

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220150-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 27. September 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. September 2022 (EK221317)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) vom 8. September 2022 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 3'967.75 nebst Zins zu 5 % seit 19. Oktober 2020, Fr. 263.60 Zinsen, Fr. 174.75 bisherige Betreuungskosten sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/9; nachfolgend zitiert als act. 7). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. September 2022 (Datum Poststempel) fristgerecht (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG sowie act. 8/12) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2). Am 19. September 2022 reichte sie zudem – ebenfalls innert Beschwerdefrist – weitere Unterlagen nach (act. 11 bis act. 14/1-6).

1.2. Mit Verfügung vom 20. September 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-12). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Die Schuldnerin hinterlegte am 13. September 2022 Fr. 4'800.– bei der Obergerichtskasse (act. 2 Rz 8; act. 4/4, act. 5/1) und am 19. September 2022 zusätzlich Fr. 200.– (act. 14/1). Beides erfolgte vor Ablauf der Beschwerdefrist (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG und act. 8/12). Damit sind die Konkursforderung so-

wie die Zinsen und Kosten von insgesamt Fr. 4'927.20 (vgl. act. 7 und act. 9) gedeckt. Zudem leistete die Schuldnerin beim Konkursamt Aussersihl-Zürich am 14. September 2022 und damit ebenfalls fristgerecht einen Vorschuss von Fr. 1'200.–, der nach der Bestätigung des Konkursamts vom selben Datum ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 2 Rz 13; act. 4/8). Schliesslich bezahlte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse am 13. September 2022 Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 2 Rz 4; act. 4/3 = act. 5/2). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach. Da die Hinterlegung 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 Kon-

kursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind 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 im Januar 2015 gegründete GmbH mit Sitz in D._____, die die Planung, den Bau sowie die Pflege von Gärten, Grün- und Sportanlagen sowie den Handel mit Produkten für den Garten- und Landschaftsbau bezweckt. Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist E._____ (act. 6). Die Konkurseröffnung, so die Schuldnerin, sei auf ein Versehen zurückzuführen, sie habe es versäumt, die Konkursforderung zu begleichen (act. 2 Rz 7 und 13). Dies sei geschehen, weil der Vater der Lebenspartnerin von E._____ gestorben sei, weshalb es E._____ privat nicht gut gegangen sei, sodass er die Übersicht über die dringlichen Pendenzen kurzfristig aus den Augen verloren habe. Sein Treuhänder habe es leider versäumt, mit Nachdruck auf den Termin hinzuweisen (act. 2 Rz 13). Allgemein zu ihren Zahlungsschwierigkeiten führt die Schuldnerin aus, diese seien bloss vorübergehend und entstanden, weil eine Vielzahl von Kundenarbeiten erst nach Abnahme einer zweijährigen Garantiezeit final abgerechnet und bezahlt würden. Sämtliche Garantiefrieten liefen jedoch im Jahr 2022 aus, wodurch zeitnah mit Zahlungseingängen gerechnet werden könne (act. 2 Rz 11).

4.3. Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreibung Nr. 1 fünf weitere Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung über total Fr. 42'471.55 offen sind. Zwei Betreibungen im Totalbetrag von Fr. 55'613.36 befinden sich im Stadium der Pfändung und gegen zwei weitere über insgesamt Fr. 8'940.37 hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben. Die restlichen dreizehn Betreibungen – die erste wurde im Januar 2021 eingeleitet – sind erloschen,

grösstenteils aufgrund von Zahlungen an das Betreibungsamt. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 4/6).

Die Schuldnerin macht mittels Quittungen und Kontoauszügen sowie Korrespondenz mit den entsprechenden Gläubigern glaubhaft, dass sie zwei der Forderungen im Stadium der Konkursandrohung getilgt hat (vgl. act. 2 Rz 12; act. 4/7 und act. 14/4). Es handelt sich dabei um die Betreuung Nr. 2 von F._____ bzw. der G._____ AG über Fr. 5'115.75 sowie die Betreuung Nr. 3 der H._____ GmbH über Fr. 8'975.45. Damit beläuft sich das Total der noch offenen Betreibungen, bei denen bereits die Konkursandrohung ergangen ist und die damit dringendst zu bezahlen sind, auf Fr. 28'380.35.

In der von der Schuldnerin vorgelegten Kreditorenliste finden sich – neben den sieben noch offenen Betreibungen, wobei diejenige der I._____ AG Fr. 474.10 höher ist als im Betreibungsregisterauszug aufgeführt – auch drei weitere Forderungen über total Fr. 4'246.05. Unter Berücksichtigung von Mehrwertsteuerrückerstattungsansprüchen von Fr. 2'050.05 belaufen sich damit die Kreditoren gemäss Angaben der Schuldnerin auf insgesamt Fr. 95'604.18 (act. 4/10/1). Für die einzelnen Schulden liegen zwar keine Belege vor. Da die Schuldnerin aber von sich aus nicht nur die aus dem Betreibungsregisterauszug hervorgehenden, sondern auch weitere Schulden nennt, und der Gesamtbetrag der Kreditoren auch mit den Angaben in der von E._____ unterschriebenen Bilanz übereinstimmt (vgl. act. 4/5), deren Richtigkeit zudem vom Treuhänder der Schuldnerin unterschrieben bestätigt wird (vgl. act. 14/2), erscheint es als glaubhaft, dass es sich beim Betrag von Fr. 95'604.18 tatsächlich um den Gesamtbetrag der noch ausstehenden Schulden handelt. Der grösste Teil davon ist dringendst zu bezahlen, zumal es sich dabei um Forderungen im Stadium der Konkursandrohung und der Pfändung handelt. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Schuldnerin über ausreichende liquide Mittel verfügt, um die noch offenen Forderungen begleichen und darüber hinaus auch ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen zu können.

4.4. Auf dem Konto der Schuldnerin bei der J._____ befanden sich am 13. September 2022 Fr. 1'274.93 (act. 14/3; vgl. auch act. 4/5). Die Schuldnerin verfügt damit über praktisch keine sofort verfügbaren liquiden Mittel, was – zu-

sammen mit den privaten Problemen des Geschäftsführers, die ihn die administrativen Angelegenheiten vernachlässigen liessen – wohl zum Auflaufen der Schulden führte. Andererseits hat die Schuldnerin sehr hohe Debitoren. Die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen belaufen sich auf Fr. 239'000.–. Dies ergibt sich aus der von der Schuldnerin eingereichten Debitorenliste (act. 4/10/2), die mit den Angaben in der Bilanz übereinstimmt (act. 4/5), welche wie bereits erwähnt unterzeichnet ist und zudem vom Treuhänder als richtig bestätigt wird (vgl. act. 14/2). Die Schuldnerin scheint dabei bereits ein gewisses Delkredere in Abzug gebracht zu haben, ergibt sich doch aus der von ihr zusätzlich eingereichten, detaillierteren Aufstellung der einzelnen Forderungen, die durch die entsprechenden Rechnungen bekräftigt wird (vgl. act. 14/5-6), dass sämtliche Positionen effektiv leicht höher sind als die der Bilanz zugrunde gelegten Werte. Ausgehend von den tieferen Beträgen sind derzeit rund Fr. 57'000.– fällig. Bei den übrigen Rechnungen müssen zunächst noch Garantiewerke durchgeführt werden, zur Zahlung fällig werden sie in den letzten beiden Oktoberwochen (act. 14/5-6). Der Geschäftsführer, E._____, schuldet der Schuldnerin sodann noch Fr. 18'686.23 (Kontokorrent) sowie Fr. 80'000.– (Darlehen; act. 4/5, act. 4/10/2). Das Darlehen wird in jährlichen Tranchen von Fr. 10'000.– zurückbezahlt, diejenige des Jahres 2022 wurde bereits geleistet (vgl. act. 4/5 S. 1; act. 4/9). E._____ erklärt jedoch ausdrücklich, er sei jetzt und auch in Zukunft bereit, der Schuldnerin aus seinem Privatvermögen Geld zur Verfügung zu stellen (act. 2 Rz 11). Hierzu reicht er einen Kontoauszug des auf seine Lebenspartnerin, K._____, lautenden Privatkontos bei der L._____ ein, auf welchem sich ein Guthaben von rund Fr. 140'000.– befindet (act. 12). K._____ bestätigt sodann mit Schreiben vom 19. September 2022, dass das Konto zwar auf ihren Namen laute, es sich bei dem darauf befindlichen Guthaben aber um gemeinsames Geld von E._____ und ihr handle und E._____ über sämtliche Gelder jederzeit verfügen könne (act. 11). Es erscheint damit als glaubhaft, dass E._____ der Schuldnerin kurzfristig effektiv grössere Beträge zur Verfügung stellen könnte. Zwar ist er dazu – abgesehen von der Rückzahlung der Fr. 18'686.23 und der jährlichen Darlehensraten von Fr. 10'000.–, wobei die nächste Rate erst im Mai 2023 fällig ist (vgl. act. 4/9) – nicht verpflichtet. Es ist jedoch davon auszugehen, dass er die geäusserte Absicht in die Tat um-

setzen wird, ist seine Versicherung doch glaubhaft, er sei nicht daran interessiert, dass die Schuldnerin Konkurs geht (vgl. act. 2 Rz 12).

4.5. Zusammenfassend ist es der Schuldnerin möglich, innert kürzester Frist genügend flüssige Mittel erhältlich zu machen, um sämtliche Kreditoren begleichen zu können. Auch wenn dies zumindest teilweise durch eine Umschichtung der Schulden zulasten von E._____ erfolgt, würde dadurch die Lage der Schuldnerin entspannt, wäre eine ihm gegenüber bestehende Schuld doch nicht so dringend zurückzubezahlen wie der grösste Teil der derzeit bestehenden Kreditoren. Ohnehin wäre es nach Eingang der (restlichen) Debitoren, welcher noch im Jahr 2022 fällig ist, problemlos möglich, die Forderung von E._____ zu tilgen, und zwar angesichts der Höhe der zu erwartenden Gelder soweit ersichtlich ohne dass sich die Schuldnerin wieder anderweitig verschulden müsste.

4.6. Es bleibt der Geschäftsgang zu prüfen. Dem eingereichten, von E._____ unterzeichneten Zwischenabschluss per 14. September 2022 kann entnommen werden, dass die Schuldnerin aktuell, d.h. bis Mitte September 2022, einen Gewinn von rund Fr. 41'000.– erwirtschaftete. Im Vorjahr waren es knapp Fr. 78'000.–, womit ein dann noch bestehender Verlustvortrag von rund Fr. 21'000.– ausgeglichen werden konnte. Mit den liquiden Mitteln und den kurzfristigen Forderungen kann das kurzfristige Fremdkapital ohne Weiteres gedeckt werden; der Liquiditätsgrad II liegt weit über 100 %. Die Schuldnerin weist sodann zu Recht darauf hin, dass das Umlaufvermögen von rund Fr. 334'000.– auch das gesamte Fremdkapital von insgesamt Fr. 212'000.– klar übersteigt (act. 2 Rz 10; act. 4/5). Aus der Erfolgsrechnung ist ersichtlich, dass der Ertrag aus Lieferungen und Leistungen mit bisher rund Fr. 81'000.– im Vergleich zum Vorjahr mit Fr. 272'000.– noch deutlich geringer ist, allerdings dürfte sich dies durch die erwähnten, noch erwarteten hohen Zahlungseingänge von Fr. 239'000.– ändern (act. 4/5). Es entsteht das Bild eines grundsätzlich soliden Betriebs, der sowohl im letzten Jahr als auch aktuell genügend Einkünfte erzielte resp. erzielt, um die laufenden Verbindlichkeiten decken zu können und darüber hinaus einen Gewinn zu erwirtschaften.

4.7. Die geschilderten Umstände erwecken den Eindruck, dass die Schuldnerin im Jahr 2020 aus nicht bekannten Gründen Verluste erlitt, aufgrund derer es dann ab dem Jahr 2021 zu Betreibungen kam. Diese und die durch die privaten Probleme des Geschäftsführers der Schuldnerin verursachte Vernachlässigung der Administration oder falsche Priorisierung bei der Schuldenbereinigung, zusammen mit dem Umstand, dass aufgrund noch durchzuführender Garantiewerke im Jahr 2022 diverse Kunden noch nicht bezahlten, führten zu einem Liquiditätsengpass, aus dem der vorliegende Konkurs resultierte. Dass die noch offenen Betreibungen praktisch alle schon sehr weit fortgeschritten sind, zeigt die Dringlichkeit des Problems und führt dazu, dass erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung zu stellen sind. Andererseits ist aus dem Betreibungsregisterauszug auch das Bemühen der Schuldnerin ersichtlich, ihre Ausstände zu tilgen, sind doch diverse Betreibungen durch Zahlung erloschen und erhob die Schuldnerin auch nicht systematisch Rechtsvorschlag und liess es nicht zu Verlustscheinen kommen. Wie gezeigt, ist die Schuldnerin zudem in der Lage, innert kürzester Zeit flüssige Mittel zu beschaffen und ihre Altlasten vollumfänglich zu tilgen. Da ihr Betrieb wie beschrieben aktuell einen guten Geschäftsgang aufweist und Gewinne erwirtschaftet, ist zu erwarten, dass es in Zukunft bei entsprechendem Management der administrativen Angelegenheiten gelingen wird, weitere Liquiditätsprobleme zu vermeiden und die laufenden Verbindlichkeiten stets zu decken. Ihre Zahlungsschwierigkeiten erscheinen damit als vorübergehend und die Zahlungsfähigkeit ist wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen.

5. Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben wird. Der Gläubigerin ist mangels Umtrieben im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. September 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderung hinterlegten Betrag von total Fr. 5'000.– der Gläubigerin Fr. 4'927.20 und der Schuldnerin Fr. 72.80 auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.
7. 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: