

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180104-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 2. Juli 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.\_\_\_\_\_

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 30. Mai 2018 (EK180195)

## Erwägungen:

### I.

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in C.\_\_\_\_\_, welche in erster Linie die Ausführung von *Betonbohren-, Fräsen- und Abbrucharbeiten* bezweckt (act. 7).

2.1 Mit Urteil vom 30. Mai 2018 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Bülach für die Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 8'300.40 nebst 5% Zins seit 1. Januar 2018, Zins bis 31. Dezember 2017 von Fr. 313.20, Betreuungsspesen von Fr. 300.– und Fr. 224.50 Kosten für Zahlungsbefehl und Konkursandrohung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 8 [= act. 3 = act. 9/8]).

2.2 Mit Eingabe vom 15. Juni 2018 erhebt die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 9/9) Beschwerde gegen das Urteil vom 30. Mai 2018. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 18. Juni 2018 einstweilen erteilt (act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 9/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.

### II.

#### Zur Beschwerde im Einzelnen

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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von

10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshindereungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin hat am 15. Juni 2018 bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 9'500.– und damit einen die Konkursforderung inkl. Zins und Kosten (insgesamt Fr. 9'307.50) übersteigenden Betrag sichergestellt (act. 6). Ferner hat die Schuldnerin am 31. Mai 2018 beim Konkursamt Bassersdorf die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 700.– sichergestellt (act. 5/4). Schliesslich hat die Schuldnerin am 27. Juni 2018 auch den Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das vorliegende Beschwerdeverfahren geleistet (act. 12). Der Konkurshindereungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss ihre Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A\_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist die Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhalts-

punkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A\_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die bereits bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Im Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Kloten vom 14. Juni 2018 befinden sich neben der Betreuung der Konkursgläubigerin (Nr. ...) 20 weitere Betreibungen, von denen jedoch in 8 Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. Von den übrigen 12 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 233'379.05) befinden sich vier (Gesamtbetrag Fr. 17'874.95) noch im Einleitungsstadium, in vier Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 201'662.40) hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben und vier Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger (Gesamtbetrag Fr. 13'841.70) befinden sich im Verwertungsstadium (act. 5/11).

Die Schuldnerin bringt zu den im Betreibungsregisterauszug enthaltenen Betreibungen Folgendes vor (act. 2 Rn. 9 ff.):

a) Bei den 6 Betreibungen der SVA Zürich (Gesamtbetrag Fr. 21'035.85, davon drei [Fr. 12'436.75] im Stadium der Verwertung) handle es sich um Betreibungen für offene Lohnbeiträge. Die Schuldnerin anerkennt diese Forderungen grundsätzlich, bringt jedoch vor, sie habe für das Jahr 2017 versehentlich eine viel zu hohe Lohnsumme von rund Fr. 130'000.– deklariert, weshalb die Beitragsrechnungen sowie die Akontorechnungen 2018 ebenfalls zu hoch ausgefallen seien bzw. zu hoch ausfallen würden (act. 2 Rn. 9). Die Schuldnerin belegt, dass sie in denjenigen drei Betreibungen, welche sich bereits im Stadium der Verwertung befinden, am 18. Mai 2018 jeweils eine erste Abschlagszahlung von Fr. 500.– ge-

leistet hat, weshalb ihr unter der Bedingung, dass sie weiterhin monatliche Abschlagszahlungen von je Fr. 500.– leiste ein Verwertungsaufschub von 9 Monaten bewilligt wurde (vgl. act. 5/12-14). Die offenen Betreuungsforderungen gegenüber der SVA Zürich reduzieren sich folglich um den Betrag der geleisteten Abschlagszahlungen von insgesamt Fr. 1'500.– auf Fr. 19'535.85.

b) Die Betreuung der Gläubigerin D. \_\_\_\_\_ AG über Fr. 1'023.05 wird von der Schuldnerin bestritten, weshalb sie in der entsprechenden Betreuung Rechtsvorschlag erhoben habe. Bei dieser Forderung handle es sich um eine zedierte Forderung einer Autogarage, welche von der Schuldnerin im Zusammenhang mit einem unverschuldeten Auffahrunfall nachträglich die MwSt verlange, anstatt diese wie schon die übrigen Reparaturkosten von der Versicherung des Unfallverursachers einzufordern (act. 2 Rn. 10).

c) Bei den beiden Betreibungen der SUVA (Gesamtbetrag Fr. 10'680.90, davon eine über Fr. 1'404.95 im Verwertungsstadium) handle es sich um nicht bezahlte Beiträge, welche von der Schuldnerin grundsätzlich anerkannt werden, wobei sie auch hier geltend macht, dass der Prämienrechnung eine zu hohe Lohnsumme von Fr. 212'000.– zugrunde liege (act. 2 Rn. 11). Die Schuldnerin belegt, dass sie bei derjenigen Betreuung, welche sich bereits im Verwertungsstadium befindet, am 18. Mai 2018 bereits eine Abschlagszahlung von Fr. 300.– geleistet hat, weshalb ihr unter der Bedingung, dass sie weiterhin monatliche Abschlagszahlungen von je Fr. 300.– leiste, ein Verwertungsaufschub von 6 Monaten bewilligt wurde (act. 5/17). Die offenen Betreuungsforderungen dieser Gläubigerin reduzieren sich folglich um den Betrag der ersten Abschlagszahlung auf Fr. 10'380.90.

d) Die Betreuung der Gläubigerin E. \_\_\_\_\_ AG über Fr. 3'761.70 wird von der Schuldnerin anerkannt, wobei sie mit dieser Gläubigerin habe Ratenzahlung vereinbaren können (act. 2 Rn. 12). Eine entsprechende Vereinbarung wird zwar nicht eingereicht, doch belegt die Schuldnerin, am 6. Juni 2018 bereits Fr. 1'641.70 an die entsprechende Gläubigerin überwiesen zu haben (act. 5/19). Die offene Forderung beträgt dementsprechend noch Fr. 2'120.–.

e) Bezüglich der Betreuung der Gläubigerin F.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 2'877.65 wird von der Schuldnerin grundsätzlich anerkannt, dass ein Schaden in entsprechender Höhe von einem ihrer Mitarbeiter verursacht wurde. Sie geht jedoch davon aus, dass dieser Betrag von ihrer Versicherung, welcher der Schaden inzwischen gemeldet worden sei, übernommen werde (act. 2 Rn. 13).

f) Die Forderung der G.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 194'000.– wird von der Schuldnerin bestritten. Vielmehr sei es so, dass diese Firma ihr für geleistete Arbeit noch ein Honorar von Fr. 28'804.50 schulde (act. 2 Rn. 14), wobei die Schuldnerin belegt, dass sie diesbezüglich am 19. Februar 2018 bei der zuständigen Schlichtungsbehörde ein Schlichtungsgesuch gestellt hat (act. 5/20) und ihr am 5. April 2018 die Klagebewilligung ausgestellt wurde (act. 5/21). Zwei Tage vor der Schlichtungsverhandlung sei sie von der G.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 194'000.– betrieben worden, wobei diese Forderung jeglicher Rechtsgrundlage entbehre (act. 2 Rn. 14).

Insgesamt ist zu diesen Ausführungen der Schuldnerin festzuhalten, dass sich die offenen Betreuungsforderungen zunächst um die geleisteten Abschlags- und Teilzahlungen von insgesamt Fr. 3'441.70 (Fr. 1'500.– + Fr. 300.– + Fr. 1'641.70) reduzieren. Zudem ist aufgrund der vorzitierten Ausführungen der Schuldnerin bzw. den von ihr dazu eingereichten Belegen glaubhaft, dass in den Betreibungen der Gläubiger D.\_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. ...), F.\_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. ...) und G.\_\_\_\_\_ GmbH (Betreibung Nr. ...) über insgesamt Fr. 197'900.70 die betriebenen Forderungen nicht unmittelbar vollstreckbar werden, weil entweder der Bestand der Forderung oder die Zahlungspflicht der Schuldnerin noch nicht feststeht. Die entsprechenden Forderungen sind dementsprechend nicht zu berücksichtigen. Insgesamt ist damit von offenen Betreuungsforderungen von Fr. 32'036.65 (Fr. 233'379.05 ./ Fr. 3'441.70 ./ Fr. 197'900.70) auszugehen.

2.4 Die Schuldnerin begründet ihre derzeitigen Zahlungsschwierigkeiten mit privaten Betreuungspflichten und einem privaten Umzug ihrer Geschäftsführerin, welche dazu geführt hätten, dass sie mit ihrer Arbeit nicht mehr nachgekommen sei und auch teilweise wichtige Schreiben und Fristen ausser Acht gelassen habe.

So habe sie es versäumt, die Buchhaltung 2017 zu erstellen und die Lohnmeldungen an die Sozialversicherungen korrekt vorzunehmen. Erschwerend komme hinzu, dass die Schuldnerin in einen Rechtsstreit verwickelt sei, weil ein Auftragnehmer, für welchen sie im Jahr 2017 während mehrerer Monate ausschliesslich gearbeitet habe, die offenen Rechnungen im Betrag von mehreren zehntausend Franken nicht bezahlen wolle, was das Budget der Schuldnerin ebenso wie die persönlichen und finanziellen Ressourcen ihrer Geschäftsführerin schwer belastete (act. 2 Rn. 8).

Ihre Zahlungsfähigkeit sei jedoch gegeben. Zu ihren laufenden Kosten führt die Schuldnerin zunächst aus, neben der Geschäftsführerin, welche lediglich ein Teilzeitpensum ausübe und für die administrativen Belange zuständig sei, habe sie zwei weitere Angestellte, welche die handwerkliche und körperlich anstrengende Arbeit auf dem Bau erledigen würden (act. 2 Fn. 7). Zu ihren Einnahmen führt sie weiter aus, sie habe im Gründungsjahr [2016] bereits einen Gewinn von rund Fr. 51'000.– realisieren können, wobei für das Jahr 2017 mit einem mindestens gleich guten Ergebnis gerechnet werden könne. Immerhin hätten im Jahr 2017 ab April 2017 Zahlungseingänge von gerundet Fr. 171'000.– verbucht werden können. Für das Jahr 2018 präsentiere sich die Auftragslage ebenfalls gut, wobei sie bereits Einnahmen über Fr. 70'000.– habe verzeichnen können. Auch aktuell seien ihre beiden Handwerker auf einer Baustelle in St. Gallen voll ausgelastet. Zudem habe sie erst vor kurzem einen Vertrag mit einem Volumen von Fr. 18'436.09 netto abschliessen können. Bei diversen weiteren Projekten habe sie Offerten eingereicht und warte auf Antwort, so zum Beispiel bei einem ihrer zahlreichen Stammkunden, der H. \_\_\_\_\_ AG (Fr. 71'981.20 und Fr. 68'814.95), der I. \_\_\_\_\_ AG sowie der J. \_\_\_\_\_ AG (act. 2 Rn. 7). Sie sei in der Lage, die Forderungen sowie die laufenden Verbindlichkeiten innert nützlicher Frist, längstens aber innert 2 Jahren, zu erfüllen. Auf ihrem Konto bei der ... [Bank] hätten sich per 14. Juni 2018 Fr. 1'912.04 befunden. Der Debitorensaldo betrage Fr. 124'511.–, wobei in den nächsten Wochen mit dem Eingang dieser Beträge gerechnet werden dürfe. Hinzu kämen noch nicht fakturierte Leistungen im Betrag von geschätzt rund Fr. 35'000.–. Damit würden ihr in absehbarer Zeit flüssige Mittel von fast Fr. 160'000.– zur Verfügung stehen (act. 2 Rn. 15). Zudem verfüge sie

als weiteres Aktivum über einen Mercedes Sprinter mit einem Verkehrswert von noch Fr. 10'000.–. Ebenfalls zu ihrem Inventar würden Maschinen und Werkzeuge (Kronen, Wassersauger, Bohrmotoren, Spitzhammer, Diamantschleifmaschine, Handfräsen, Trockenbohrer, etc.) im Wert von rund Fr. 40'000.– gehören (act. 2 Rn. 16).

2.5 Grundsätzlich ist aufgrund dessen, dass die Schuldnerin belegt, im ersten Halbjahr 2018 Zahlungen von Kunden in der Höhe von rund Fr. 70'000.– erhalten zu haben (act. 5/8) und über offene Debitorenguthaben von rund Fr. 124'000.– in Form von zwischen dem 13. April 2018 und dem 4. Juni 2018 gestellter Rechnungen zu verfügen (act. 5/23), glaubhaft, dass sich die Auftragslage der Schuldnerin positiv darstellt. Dies gilt umso mehr, als die Schuldnerin einen weiteren Auftrag mit einem Volumen von rund Fr. 20'000.– (act. 5/9) sowie weitere von ihr gemachte Offerten (act. 10/1-2) vorlegt. Hinsichtlich der regelmässigen Ausgaben der Schuldnerin kann der Bilanz 2016 entnommen werden, dass ihr als einzig grosse Aufwandposition Personalkosten für die Geschäftsführerin und damals noch einen weiteren Angestellten von Fr. 62'127.12 entstehen (act. 5/6), was grundsätzlich damit übereinstimmt, dass die Schuldnerin in erster Linie Betonbohr-, Fräs- und Abbrucharbeiten durchführt, weshalb ihr kein grosser Materialaufwand entstehend dürfte. Die Schuldnerin hat im Mai 2018 Abschlagszahlungen von insgesamt Fr. 1'800.– geleistet und hat sich gegenüber dem Betreibungsamt für die nächsten 6 bzw. 9 Monate zur Abschlagszahlungen in derselben Höhe verpflichtet (act. 5/12-14; 5/17). Würde die Schuldnerin auch über diese Verpflichtung hinaus Zahlungen an ihre Gläubiger in derselben Höhe leisten, wären sämtliche Betreuungsforderungen in rund 1.5 Jahren abbezahlt. Insgesamt ist deshalb hinreichend glaubhaft, dass die Schuldnerin in der Lage ist, aus den ihr aus den vorgeannten Debitoren sowie laufenden Aufträgen nebst den laufenden Kosten auch die noch offenen Betreuungsforderungen innert nützlicher Frist abzutragen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass die Tatsache sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung des Konkurses bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere



wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht. Sollte es jedoch den Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als glaubhaft dargetan anzusehen ist, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

### III.

#### Kosten und Entschädigungsfolgen

1.1 Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

1.2 Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 30. Mai 2018 (Geschäfts-Nr. EK180195-C), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 9'500.– Fr. 9'307.50 der Gläubigerin und den Restbetrag der Schuldnerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 700.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Kloten 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 N. Seebacher

versandt am:  
3. Juli 2018