

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 11. Februar 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 14. Januar 2022 (EK210611)

Erwägungen:

1.1 Das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (fortan Vorinstanz) eröffnete mit Urteil vom 14. Januar 2022 für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin von Fr. 5'267.65 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) den Konkurs (act. 7/5 = act. 6). Der Entscheid wurde der Schuldnerin am 18. Januar 2022 zugestellt (act. 7/6 Blatt 1).

1.2 Gegen den vorerwähnten Konkursöffnungsentscheid liess die Schuldnerin mit Eingabe vom 25. Januar 2022 bei der hiesigen Instanz rechtzeitig Beschwerde erheben (act. 2 inkl. Beilagen act. 5/3-15) und um Aufhebung des Konkurses sowie um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ersuchen (act. 2 S. 2). Innert Rechtsmittelfrist wurde mit Eingabe vom 28. Januar 2022 (act. 13) eine weitere Beilage eingereicht (act. 14).

1.3 Mit Verfügung der Kammer vom 27. Januar 2022 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Da die Schuldnerin den üblichen Vorschuss von Fr. 750.– für die Kosten des Beschwerdeverfahrens bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (act. 5/5 Blatt 2, act. 8), erübrigte sich die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses.

2. 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. Tilgung und Hinterlegung betreffen die Forderung samt Zinsen und Kosten. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist sowohl ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen als auch einen der drei Konkurs-Hinderungsgründe mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshin-

dernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Die Schuldnerin weist mittels Bankbeleg nach, am 20. Januar 2022 zu Händen des Obergerichts zwecks Sicherstellung der Konkursforderung der Gläubigerin den Betrag von Fr. 5'267.65 einbezahlt und damit die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten (vgl. Ziff. 1.1) hinterlegt zu haben (act. 2 S. 3 und act. 5/5 Blatt 1; vgl. auch act. 8). Weiter belegt die Schuldnerin mittels Bestätigung des Konkursamtes Wülflingen-Winterthur vom 20. Januar 2022, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 800.– sichergestellt zu haben (act. 5/4). Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG 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 – d.h. innert etwa zwei Jahren – auch die bestehenden Schulden abzutragen. 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. Wie die Zahlungsfähigkeit im Einzelfall glaubhaft gemacht werden muss, lässt sich nicht allgemein sagen, da es auf die konkreten Verhältnisse ankommt.

4.2 Zur finanziellen Lage der Schuldnerin wird in der Beschwerdeschrift geltend gemacht, die in der Hochbaubranche tätige Schuldnerin habe in den Jahren 2019 und 2020 einen Gewinn von Fr. 43'873.– bzw. Fr. 57'282.– erwirtschaftet, was einer Reingewinnquote im Jahr 2019 von 2.45% und im Jahr 2020 von 2.86% entspreche und über der durchschnittlichen Quote von 1.9% im Hochbaugewerbe liege. Auch im Übrigen ergebe die Jahresrechnung 2020 ein positives fi-

nanzielles Bild der Schuldnerin. Der Liquiditätsgrad II betrage 333.7%. In den vergangenen Jahren sei es teilweise zu Liquiditätsengpässen gekommen, weil einzelne Gesellschaften, mit denen die Schuldnerin zusammenarbeite, Bauten nicht rechtzeitig hätten fertigstellen können, und die Schuldnerin folglich länger auf Zahlungen bzw. Rückzahlungen habe warten müssen. Die daraus entstandenen Rückstände seien nach Zahlungseingang stets umgehend beglichen worden. Dies sei auch aus dem Betreibungsregister ersichtlich, habe doch die Schuldnerin nie Rechtsvorschlag erhoben und sei stets darum bemüht gewesen, die Forderungen schnellstmöglich zu begleichen. Per 18. Januar 2022 seien Betreibungsforderungen im Umfang von Fr. 51'127.54 offen gewesen, welche zwischenzeitlich alle beglichen worden seien (act. 2 S. 4, act. 5/6-9 und act. 13 f.). Die Personal- und Materialkosten als – wie für die Baubranche typisch – grössten Ausgabenpositionen seien jeweils fristgerecht bezahlt worden. Aktuell bestünden fällige bzw. in den kommenden Wochen fällig werdende Debitorenforderungen im Umfang von Fr. 90'986.60. Es handle sich um solvente und langjährige Kunden bzw. Geschäftspartner, weshalb das Delkredererisiko minimal sei. Aus der Bilanz 2020 seien erhebliche Darlehensguthaben in Höhe von Fr. 320'000.– ersichtlich, gewährt im August 2020 im Umfang von Fr. 100'000.– und im November 2020 im Umfang von Fr. 220'000.– an die C._____ AG zwecks Realisierung von Bauprojekten. Die C._____ AG sei ein Partnerunternehmen der Schuldnerin und werde die Darlehenstranchen voraussichtlich Ende März und Ende Mai 2022 zurückzahlen. Durch die laufenden Aufträge würden die Einnahmen aus der Geschäftstätigkeit auch für die Zukunft nicht abreißen. Die Liquidität der Schuldnerin sei mittel- und längerfristig sichergestellt. Es handle sich grundsätzlich um ein gesundes Unternehmen (act. 2 S. 5-7, act. 5/10 und act. 5/13-14).

4.3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 2 des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt vom 19. Januar 2022 (act. 5/7) wurden im Zeitraum Februar 2017 (die Schuldnerin wurde am 18. Februar 2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, act. 10) bis Dezember 2020 43 Betreibungen in der Grössenordnung von über Fr. 240'000.– gegen die Schuldnerin eingeleitet, wobei 22 Betreibungen im Umfang von ca. Fr. 150'000.– auf die letz-

ten zwei Jahre vor Konkurseröffnung entfallen. Der Grossteil der Betreibungen betrifft öffentlich-rechtliche Abgabeforderungen. Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung waren (ohne die vorliegende Konkursforderung) noch 12 Betreibungsforderungen im Umfang von Fr. 45'831.70 offen (act. 5/8); alle anderen Betreibungsforderungen wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt oder die Gläubiger getilgt (act. 5/7). Die Schuldnerin belegte, nach Konkurseröffnung auch die vorerwähnten noch offenen Betreibungsforderungen praktisch gänzlich bezahlt zu haben, einerseits durch ihre Zahlung im Umfang von Fr. 15'000.–, andererseits durch Zahlung ihrer Darlehensnehmerin, der C. _____ AG, im Umfang von Fr. 30'000.– (act. 5/9 und act. 14).

4.3.2 Die erhebliche Anzahl der Betreibungen, allein im Jahre 2021 deren 18 in Höhe von ca. Fr. 127'000.–, lässt auf Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Die Schuldnerin begründet dies mit vorübergehenden Liquiditätsengpässen, mehrheitlich dem verzögerten Eingang der Erträge bzw. der verzögerten Rückzahlung von Darlehen als Folge der Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid 19 Pandemie (act. 2 S. 7).

4.4 Zu ihrer finanziellen Lage reichte die Schuldnerin die Jahresrechnung 2020 (act. 5/6), einen zwei Tage (18. und 19. Januar 2022) erfassenden Kontoauszug (act. 5/9) sowie Debitorenrechnungen für die Zeit vom 2. Dezember 2021 bis 12. Januar 2022 ein (act. 5/10). Eine provisorische Bilanz/Erfolgsrechnung für das Jahr 2021 liegt nicht vor.

4.4.1 Aus der Jahresrechnung 2020 (act. 5/6) ist ersichtlich, dass die Schuldnerin in den Jahren 2018 bis 2020 gewinnbringend wirtschaften und Gewinne von knapp Fr. 48'000.–, Fr. 44'000.– und über Fr. 57'000.– erzielen konnte. Ihre Aktiven wurden per 31. Dezember 2020 mit Fr. 446'661.95 bilanziert, wovon der grösste Teil mit Fr. 439'111.95 auf das Umlaufvermögen entfiel, und zwar auf: Flüssige Mittel Fr. 3'961.95, Darlehen Fr. 331'650.–, Vorräte und nicht fakturierte Leistungen Fr. 5'000.– und aktive Rechnungsabgrenzungen Fr. 98'500.–. Auf der Passivseite sind die kurzfristigen Verbindlichkeiten mit Fr. 100'574.59 und ein Covid 19 Kredit in Höhe von Fr. 177'000.– als langfristige Verbindlichkeit verbucht. Das Eigenkapital betrug Fr. 20'000.– und der Bilanzgewinn Fr. 149'087.36

(Fr. 91'805.11 Gewinnvortrag und Fr. 57'282.25 Gewinn). Das Umsatzvolumen betrug im Jahr 2020 knapp Fr. 2 Mio. Der grösste Teil der Betriebsausgaben entfiel auf den Material- und Dienstleistungsaufwand in Höhe von knapp über Fr. 1.5 Mio. sowie den Personalaufwand in Höhe von gerundet Fr. 377'000.–, gefolgt vom Fahrzeug- und Transportaufwand von Fr. 9'257.15 sowie Verwaltungsaufwand von knapp Fr. 11'811.32. Der Rest entfiel auf: Raumkosten Fr. 3'600.–, Unterhalt- und Reparaturen Fr. 127.58, Sachversicherungen Fr. 3'073.38, Werbeaufwand Fr. 5'000.–, Finanzaufwand Fr. 1'121.90, Abschreibungen Fr. 2'027.86 und Steuern Fr. 20'764.75. Wie viele Angestellte die Schuldnerin beschäftigte und aktuell beschäftigt ist nicht bekannt.

4.4.2 Dass der Geschäftsabschluss 2021 bei Beschwerdeerhebung im Januar 2022 noch nicht erstellt wurde, ist nicht aussergewöhnlich. Jedoch wurde auch keine Zwischenbilanz oder provisorische Jahresrechnung eingereicht. Konkrete Ausführungen zum aktuellen Geschäftsgang fehlen ebenso. Die Schuldnerin machte diesbezüglich einzig geltend, ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit sei durch die laufenden Aufträge sowie die baldigen Debitorenzahlungen und die Darlehensrückzahlung dargetan. Dass sie auch im Jahre 2021 an den Gewinn der Vorjahre habe anknüpfen können, behauptet die Schuldnerin nicht. Ein Vergleich des Umsatzvolumens und des Betriebsaufwands der Periode 2021 mit den Vorjahren ist mangels entsprechenden Ausführungen und Dokumenten somit nicht möglich.

4.4.3 Gemäss Kontoauszug des auf die Schuldnerin lautenden Kontokorrentes bei der St. Galler Kantonalbank verfügte sie per 19. Januar 2022 über flüssige Mittel im Umfang von Fr. 28'230.– (act. 5/9). Die Darlehensnehmerin, die C._____ AG, sicherte mit undatiertem Schreiben zu, die ihr gewährte Darlehenstranche von Fr. 100'000.– bis 31. März 2022 zurückzuzahlen (act. 5/14). Sodann erwartet die Schuldnerin per Ende Januar 2022 fällige Debitorenzahlungen von drei verschiedenen Unternehmen in Höhe von gesamthaft ca. Fr. 38'000.– (vgl. act. 5/10).

5.1 Die Beurteilung der aktuellen wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin ist schwierig, weil sie weder Zwischenabschlüsse des Jahres 2021 eingereicht,

noch Konkretes zum Geschäftsgang des vergangenen Jahres vorgetragen hat. Die behaupteten Debitoren in Höhe von Fr. 90'986.60 (act. 2 S. 5 f.) sind nur im Umfang von ca. Fr. 38'000.– belegt (act. 5/10, die Rechnung an die ... AG vom 7. Dezember 2021 wurde doppelt eingereicht und eine weitere vom 29. November 2021 wurde korrigiert). Die in der Beschwerdeschrift erwähnten laufenden Aufträge wurden nicht weiter spezifiziert. Über aktuell offene Kreditoren (nebst den bezahlten Betriebsforderungen) ist nichts bekannt. Die Schuldnerin machte geltend, sie stehe hinsichtlich Sanierungsmassnahmen zurzeit sowohl mit den Gläubigern als auch den Schuldnern in engem Kontakt (act. 2 S. 7), ohne jedoch zu präzisieren, um welche Sanierungsmassnahmen es sich hierbei handelt. Aus den eingereichten Unterlagen ist ersichtlich, dass die Schuldnerin in den Jahren 2018 bis 2020 gewinnbringend wirtschaften konnte (act. 5/6) und in den Jahren 2019/2020 im Vergleich zu den Vorjahren nur wenige bzw. sieben Betriebsforderungen aufwies, deren Anzahl sich mit 18 Betriebsforderungen im Jahr 2021 vervielfacht hat (act. 5/7). Die Schuldnerin begründete dies mit temporären Liquiditätsengpässen, entstanden durch den verspäteten Eingang von erwarteten Zahlungen, weil die gesamte Baubranche unter den Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie gelitten habe (act. 2 S. 6 f., act. 5/15).

Zugunsten der Schuldnerin fällt ins Gewicht, dass sie zwischenzeitlich sämtliche offenen Betriebsforderungen getilgt hat, teilweise durch Zahlung ihrer Darlehensnehmerin, welche voraussichtlich im März 2022 auch die erste ihr von der Schuldnerin gewährte Darlehenstranche in Höhe von Fr. 100'000.– zurückzahlen wird (act. 5/8, act. 5/14). Sodann erwartet die Schuldnerin in Bälde Debitorenzahlungen im Umfang von ca. Fr. 38'000.– (act. 5/10). Ihr Geschäftskonto wies per 19. Januar 2022 einen positiven Saldo in Höhe von knapp Fr. 30'000.– auf (act. 5/9). Wenn sich auch die Schuldnerin zu aktuell bestehenden Kreditoren nicht geäussert hat, kann doch davon ausgegangen werden, dass es ihr möglich sein wird, mit den Einnahmen die laufenden Kosten zu decken. In diesem Sinne wurde geltend gemacht, die grössten Ausgabenposten, nämlich die Material- und Personalkosten, hätten jeweils fristgemäss beglichen werden können (act. 2 S. 5). Unter den Betriebsforderungen befanden sich denn auch soweit ersichtlich keine Baumaterial- oder Lohnforderungen (act. 5/7).

5.2 Trotz fehlender detaillierter Angaben zum vergangenen Geschäftsjahr besteht nach dem Gesagten Anlass zur Annahme, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin nur vorübergehender Natur waren und es ihr möglich sein wird, den Betrieb aufrecht zu erhalten. Es kann bei wohlwollender Beurteilung davon ausgegangen werden, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahrscheinlicher ist 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 der Geschäftsgang des der Konkurseröffnung vorausgegangenen Jahres zu dokumentieren wäre (z.B. mit provisorischer Jahresrechnung) bzw. dannzumal an den Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit ein strengerer Massstab anzulegen wäre.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft dargetan hat. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin am 14. Januar 2022 eröffneten Konkurses.

7. 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.

8. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich ist anzuweisen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 5'267.65 der Gläubigerin zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 14. Januar 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidegebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 5'267.65 der Gläubigerin zu überweisen.
4. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– 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. 13, sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, 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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
11. Februar 2022