

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS230192-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw O. Guyer

## Urteil vom 13. November 2023

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. September 2023 (EK230405)**

### Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11. Februar 2018 im Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt die Ausführung von Maurer- und Umbauarbeiten aller Art (act. 7).

1.2. Mit Urteil vom 28. September 2023 (act. 3 = act. 8), mit Wirkung ab 10:00 Uhr, eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon (nachfolgend Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr 15'116.70 abzüglich Fr. 6'046.50 nebst Zins zu 5% seit 4. April 2023, Fr. 138.55 aufgelaufenem Verzugszins zwischen dem 28. Januar und 3. April 2023 sowie Fr. 215.70, mithin für eine Forderung von insgesamt Fr. 9'424.45 (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Schlieren/Urdorf, fortan Betreibungsamt, abzüglich des gemäss Urteil der Vorinstanz bezahlten Betrags von Fr. 6'046.50; act. 5/4).

1.3. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 9. Oktober 2023 Beschwerde (act. 2) samt Beilagen (act. 3,4 und 5/2-6). Sie beantragt darin, die Konkurseröffnung sei aufzuheben und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 2). Mit Eingabe vom selben Tag reichte die Beschwerdeführerin den Handelsregisterauszug nach (act. 6 und 7).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die Beschwerdeführerin wurde zudem aufgefordert einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.00 zu bezahlen (act. 12). Dieser ging rechtzeitig ein (act. 14). 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 Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Zusätzlich ist erforderlich, dass die Kos-

ten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sichergestellt werden. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG; BGE 139 III 491 E. 4.4 und BGE 136 III 294 E. 3). Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO).

3. Die Schuldnerin hinterlegte am 6. Oktober 2023 bei der Kasse des Obergerichts den Betrag von Fr. 9'900.00 (act. 5/2 = act. 10). Dieser Betrag deckt die in Betreuung gesetzte Forderung (abzüglich der bereits erfolgten Teilzahlung) samt Zins und Betreuungskosten (act. 15/1). Zudem hat sie eine Bestätigung des Konkursamts Schlieren vom 5. Oktober 2023 beigebracht, wonach bei diesem ein Barvorschuss von Fr. 1'000.00 geleistet wurde. Dieser deckte die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkurseröffnungsurteils (act. 5/3). Schliesslich hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 750.00 für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens einbezahlt (act. 14). Damit erfüllt die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden.

4.

4.1. Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderung befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit 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. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern lediglich glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen alleine nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Ein-

druck 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 E. 2.3). 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 (statt vieler: OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

4.2. Die Schuldnerin bringt zur Zahlungsfähigkeit vor, sie verfüge über genügend hohe Debitoren für geleistete Arbeiten, um die in Betreuung gesetzten Forderungen innert Frist decken zu können. Der derzeitige Debitorenstand betrage Fr. 104'464.00. Dieser Betrag vermöge die betriebenen Forderungen in der Höhe von Fr. 52'724.52 (einschliesslich des vorliegenden Verfahrens) sowie auch die jeden Monat anfallenden Löhne zu decken, so dass sie noch einen Gewinn von rund Fr. 3'700.00 erwirtschaftete (act. 2 S. 4 mit Hinweis auf act. 5/5.1).

Darüber hinaus reicht die Schuldnerin einen Bericht ein, in welchem sie die beabsichtigten Massnahmen zur Verhinderung weiterer Engpässe darlegt. Sie erklärt, die Zahlungsein- und ausgänge müssten noch besser aufeinander abgestimmt und das Eigentümerkonto besser ausgeglichen werden. Nötigenfalls müsse die Schuldnerin vermehrt mit Teilzahlungsabkommen operieren, damit die Arbeitnehmerschaft erhalten werden könne. Die Auftragslage sei sehr gut und zeige bis zum 30. September 2023 einen Umsatz von Fr. 664'614.54 (act. 2 S. 4 mit Hinweis auf act. 5/5.2).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Vorliegend weist der eingereichte Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin vom 4. Oktober 2023 insgesamt sieben Einträge auf. Die Betreibungen datieren allesamt aus dem laufenden Jahr, genauer ab April 2023. Zwei Forderungen wurden von der Schuldnerin bezahlt, einmal durch Zahlung an das Betreibungsamt, einmal an den

Gläubiger. Zwei weitere Forderungen befinden sich im Stadium der Pfändung. Neben der hinterlegten Konkursforderung befindet sich noch eine weitere im Stadium der Konkursandrohung und bei einer wurde die Betreuung eingeleitet. Insgesamt sind noch Fr. 55'571.15 offen (die vorliegende Forderung eingerechnet ohne Abzug der Teilzahlung, ohne die Forderung Fr. 40'345.90; vgl. act. 15/2). Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 5/4). Die offenen Betreibungen werden von der Schuldnerin anerkannt (act. 2 S. 4).

4.4. Aus der eingereichten Zwischenbilanz der Schuldnerin ist ersichtlich, dass sie über keine flüssigen Mittel verfügt. Der Stand des Kontokorrents betrug per 30. September 2023 minus Fr. 19'696.30. Die Debitoren haben Fr. 104'464.00 betragen, das Umlaufvermögen gesamthaft Fr. 127'104.07. Das Kontokorrent des Inhabers der Schuldnerin hatte am Stichtag einen Saldo von Fr. 42'336.37. Demgegenüber standen per Stichtag Fr. 83'266.20 kurzfristiges Fremdkapital (act. 5/5.1).

Die Erfolgsrechnung zeigt, dass im laufenden Jahr bis zum 30. September 2023 ein betrieblicher Ertrag aus Lieferungen und Leistungen von Fr. 664'614.54 erwirtschaftet wurde. Dem gegenüber steht u.a. ein Personalaufwand von Fr. 523'202.30 (act. 5/5.1).

4.5. Als Belege für die Debitoren reicht die Schuldnerin verschiedene Rechnungen ein (act. 5/6.1-11). Bis auf eine handelt es sich um Rechnungen an vier verschiedene Adressaten für getätigte Leistungen im Umfang von insgesamt Fr. 77'903.10 (inkl. 7.7% MwSt.). Eine Rechnung betrifft eine Akontozahlung in der Höhe von Fr. 32'310.00 (inkl. 7.7% MwSt.; vgl. zum Ganzen act. 15/3).

4.6. Die anwaltlich vertretene Schuldnerin äussert sich zu keiner der offenen Betreibungen (vgl. act. 2). Sie legt weder dar, wie sie die offenen Forderungen abbezahlen will, noch ob sie allenfalls mit den Gläubigern Stundungsvereinbarungen abgeschlossen hat. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre die Schuldnerin jedoch gehalten, zu jeder im Betreibungsregister nicht als erledigt aufgeführten Forderung Stellung zu nehmen (vgl. BGer 5A\_33/2021 vom 28. September 2021 E. 3.3. m.w.H.).

Bankbelege oder Steuererklärungen wurden von der Schuldnerin keine eingereicht. Ebenso fehlen Belege, welche beispielsweise die behaupteten Umsatzzahlen untermauern würden. Einziger indirekter Beleg ist der Hinweis des Buchhalters in seinem Bericht zur Zwischenbilanz, dass die Auftragslage sehr gut sei und die Schuldnerin 100% ausgelastet sei (vgl. act. 5/5.2). Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit wesentlich, aber nicht bekannt wäre u.a. auch, wie viele Angestellte die Schuldnerin hat. Die in Ziffer 4.5. genannten Rechnungen sind neben der Zwischenbilanz und -erfolgsrechnung und dem Betreibungsregisterauszug die einzigen Dokumente.

4.7. Zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sind verschiedene Punkte aus den Akten hervorzuheben: Gläubiger der offenen Forderungen sind die Schweizerische Eidgenossenschaft, die C.\_\_\_\_\_ Zürich (in zwei Betreibungen), die Gläubigerin des vorliegenden Verfahrens (in drei Fällen) und die D.\_\_\_\_\_. Es handelt sich augenscheinlich bei allen Forderungen um zwingende Lohnabzüge bzw. Zahlungen (Beiträge an die Gläubigerin, Versicherungen oder Steuern) und damit um Verpflichtungen aus sehr ähnlichen Kategorien.

Die Bilanz und Erfolgsrechnung ist bei genauerer Betrachtung ebenfalls auffällig. Als Anlagevermögen weist die Schuldnerin beispielsweise lediglich Fr. 6'474.56 auf (davon Fr. 4'989.04 für Fahrzeuge). Für ein Handwerksunternehmen mit mehreren Mitarbeitern erscheint diese Position eher tief. Weiter wurden z.B. für die direkten Steuern 2023 nur Fr. 722.65 verbucht, während es für 2022 noch Fr. 5'583.95 waren. Es ist davon auszugehen, dass sich die Steuerschuld 2023 in einem ähnlichen Rahmen bewegen wird, wie dies 2022 der Fall war.

Aus der Erfolgsrechnung ist ersichtlich, dass der Gewinn im Jahr 2022 Fr. 152.86 betragen hat und damit noch tiefer war, als der per Ende September 2023 ausgewiesene Gewinn von Fr. 3'700.00 (act. 5/5.1).

Die vorliegende Schuld hat die Schuldnerin mit zwei Teilzahlungen à je Fr. 3'032.35 teilweise getilgt (vgl. act. 9 = Akten der Vorinstanz act. 1). Die erste Rate wurde am 3. April 2023 bezahlt, die zweite am 13. Juni 2023. Diese Abzah-

lungsweise lässt zwar auf den Zahlungswillen der Schuldnerin schliessen, lässt aber auch vermuten, dass eine höhere Zahlung mangels liquider Mittel bislang nicht möglich war.

Der Personalaufwand der Schuldnerin beläuft sich auf rund Fr. 60'000.00 monatlich (Fr. 523'202.30 ./ 9 Monate). Selbst wenn alle offenen Rechnungen der Schuldnerin inklusive der Akontorechnung im Gesamtbetrag von Fr. 110'213.10 bezahlt werden (vgl. Ziff. 4.5. oben), reichten diese Mittel nur knapp aus, dass die Schuldnerin die noch offenen Betreibungen und den Personalaufwand für einen weiteren Monat bezahlen kann (Fr. 40'345.90 + Fr. 60'000.00 = Fr. 100'345.90).

4.8. Wie bereits erwähnt, hat die Schuldnerin nur wenige Zahlen behauptet und diese - mit Ausnahme der (allerdings nicht auf irgend eine Art und Weise belastbaren) Debitoren - nicht durch Dokumente untermauert (vgl. Ziff. 4.6.). Insgesamt ist deshalb auch nicht glaubhaft gemacht, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt und neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden abgetragen werden können. Die Zahlungsunfähigkeit erscheint wahrscheinlicher als die Zahlungsfähigkeit (vgl. BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3. m.w.H.).

Ebenfalls nicht glaubhaft ist, dass sich in nächster Zeit eine wesentliche Verbesserung der finanziellen Situation der Schuldnerin abzeichnet. Dazu sind auch die vorgeschlagenen Massnahmen des Buchhalters nicht genügend konkret formuliert (vgl. act. 5/5.2). Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind damit nicht erfüllt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

4.9. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

5. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 9'900 ist an die zuständige Konkursverwaltung zu überweisen.

6. Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG)

die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurden) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

7. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen. Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und es wird über die Schuldnerin mit Wirkung ab Montag, 13. November 2023, 15:00 Uhr, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Schlieren wird mit dem Vollzug beauftragt.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag in der Höhe von Fr. 9'900.00 an das Konkursamt Schlieren/Urdsorf zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige und im Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.



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 O. Guyer

versandt am:  
13. November 2023