

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240197-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Widmer

Urteil vom 25. Oktober 2024

in Sachen

A. _____ KLG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. _____ GmbH,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes

Affoltern vom 3. Oktober 2024 (EK240114)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist seit dem 22. April 2021 als Kollektivgesellschaft im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie das Erbringen von Abschleppdienstleistungen für Fahrzeuge. Die Gesellschaft besteht aus einem Gesellschafter und einer Gesellschafterin, welche je über Einzelzeichnungsbechtigung verfügen (act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 3. Oktober 2024 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichts Affoltern (nachfolgend: Vorinstanz) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) in der Höhe von Fr. 1'184.50 zzgl. Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2023, zzgl. Mahnspesen von Fr. 60.– sowie Betreuungskosten von Fr. 205.60 den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 9 = act. 10/13). Dieser Entscheid wurde der Schuldnerin am 7. Oktober 2024 zugestellt (act. 10/18).

2.

2.1. Mit Beschwerde vom 10. Oktober 2024 (gleichentags persönlich überbracht) erhob die Schuldnerin Beschwerde bei der hiesigen Instanz und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2).

2.2. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2024 erteilte die Kammer der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziff. 1) und setzte der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (Dispositiv-Ziff. 3). Im Übrigen wies die Kammer die Schuldnerin darauf hin, dass sie die Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist im Sinne der Erwägungen (Zahlungsfähigkeit) ergänzen könne (Dispositiv-Ziff. 2, act. 7).

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 10/1 – 19). Den Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren leistete die Schuldnerin fristgerecht (act. 8/1 i.V.m. act. 11). Auf die Einholung einer Beschwerdeantwort ist zu verzichten (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren

ist spruchreif. Der Gläubigerin ist mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Beschwerdeschrift zuzustellen.

3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen nach Zustellung mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Fristen, die durch eine Mitteilung ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen. Vorliegend begann die zehntägige Rechtsmittelfrist mit hin am 8. Oktober 2024 (vgl. E. 1.2.) zu laufen und endete am 17. Oktober 2024. Die am 10. Oktober 2024 überbrachte Beschwerde erfolgte somit rechtzeitig. Die Schuldnerin ist zur Beschwerde legitimiert. Dem Eintreten auf die Beschwerde steht nichts entgegen.

4.

4.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt ist (Tilgung), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist (Hinterlegung) oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat. Tilgung und Hinterlegung müssen "einschliesslich Zinsen und Kosten" vor Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt sein (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2015, Art. 174 N 10; BGE 136 III 294 E. 3.2). Zu den "Kosten" gehören auch die von der Gläubigerin vorgeschossenen Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und des Konkursamts (BGer 5A_829/2014 vom 9. Februar 2015 E. 3.3; 5A_435/2013 vom 10. Juli 2013 E. 2.1; 5A_409/2013 vom 8. Juli 2013 E. 2; BGE 133 III 687 E. 2.3). Folglich müssen auch diese Kosten von der Schuldnerin rechtzeitig sichergestellt werden, damit der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung resp. Hinterlegung gegeben ist.

4.2. Die Schuldnerin belegt, dass sie am 10. Oktober 2024 einen Betrag von Fr. 2'000.– bei der Obergerichtskasse hinterlegte (act. 6). Mit diesem Betrag ist die Konkursforderung einschliesslich Zins, Mahnspesen und Betreuungskosten von insgesamt Fr. 1'509.80 gedeckt (vgl. act. 9). Im Weiteren leistete die Schuldnerin beim Konkursamt Affoltern am Albis (nachfolgend: Konkursamt) einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.–. Das Konkursamt bestätigte, dass damit die Kosten

des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichts für die Konkursöffnung sichergestellt sind (act. 4/4). Die Schuldnerin leistete schliesslich auch den praxisgemäss als Vorschuss für das Beschwerdeverfahren verlangten Betrag von Fr. 750.– an die Obergerichtskasse (act. 11). Somit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung, nämlich die Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, erfüllt.

5.

5.1. Es 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. 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. Nach der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn die Schuldnerin in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und innert längstens zwei Jahren die bestehenden Schulden abzutragen (vgl. OGer PS240008 vom 13. Februar 2024 E. 3.4.1; PS230169 vom 22. September 2023 E. 4.1; PS230093 vom 17. Juli 2023 E. 2.1; PS140068 vom 29. April 2014 E. 2.2).

5.2. An die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden; es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (statt vieler BGer 5A_353/2022 vom 31. August 2022 E. 2.3). Es liegt an der Schuldnerin, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, ihre Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Behauptungen allein reichen nicht aus (OGer ZH PS230133 vom 17. August 2023 E. 4.1). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf dem aus den Unterlagen gewonnenen Gesamteindruck der Zahlungsgewohnheiten der Schuldnerin (BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2 m.w.H.). Wichtigstes bzw. unerlässliches Beweismittel für diese Beurteilung ist der Auszug aus dem Betreibungsregister. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung sind grundsätzlich auch Beteiligungen zu

berücksichtigen, gegen die Rechtsvorschlag erhoben wurde (zu den länger zurückliegenden vgl. OGer PS200011 vom 19. März 2020 E. 5.3.3). Die Schuldnerin ist deshalb grundsätzlich gehalten, zu jeder im Betreibungsregister nicht als erledigt aufgeführten Forderung Stellung zu nehmen (BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 3.3).

5.3. In der Praxis haben sich für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit gewisse Grundsätze und Leitlinien herausgebildet: So gilt eine Schuldnerin prinzipiell als zahlungsunfähig, wenn sie beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt (BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2 m.w.H.). Allgemein sind erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zu stellen, wenn (weitere) Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigung in Betreibungen nach Art. 43 SchKG vorhanden sind (BGer 5A_615/2020 vom 30. September 2020 E. 3.1; 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; je m.w.H.). Ebenfalls kritisch zu beurteilen ist, wenn sich ein Betrieb dadurch über Wasser halten muss, dass er öffentlich-rechtliche Forderungen, welche grundsätzlich nicht zum Konkurs führen können (vgl. Art. 43 Ziff. 1 SchKG; beachte allerdings die Revision der Gesetzesbestimmung per 1. Januar 2025) vernachlässigt (OGer ZH PS200042 vom 2. März 2020 E. 4.7; PS190168 vom 15. Oktober 2019 E. 4.5; PS180135 vom 8. August 2018 E. 2.3). Hingegen ist der Massstab bei einem ersten Konkurs in der Regel 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).

6. Die Schuldnerin macht in ihrer Eingabe geltend, aufgrund eines grossen Auftrags habe sie die vorinstanzliche Vorladung nicht gesehen und die vorinstanzliche Verhandlung verpasst. Seit ihrer Gründung würden offene Betreibungen bestehen, aber sie könne die Forderungen jeweils bar oder in Raten bezahlen. Auch die Konkursforderung hätte sie tilgen können, wenn sie vom vorinstanzlichen Verfahren gewusst hätte. Zu ihrer finanziellen Situation führt sie aus, sie erhalte monatlich Fr. 6'000.– von der D. _____ AG. Dieser Festbetrag erfolge immer Ende Monat und ohne Verzögerung (m.V.a. act. 4/6) und vor wenigen Wochen habe

der Betrag nochmals um Fr. 1'000.– erhöht werden können. Zudem würden variable Einnahmen aus Bargeschäften, Kartenzahlungen und Rechnungen bestehen (m.V.a. act. 4/7). Ihre Ausgaben seien sehr überschaubar. Aufgrund des Vertrags mit der D. _____ AG würden keine Benzinkosten anfallen, da diese durch die Tankkarte der Autohilfe gedeckt seien. Die Ausgaben würden sich einzig aus einem Anteil des Mietzinses für das Haus in der Höhe von Fr. 650.–, den Telefon- und Internetkosten und einem Betrag für die zur Verfügung gestellten Fahrzeuge zusammensetzen. Es folgen Ausführungen zu Arbeitstätigkeiten der Gesellschafterin, zum Alltag der Gesellschafter und zum Kindesunterhalt. Das Ziel sei, 2025 schuldenfrei zu sein, weshalb die vorinstanzliche Konkursöffnung ein herber Rückschlag sei.

Zum Beweis ihrer Zahlungsfähigkeit reicht die Schuldnerin zwei aktuelle, detaillierte Betreibungsregisterauszüge von sich selbst ein (act. 4/5/1 f.) sowie von ihren Gesellschaftern (act. 4/5/4 f. sowie act. 4/5/3, act. 4/5/6). Sie reicht zudem Belege zu Zahlungen der D. _____ AG aus den Jahren 2023 und 2024 (act. 4/6), zahlreiche Bankbelege zu einzelnen Transaktionen auf einem UBS Konto der Schuldnerin und zu Kartenzahlungen der Jahre 2023 und 2024 (act. 4/7) sowie eine Auflistung der monatlichen Einnahmen und Ausgaben für die Jahre 2023 und 2024 zu den Akten (act. 4/10). Sie legt zudem Kontobuchungen in Bezug auf die geltend gemachten Lohnzahlungen der E. _____ an die Gesellschafterin auf ein auf sie lautendes Privatkonto bei der ZKB und bezüglich der Kindesunterhaltszahlungen des Vaters des Kindes der Gesellschafterin auf deren ZKB-Privatkonto ins Recht (act. 4/8; act. 4/9)

7.

7.1. Wie sich den von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszügen vom 26. April 2024 entnehmen lässt, wurde sie seit ihres Bestehens bereits 22 Mal betrieben. Eine dieser Betreibungen hat die Konkursforderung zum Gegenstand, die von der Schuldnerin vollumfänglich hinterlegt wurde (vgl. E. 4.2. oben). 16 weitere Betreibungen wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt und eine Betreibung durch Zahlung an den Gläubiger erledigt. Damit sind noch drei Betreibungen über total Fr. 7'100.60 offen. Diese drei Betreibungen befinden

sich im Stadium der Konkursandrohung (vgl. act. 4/5/1 f.). Da die Schuldnerin mehrere Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung hat, werden an die Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen gestellt (vgl. E. 5.3.), worauf die Schuldnerin in der Verfügung vom 10. Oktober 2024 hingewiesen wurde (act. 7). Die Betreibungsauszüge der Gesellschafterin weisen überdies 30 Betreibungen in der Zeit von März 2021 bis Oktober 2024 und diejenigen des Gesellschafters 36 Betreibungen in den Jahren 2021 bis 2024 aus (act. 4/5/3 ff.).

7.2. Die Schuldnerin unterliess es, zu den noch offenen Betreibungen eine Stellungnahme einzureichen. Sie legte nicht dar, inwiefern sie in der Lage sei, die sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Betreibungen umgehend zu bezahlen. Aus den von ihr eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die D. _____ AG Zürich der Schuldnerin im Jahr 2024 monatlich einen Betrag zwischen Fr. 4'300.– und Fr. 6'500.– überwiesen hat. Eine Vereinbarung zwischen der Schuldnerin und D. _____ AG wurde jedoch nicht zu den Akten gereicht. Somit ist sowohl die zukünftige Leistung dieser Zahlung als auch deren Höhe nicht näher belegt und unklar. Auch reichte die Schuldnerin keine monatlichen Kontoauszüge ein, welche eine Übersicht über ihre geschäftlichen sowie über die privaten Ausgaben und Einnahmen ihrer Gesellschafter liefern könnten. Damit besteht über ihre Vermögenswerte Unklarheit. Die aufgelisteten Posten der monatlichen Ausgaben und Einnahmen (vgl. act. 4/10) blieben überwiegend unbelegt und ohne nähere Erläuterungen. Debitoren- und Kreditorenlisten sowie Belege, aus denen das aktuelle Auftragsvolumen und die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin ersichtlich wären, wurden nicht eingereicht. Ebenso fehlen Erfolgsrechnungen und Bilanzen der Schuldnerin, die Rückschlüsse auf ihre Liquidität ermöglichen. Mit den zwar zahlreich eingereichten, jedoch lückenhaften Unterlagen lässt sich kein nachvollziehbares Gesamtbild über die finanzielle Lage, insbesondere der Einnahmen und Ausgaben sowie dem Vermögen der Schuldnerin, verschaffen. Eine verlässliche Einschätzung der aktuellen und zukünftigen finanziellen Situation ist dadurch nicht möglich. Damit erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht hinreichend glaubhaft. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkurseröffnung sind somit nicht gegeben.

7.3. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde am 10. Oktober 2024 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 7), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

8. 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).

9. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Spruchgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen (Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG) und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Eine Parteienschädigung 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 über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Freitag, 25. Oktober 2024, 08.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Affoltern ZH wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Parteienschädigungen werden nicht zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 2'000.– dem Konkursamt Affoltern ZH zu überweisen.

6. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2,
- das Konkursamt Affoltern ZH,
- das Betreibungsämter Hausen a.A. ZH und Sihltal (im Urteils-Dispositiv),
- das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
- das Handelsregisteramt des Kantons Zürich (im Urteils-Dispositiv),

je gegen Empfangsschein,

- die Obergerichtskasse

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. Widmer

versandt am:
25. Oktober 2024