

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220168-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 14. November 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 14. September 2022 (EK220174)

Erwägungen:

1.1. Die Schuldnerin erbringt Dienstleistungen im Bereich Fassadenbau sowie Maler- und Gipserarbeiten (act. 6). Mit Urteil vom 14. September 2022 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigers von CHF 257.50 nebst Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2020 zuzüglich Betreuungskosten von CHF 66.60 (act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 3. Oktober 2022 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 4. November 2022 [recte: 4. Oktober 2022, vgl. act. 11] wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9 i.V.m. act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-21). 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 Konkurs hinderungsgründe (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 mit Einzahlung vom 3. Oktober 2022 für die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten einen Betrag von CHF 360.– beim Obergericht hinterlegt (act. 5/8). Dieser Betrag deckt die vorstehend dargelegte Forderung des Gläubigers samt Kosten und aufgelaufenen Zinsen von CHF 357.80. Weiter hat sie die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt (act. 5/9-10). Damit hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass sie den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinterlegt hat.

4.1. Folglich 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 vom 10. Juli 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 aktueller Auszug des Betreibungsamtes Pfannenstiel, der den Zeitraum vom 7. Mai 2020 bis 15. September 2022 umfasst (act. 5/7). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin – nebst der vorliegenden Konkursforderung – neunmal betrieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen in dieser Zeitperiode beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 26'600.–. Aktuell sind noch drei Betreibungen im Umfang von CHF 6'724.80 offen. Die beiden Forderungen im Betrag von Fr. 7'600.–, die zur Ausstellung von zwei Verlustscheinen geführt haben, sind offenbar bis auf den Betrag von CHF 3'263.30 getilgt worden (act. 5/7 S. 2). Frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 5/7). Der Betreibungsregisterauszug 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).

4.2.1. Zwei offene Betreibungen und zwei Verlustscheine betreffen Forderungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV).

Zu den Verlustscheinen führt die Schuldnerin zusammengefasst aus, die effektiven Abrechnungsbeträge für die fraglichen Quartale hätten CHF 0.– anstatt die in Betreibung gesetzten CHF 2'500.– (für das 2. Quartal 2020) resp. CHF 265.10 anstatt CHF 5'100.– (für das 3. Quartal 2020) betragen. Die Verlustscheine sollten entsprechend gelöscht werden (act. 2 Rz. 11 f.). Die Schuldnerin konnte mithilfe der entsprechenden Zahlungsbefehle darlegen, dass die in Betreibung gesetzten Forderungen von gesamthaft CHF 7'600.– provisorische Mehrwertsteuereinschätzungen des 2. und 3. Quartals 2020 betreffen (act. 5/11-12). Aus den entsprechenden Abrechnungen der ESTV ergibt sich ferner, dass die effektiv geschuldeten Steuerbeträge für die fraglichen Perioden insgesamt lediglich CHF 265.10 betragen (act. 5/11-12). Von den ursprünglich betriebenen Forderungen von gesamthaft CHF 7'600.– wurden "lediglich" CHF 3'263.30 verbrieft, womit davon auszugehen ist, dass der geschuldete Betrag von CHF 265.10 beglichen wurde und aus den Betreibungen, die zur Ausstellung der Verlustscheine führten, ein Guthaben zugunsten der Schuldnerin resultierte. Entsprechend sind die Verlustscheine nicht zu berücksichtigen.

In Bezug auf die zwei offenen Betreibungen der ESTV im Gesamtumfang von CHF 4'000.– erklärt die Schuldnerin – unter Verweis auf Quartalsabrechnungen aus dem Jahr 2021 – zusammengefasst, bei den Differenzbeträgen zwischen der Mehrwertsteuereinschätzung und der effektiven Abrechnung handle es sich um Guthaben ihrerseits; sie sei grundsätzlich ihrer Zahlungspflicht letzten Endes stets nachgekommen (act. 2 Rz. 15). Um was es sich bei den betriebenen Forderungen handelt, kann ohne Kenntnis der entsprechenden Zahlungsbefehle nicht mit Gewissheit festgestellt werden. Jedenfalls bestreitet die Schuldnerin nicht, dass sie die Beträge bislang nicht beglichen hat. Entsprechend sind die Beträge als Betreibungsschulden zu berücksichtigen, selbst wenn man davon ausgeht, es

handle sich erneut um Mehrwertsteuereinschätzung, und obwohl aufgrund der beiden provisorischen Rechnungen, die zur Ausstellung zweier Verlustscheine geführt haben, und der beiden provisorischen Rechnungen, die in Betreuung gesetzt wurden, aber im Betreibungsregisterauszug nicht verzeichnet sind (act. 5/13-14), durchaus Anzeichen bestehen, dass die definitiven Abrechnungen schlussendlich tiefer ausfallen werden.

4.2.2. In Bezug auf die Betreuung der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich im Umfang von CHF 2'724.80 führt die Schuldnerin lediglich aus, die Nichtbezahlung des Betrags habe – wie bei den provisorischen Mehrwertsteuerabrechnungen – mehr mit Nachlässigkeit als mit fehlender Zahlungsfähigkeit zu tun (act. 2 Rz. 15). Damit konnte die Schuldnerin nicht glaubhaft machen, dass der Betrag nicht geschuldet sei. Entsprechend ist die fragliche Forderung als Schuld zu berücksichtigen.

Folglich ist von Betreuungsschulden im Gesamtumfang von CHF 6'724.80 auszugehen.

4.2.3. Eine aktuelle Kreditorenliste reichte die Schuldnerin nicht ein. In der per 31. Dezember 2021 erstellten Bilanz weist die Schuldnerin allerdings kurzfristiges Fremdkapital von gesamthaft CHF 47'120.70 aus (act. 5/16 S. 2). Dazu äussert sich die Schuldnerin nicht, und es liegen auch keine Belege vor, die darauf hindeuten würden, dass die Höhe dieser Verpflichtungen unrechtmässig sei. Folglich ist – zu den bestehenden Betreuungsschulden – mit zusätzlichen Schulden von CHF 47'120.70 zu rechnen.

Demnach ist aktuell von offenen Schulden von insgesamt CHF 53'845.50 auszugehen (Betreuungsschulden von CHF 6'724.80 und weitere Kreditoren von CHF 47'120.70).

4.3. Als Aktivum führt die Schuldnerin ihr Bankguthaben in Höhe von CHF 45'138.71 per 31. August 2022 an (act. 5/15). Zudem führt die Schuldnerin eine offene Debitorenforderung von CHF 26'925.– gegenüber C._____ betreffend eine Überbauung an der ...[Adresse], auf (act. 5/19). Auch wenn sich die Schuld-

nerin nicht weiter über die Debitorenforderung äussert, ist zu ihren Gunsten von einer Begleichung der offenen Forderung innert nützlicher Frist auszugehen. Damit ist bei der Schuldnerin von liquiden Mitteln von rund CHF 72'000.– auszugehen, und es erscheint glaubhaft, dass genügend finanzielle Mittel verfügbar sind, um die aufgelaufenen Schulden in rund zwei Jahren abzutragen.

4.4. Aus der eingereichten Erfolgsrechnung für das Jahr 2021 geht hervor, dass die Schuldnerin bei einem Ertrag von rund CHF 145'000.– einen Gewinn (nach Steuern) von CHF 50'000.– erwirtschaftete (act. 5/17). Zudem betrug der Gewinnvortrag CHF 52'585.10 (act. 5/16). Des Weiteren wurden alleine im August 2022 im Zusammenhang mit Überbauungen Gutschriften in Gesamthöhe von rund CHF 47'000.– verbucht (act. 5/15, wobei lediglich Gutschriften berücksichtigt wurden, die aufgrund vermerkter Mitteilung einen klaren Bezug zu einer Überbauung aufweisen, was für die Zahlung vom 29. August 2022 über CHF 1'810.– nicht zutrifft). Nicht zuletzt aufgrund der vergleichsweise geringen Personalkosten erscheint es glaubhaft, dass sie auch in Zukunft ihren laufenden Aufwand aus dem Ertrag wird decken können.

4.5. Zusammenfassend erscheint es aufgrund der andauernden Geschäftstätigkeit glaubhaft, dass die Schuldnerin ihre Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen können und ihren aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. 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 im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit und Liquidität durchaus Zweifel bestehen. So fällt auf, dass private und geschäftliche Ausgaben nicht sauber getrennt werden (vgl. diverse Einkäufe in Lebensmittelgeschäften und Überweisungen an D._____, act. 5/15) und dass die mit Abstand grösste Position in den Aktiven der Schuldnerin eine Kontokorrentforderung gegenüber ihrem Geschäftsführer von insgesamt CHF 156'538.83 darstellt, ohne dass sie sich zu den Bedingungen dieser Forderung äussert (wie bspw. über den Grund, die Rückzahlungsmodalitäten, Fälligkeit, Zahlungsfähigkeit des Geschäftsführers etc., act. 5/16 S. 1). Es erscheint glaubhaft, dass insbesondere die Nichtbezahlung der diversen Forderungen der ESTV

aus Nachlässigkeit resp. organisatorischen Mängeln geschah, zumal die provisorisch geschuldeten Steuerbeträge jeweils geschätzt worden waren (vgl. Vermerke in den Zahlungsbefehlen, act. 5/11-14). Dafür spricht auch der Umstand, dass die Schuldnerin es verpasst hat, trotz genügend hoher Liquidität den verhältnismässig geringfügigen Betrag von rund CHF 260.– zu begleichen, um ihren Konkurs abzuwenden. 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 erstmalige Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung 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 dann höhere Anforderungen zu stellen und sie müsste insbesondere Ausführungen zur Kontokorrentforderung gegenüber ihrem Geschäftsführer machen und entsprechende Belege einreichen.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist 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 Meilen vom 14. September 2022 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 vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Männedorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'050.– (CHF 750.– Zahlung der Schuldnerin sowie CHF 1'300.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) dem Gläubiger CHF 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, zuhanden des Gläubigers vom hinterlegten Betrag von CHF 360.– den Betrag von CHF 357.80 an den Gläubiger und den Restbetrag an die Schuldnerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Männedorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfannenstiel, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am: