

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230205-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 16. November 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfah-
ren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. Oktober 2023 (EK230426)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm 2020 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt das Ausführen von ... (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 11. Oktober 2023, 10.00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung des Gläubigers und Beschwerdegegners (fortan Gläubiger; act. 8/9 = act. 3 = act. 7 S. 2):

CHF 718.50 nebst Zins zu 5% seit 01.12.2021

CHF 224.30 Betreuungskosten

2.

2.1. Mit Eingabe vom 27. Oktober 2023 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/10). Mit Verfügung vom 30. Oktober 2023 wurde der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung keine aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 angesetzt (act. 9).

2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-11). Der einverlangte Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 11). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.

3.1. Gegen die Konkurseröffnung kann beim Obergericht innert 10 Tagen Beschwerde erhoben werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was

nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren auch dann aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. In diesem Fall hat die Schuldnerin jedoch überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). In jedem Fall ist zusätzlich erforderlich, dass die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO; vgl. auch ZK ZPO-Freiburghaus/Afeldt, 3. Aufl. 2016, Art. 321 N 5).

3.2. Die Schuldnerin belegt, dass sie am 20. Oktober 2023 die Kosten des Konkursverfahrens und Konkursgerichts beim Konkursamt Schlieren sichergestellt hat (act. 5/7). Sie stützt sich darauf, dass sie die Forderung des Gläubigers aus der Betreuung-Nr. 1 *vor* der Konkursöffnung bezahlt habe (act. 2 S. 3 f.).

Die Konkursöffnung erfolgte am 11. Oktober 2023, um 10.00 Uhr (act. 7 S. 1). Der von der Schuldnerin eingereichte Zahlungsbeleg mit Transaktionsdetails weist aus, dass am 11. Oktober 2023 vom Konto ihres einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers mit Einzelunterschrift eine Zahlung über Fr. 1'052.00 an das Betreibungsamt Birmensdorf erfolgte. Auf dem Beleg ist auch die Betreuung-Nr. 1 angegeben, als Ausführungsdatum ist der 11. Oktober 2023 und damit der Tag der Konkursöffnung aufgeführt (act. 5/6). Aus dem von der Schuldnerin eingereichten Beleg und ihren Darlegungen ergibt sich aber nicht, *zu welchem genauen Zeitpunkt* resp. ob die Zahlung *vor der Konkursöffnung um 10.00 Uhr* erfolgte. Allein aus der Tatsache, dass das Betreibungsamt Birmensdorf die Zahlung offensichtlich noch entgegennahm resp. die Betreuung-Nr. 1 im Betreibungsregisterauszug mit dem Code "Z" für bezahlt vermerkte (act. 5/5), kann nicht auf die Begleichung der Konkursforderung vor Konkursöffnung geschlossen wer-

den. Die Angaben "16:01" und "17:32" links oben auf den von der Schuldnerin als Beweismittel angerufenen Handy-Screenshots sprechen jedenfalls nicht für eine solche Annahme. Folglich ist davon auszugehen, dass die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Birmensdorf) von der Schuldnerin samt Zinsen und Betreibungskosten *nach* der Konkursöffnung beglichen wurde. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin daher überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

3.3.1. 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, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden (praxisgemäss innert längstens zweier Jahre; vgl. statt Vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2) abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin 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).

3.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Birmensdorf vom 16. Oktober 2023 weist – ohne die Konkursforderung – 17 im Zeitraum vom 15. Juni 2022 bis 12. Oktober 2023 eingeleitete Betreibungen aus. Davon tragen sieben den Code "P" für Pfändung, eine den Code "KA" für Konkursandrohung erlassen, zwei sind mit dem Code "V" für Verwertung versehen, zwei Betreibungen mündeten in Verlustscheinen nach Art. 115 SchKG über einen Betrag von insgesamt Fr. 8'094.75, zwei weitere Betreibungen wurden durch Rechtsvorschlag gestoppt und schliesslich bestehen noch drei Betreibungen, in

denen erst der Zahlungsbefehl ausgestellt wurde. Von den genannten 17 Betreibungen stammen neun von der SVA des Kantons Zürich (act. 5/5). Die Schuldnerin macht in Bezug auf die Ausstände bei der SVA des Kantons Zürich geltend, anlässlich einer Sitzung hätte diese ihre Forderungen korrigieren und sie mit Guthaben verrechnen können (act. 2 S. 4). Gemäss dem von der Schuldnerin eingereichten Schreiben der SVA des Kantons Zürich vom 27. Oktober 2023 besteht betreffend die Beitragsperiode ab Januar 2020 resp. für die Buchungsperiode vom 10. März 2021 bis 27. Oktober 2023 ein Guthaben der Schuldnerin von Fr. 1'834.45 (act. 5/8). Damit ist glaubhaft, dass die im Betreibungsregister noch verzeichneten Forderungen der SVA des Kantons Zürich bezahlt sind. Folglich bestehen noch acht offene Betreibungen gegenüber der Schuldnerin über einen Gesamtbetrag von Fr. 11'960.00. Davon ist eine Betreibung über Fr. 647.45 bereits bis zur Konkursandrohung vorgedrungen.

3.3.3. Die Schuldnerin macht geltend, sich erst seit kurzer Zeit in finanziellen Schwierigkeiten zu befinden. Dies auch deshalb, weil sich ihr einziger Gesellschafter und Geschäftsführer, Herr C. _____, bei der Arbeit an der Schulter verletzt bzw. drei Sehnen gerissen habe. In der Vergangenheit seien deshalb einige Forderungen nicht beglichen worden (act. 2 S. 3). Die Schuldnerin versäumte es, sich zu den noch offenen Betreibungsforderungen und dazu zu äussern, wie und innert welcher Frist sie diese mit welchen Mitteln zu decken gedenkt. Der Betreibungsregisterauszug zeichnet ein Bild einer Schuldnerin, die nicht erst seit kurzer Zeit in finanziellen Engpässen ist. Die Anzahl und die gesamthafte Forderungshöhe der eingeleiteten Betreibungen seit dem 15. Juni 2022 ist nicht unerheblich. Der Verlauf der Betreibungsverfahren mit zahlreichen Pfändungen, Verwertungen und Verlustscheinen sowie einer weiteren Konkursandrohung, weist auf erhebliche finanzielle Schwierigkeiten der Schuldnerin hin. Vor diesem Hintergrund hätte es aufschlussreicher und umfassender Darlegungen sowie Belegen in Bezug auf die Geschäftstätigkeit, die Liquiditäts- und die Finanzlage der Schuldnerin bedurft. Die Schuldnerin ging davon aus, ihre Zahlungsfähigkeit werde von der Kammer nicht geprüft (act. 2 S. 4), weshalb sie einzig den Betreibungsregisterauszug, das Schreiben der SVA des Kantons Zürich und den Zahlungsbeleg betreffend die Konkursforderung einreichte. Aus diesen wenigen Belegen ergibt sich offensicht-

lich kein aufschlussreiches, klares Bild über die Finanzlage der Schuldnerin. Aus dem eingereichten Zahlungsbeleg ist ein Kontostand nach Transaktion über Fr. 4'856.80 ersichtlich (act. 5/6). Dieser würde nicht ausreichen, um die gemäss Betreibungsregisterauszug vom 16. Oktober 2023 noch offenen Forderungen zu decken. Es wurde von der Schuldnerin nicht glaubhaft gemacht, dass sie in der Lage wäre, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden zeitnah abzutragen. Da die Schuldnerin ihre Beschwerde am letzten Tag der Rechtsmittelfrist zur Post gab, konnte sie von der Kammer auch nicht rechtzeitig darauf hingewiesen werden, dass es zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit weiterer Ausführungen und Belege bedurft hätte.

3.4. Zusammengefasst ist folglich festzuhalten, dass die Schuldnerin es versäumte, ihre Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit nicht erfüllt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Es bleibt, die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (dazu insbesondere KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3, N 3a und N 5).

4.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, dem Gläubiger nicht, weil ihm in diesem Verfahren keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Birmensdorf, je gegen Empfangsschein.
5. 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
17. November 2023