

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230096-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 30. Juni 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 15. Mai 2023 (EK230175)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) vom 15. Mai 2023 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für folgende Forderungen der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6 = act. 7/6):

CHF	1'475.00	nebst Zins zu 5 % seit 30.12.2021
CHF	2'688.15	nebst Zins zu 5 % seit 30.12.2021
CHF	1'674.00	nebst Zins zu 5 % seit 16.01.2022
CHF	1'352.00	nebst Zins zu 5 % seit 16.01.2022
CHF	1'667.10	nebst Zins zu 5 % seit 16.01.2022
CHF	2'651.50	nebst Zins zu 5 % seit 30.01.2022
CHF	2'192.50	nebst Zins zu 5 % seit 30.01.2022
CHF	1'824.25	nebst Zins zu 5 % seit 12.03.2022
CHF	2'495.00	nebst Zins zu 5 % seit 27.04.2022
CHF	4'356.25	nebst Zins zu 5 % seit 30.06.2022
CHF	6'154.00	nebst Zins zu 5 % seit 22.07.2022
CHF	7'475.35	nebst Zins zu 5 % seit 30.07.2022
		abzüglich Teilzahlungen von CHF 20'158.50
CHF	225.70	Betriebskosten

Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 26. Mai 2023 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 7/7 sowie Art. 174 Abs. 1 SchKG) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 31. Mai 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert und der Schuldnerin wurde Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 10). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht (vgl. act. 11/1) geleistet (act. 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-7). Die Sache erweist sich 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 Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass die Schuldnerin die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei sie auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Die Schuldnerin beruft sich auf die Konkurshinderungsgründe der Tilgung der Konkursforderung sowie des Gläubigerverzichts (act. 2 Rz 3 f.). Sie legt ein Schreiben der Gläubigerin vom 23. Mai 2023 vor, wonach die Gläubigerin bestätigt, dass die Schuldnerin die Konkursforderung inklusive Zinsen und Betreuungskosten mit letzter Teilzahlung vom 16. Mai 2023 – und damit vor Ablauf der Beschwerdefrist (vgl. act. 7/7 sowie Art. 174 Abs. 1 SchKG) – vollständig getilgt habe. Weiter erklärt die Gläubigerin, dass keine weiteren Ausstände der Schuldnerin ihr gegenüber bestünden, weshalb sie auf die Durchführung des Konkursverfahrens verzichte. Unterzeichnet ist die Erklärung von C._____, der gemäss dem Handelsregisterauszug der Gläubigerin einzelzeichnungsberechtigt ist (act. 5/4). Ebenfalls fristgerecht weist die Schuldnerin mittels einer Quittung des Konkursamtes Schlieren vom 16. Mai 2023 nach, dass sie dem Konkursamt Schlieren einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– geleistet hat, welcher ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 5/6). Schliesslich bezahlte die Schuldnerin wie erwähnt auch den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– (vgl. E. 1.2). Damit weist die Schuldnerin sowohl den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG als auch denjenigen des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG durch Urkunden nach. Da jedoch beides erst nach der Konkurseröffnung erfolgt ist, hat die Schuldnerin darüber hinaus ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Auch das Vorhandensein von Verlustscheinen ist ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. zu Letzterem BGer 5A_470/2012 vom 19. November 2021 E. 3.3). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es grundsätzlich aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind allerdings dann zu stellen, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigungen in Betreibungen nach Art. 43 SchKG vorhanden sind. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (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).

4.2. Die Schuldnerin ist eine seit mm.2014 im Handelsregister eingetragene AG mit Sitz in D._____, welche die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der [...] bezweckt. Zudem bezweckt sie auch [...] (act. 5/14 und act. 13). Als

Grund für die vorliegende Konkursöffnung gibt die Schuldnerin an, die Ehefrau des Geschäftsführers und Verwaltungsratspräsidenten, die selber auch Mitglied des Verwaltungsrates und operativ für das Finanzielle zuständig sei, sei jüngst während mehrerer Monate krankheitsbedingt ausgefallen. Aufgrund einer schlichten Nachlässigkeit (und wohl auch wegen fehlender zeitlicher Ressourcen des Geschäftsführers) habe man sich nicht um die Betreuung gekümmert, die zur Konkursöffnung geführt habe (vgl. act. 2).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass vier Betreibungen im Umfang von total Fr. 29'707.60 offen sind. Zwei davon über Fr. 13'317.60 befinden sich im Stadium der Konkursandrohung und gegen zwei weitere über Fr. 16'390.– hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben. Die zum Konkurs führende Betreibung ist nicht (mehr) registriert (act. 5/7) – gemäss der Schuldnerin, weil sie von der Gläubigerin zurückgezogen worden sei (act. 2 Rz 6). Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 5/7).

Zur am 14. April 2021 eingeleiteten Betreibung Nr. 1, gegen welche die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhob, führt die Schuldnerin aus, es sei keine Rechtsöffnung verlangt worden, weshalb diese Betreibung aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr zu berücksichtigen sei (act. 2 Rz 7). Da die Schuldnerin nicht systematisch Rechtsvorschlag erhob und es angesichts des Datums des Zahlungsbefehls tatsächlich wahrscheinlich ist, dass die fragliche Betreibung nicht mehr weiterverfolgt werden kann (vgl. Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG) oder alternativ derzeit ein Verfahren hängig ist, in welchem geklärt wird, ob die Forderung berechtigt ist, ist diese Betreibung vorliegend ausser Acht zu lassen.

Gemäss der Schuldnerin sind auch die beiden im März 2021 eingeleiteten Betreibungen Nrn. 2 und 3 nicht mehr zu berücksichtigen, weil sie bereits im Jahr 2021 eingeleitet worden seien. Diese Forderungen seien nicht berechtigt; die Schuldnerin habe es seinerzeit zwar aus Nachlässigkeit verpasst, Rechtsvorschlag zu erheben, doch habe sie die beiden fraglichen Gläubiger unmittelbar nach Konkursandrohung kontaktiert und davon überzeugt, dass die Forderungen

unbegründet seien. Die Zwangsvollstreckung sei daraufhin nicht weiter verfolgt worden, die Frist für die Stellung des Konkursbegehrens nach Art. 166 Abs. 2 SchKG sei längst abgelaufen (act. 2 Rz 7). Dieser Argumentation kann allerdings nicht gefolgt werden: Es ist eine blosser Parteibehauptung der Schuldnerin, dass sie keine Rechtsvorschläge erhoben habe. Da die Frist zur Stellung des Konkursbegehrens, die maximal 15 Monate seit der Zustellung des Zahlungsbefehls beträgt, zwischen der Einleitung und der Erledigung eines durch einen Rechtsvorschlag veranlassten gerichtlichen Verfahrens stillsteht (vgl. Art. 166 Abs. 2 SchKG), ist es zwar möglich, aber nicht glaubhaft gemacht, dass die beiden Betreibungen zufolge Ablaufs der erwähnten Frist nicht mehr weiter verfolgt werden können. Genauso gut möglich wäre nämlich, dass die Fristen infolge in der Zwischenzeit durchgeführter gerichtlicher Verfahren noch nicht abgelaufen sind. Immerhin ist nicht bekannt, wann die fraglichen Konkursandrohungen erfolgten. Die beiden Betreibungen sind daher vorliegend als dringend zu bezahlende Forderungen zu berücksichtigen.

Die am 1. März 2023 eingeleitete Betreibung Nr. 4 des E. _____, die durch Rechtsvorschlag einstweilen gestoppt wurde, bestreitet die Gläubigerin ebenfalls und führt aus, dass sie eine – bestrittene – Gegenforderung gegen den E. _____ habe, in Bezug auf welche sie nun auch ein Schlichtungsverfahren beim Friedensrichteramt F. _____ eingeleitet habe. Demgegenüber seien in der Betreibung Nr. 4 noch keine weiteren Schritte unternommen worden (act. 2 Rz 8). Angesichts der von der Schuldnerin dazu eingereichten Unterlagen erscheint es als glaubhaft, dass derzeit zwischen ihr und dem E. _____ Uneinigkeit über Forderungen der Schuldnerin bestehen (vgl. act. 5/8-12) und die Weiterverfolgung der Betreibung Nr. 4 auch vom Ausgang des in diesem Zusammenhang anhängigen Rechtsstreites abhängig sein wird. Die fragliche Betreibung ist daher vorliegend nicht weiter zu berücksichtigen.

4.4. Die Schuldnerin macht mittels entsprechender Bankkontoauszügen glaubhaft, dass sie per 25. resp. 26. Mai 2023 *verfügbare* liquide Mittel von insgesamt Fr. 29'969.10 hatte (act. 5/13; vgl. auch act. 2 Rz 9; der leicht höhere von der Schuldnerin genannte Betrag ergibt sich aus der Berücksichtigung von "bald ver-

fügbaren" Guthaben). Damit kann die Schuldnerin die beiden zu berücksichtigenden Betreibungen über Fr. 13'317.60 ohne Weiteres umgehend decken.

4.5. Da die Schuldnerin ihren Sitz seit ihrer Eintragung im Handelsregister Ende 2014 nie gewechselt hat, bezieht sich der eingereichte Betreibungsregistrauszug effektiv auf die letzten fünf Jahre. In dieser Periode kam es wie gezeigt inklusive der Konkursforderung lediglich zu fünf Betreibungen, wobei es sich bei mindestens zweien davon um strittige Forderungen handelte. Diese stellen somit kein Indiz für Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin dar, zumal im Geschäftsverkehr ab und an mit Unstimmigkeiten zu rechnen ist. Zudem fällt auf, dass es abgesehen von der – allerdings wie gezeigt offensichtlich umstrittenen – Betreibung des E._____, die im Jahr 2023 eingeleitet wurde, nur im sehr eingeschränkten Zeitraum von März bis April 2021 bzw. im Falle der Konkursforderung im Juli 2022 zu Betreibungen kam. Unter den betriebenen Forderungen befinden sich keine solchen, die nach Art. 43 SchKG nicht zum Konkurs führen würden, es erfolgte weder eine Anhäufung von Konkursandrohungen noch wurde systematisch Rechtsvorschlag erhoben, es mussten auch keine Kleinstbeträge in Betreibung gesetzt werden und es liegen keine Verlustscheine vor. Die nicht als bestritten geltenden (und damit vorliegend unbeachtlichen) Betreibungen wurden entweder bereits getilgt oder können umgehend bezahlt werden. Alle diese Umstände sprechen gegen tiefgreifende Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin. Wird auch die Erklärung der Schuldnerin, weshalb es zur Konkurseröffnung kam, in die Beurteilung miteinbezogen, so entsteht eher der Eindruck einer vorübergehenden Schwierigkeit in der administrativen Organisation der Schuldnerin, die zu einzelnen Zahlungsausständen führte.

4.6. Zu ihrem aktuellen Geschäftsgang schweigt sich die Schuldnerin zwar aus und reicht auch keine Belege dazu ein wie etwa eine aktuelle Bilanz und Erfolgsrechnung oder Debitoren- und Kreditorenlisten (vgl. act. 2). Derartige Informationen sind gemäss ständiger Praxis der Kammer in der Regel erforderlich, um abschliessend beurteilen zu können, ob die Schuldnerin auch allenfalls zusätzlich bestehende, nicht betriebene Verbindlichkeiten zu tilgen vermag und auch in Zukunft mit dem von ihr erwirtschafteten Einkommen aller Wahrscheinlichkeit nach ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können. Angesichts der geschilderten Umstände kann darauf jedoch vorliegend im Sinne einer Ausnahme verzichtet werden, zumal gerade ausreichende Indizien dafür bestehen, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahrscheinlicher ist als ihre Zahlungsunfähigkeit und – sofern tatsächlich Zahlungsschwierigkeiten bestanden haben sollten – diese zumindest nur sehr kurzfristig gewesen wären und davon ausgegangen werden kann, dass sie nun überwunden wären.

4.7. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Es ist jedoch nicht zu verhehlen, dass es sich um einen absoluten Grenzfall handelt. Die Schuldnerin ist darauf hinzuweisen, dass im Fall einer neuerlichen Konkursöffnung an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären und insbesondere Belege zu ihrem Geschäftsgang unabdingbar wären.

5. 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. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 15. Mai 2023 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 Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) 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 die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdsdorf, 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:

MLaw C. Funck

versandt am:
30. Juni 2023