5. Zusammenfassend kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten hauptsächlich dem pandemiebedingten Umsatzeinbruch im Jahr 2021 sowie den Lieferschwierigkeiten geschuldet sind. Dies belegt alleine schon der Umstand, dass vor dem Sommer 2021 keine Beteiligungen gegen die Schuldnerin registriert sind. Durch die zu erwartenden Zahlungseingänge und die andauernde Geschäftstätigkeit – sowie teilweiser Neuausrichtung derselben (s. act. 2 S. 5 f. mit Verweis auf act. 4/13-14) – erscheint es glaubhaft, dass die Schuldnerin ihre Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen und ihren aktuell dringenden Verpflichtungen nachkommen können. Die Schuldnerin erscheint nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid, weswegen ihre Zahlungsschwierigkeiten als nur vorübergehend zu erachten sind. Ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint gegeben, auch wenn gewisse Zweifel bestehen bleiben. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies insbesondere, da es sich um die erste Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Die Schuldnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde; an das Glaubhaftmachen ihrer Zahlungsfähigkeit wären höhere Anforderungen zu stellen,

und sie hätte insbesondere Ausführungen zu der hohen Kontokorrent-Schuld gegenüber ihrem Geschäftsführer zu machen.

Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

5. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 16. Januar 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 1'800.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Eglisau wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'800.– (CHF 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie CHF 1'800.– von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteter Vorschuss) der Gläubigerin CHF 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Eglisau, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rafzerfeld, je gegen Empfangsschein.

5. 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 B. Lacic

versandt am:
21. Februar 2023