

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200215-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Urteil vom 17. November 2020

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____, daselbst,

gegen

C._____ AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 21. Oktober 2020 (EK200340)

Erwägungen:

1.

1.1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf eröffnete mit Urteil vom 21. Oktober 2020 (act. 3) den Konkurs über die A. _____ GmbH (nachfolgend Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 4'081.20 nebst Zins zu 5 % seit 10. April 2020 und Fr. 146.60 Betreuungskosten (= insgesamt Fr. 4'336.25; act. 10). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 2. November 2020 (act. 2) rechtzeitig (vgl. act. 7/2) Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

1.2. Nachdem letzterem Antrag mit Verfügung vom 4. November 2020 einstweilen nicht stattgegeben worden war (act. 12), wurde der Beschwerde schliesslich mit Verfügung vom 5. November 2020 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 17), da die von der Schuldnerin behauptete Sicherstellung des geschuldeten Betrags samt Zinsen und Kosten zwischenzeitlich bei der Obergerichtskasse eingegangen war. Der mit Verfügung vom 4. November 2020 einverlangte Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren wurde geleistet (act. 16/2), und die Schuldnerin hat aufforderungsgemäss (vgl. act. 12) eine aktuelle, sich auf das vorliegende Verfahren beziehende Vollmacht für ihren Vertreter, Herr B. _____, nachgereicht (act. 19).

1.3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1–7). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkungen geltend gemacht werden. Zudem können innert der Be-

schwerdefrist auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich *nach* dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG).

3. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung von Fr. 4'081.20 nebst Zins zu 5 % seit 10. April 2020 und Fr. 146.60 Betreuungskosten (= insgesamt Fr. 4'336.25; act. 10) innert der Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin sichergestellt (act. 16/1; Valutadatum vom 3. November 2020). Ferner hat sie beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 5/5). Damit ist der Konkursgründungsgrund der Hinterlegung erfüllt. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

4.

4.1. Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offenlegen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikte beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen bloss Behauptungen allein nicht. Die Schuldnerin muss ihre Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1).

Zahlungsfähig ist eine Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin,

die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvor-schlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten des Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach der 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 (vgl. etwa OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss dem von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 21. Oktober 2020 wurde die Schuldnerin seit Juli 2017 38 Mal betrieben (act. 5/6). Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 171'949.54. Davon sind 12 Betreibungen im Umfang von insgesamt Fr. 39'371.35 durch Zahlung erledigt worden; hinzu kommt die der Konkursöffnung zugrunde liegende Betreibung im Umfang von Fr. 4'081.20, die sichergestellt wurde. Zwei Betreibungen im Umfang von insgesamt Fr. 8'285.50 wurden infolge Befriedigung durch Verwertung erledigt. Vier Betreibungen im Umfang von insgesamt Fr. 16'959.15 werden als "erloschen" ausgewiesen. Damit verbleiben 19 offene Betreibungen im Umfang von insgesamt Fr. 103'252.34. Dass bestimmte Betreibungen davon (teilweise) zu Unrecht eingeleitet worden sein sollen, macht die Schuldnerin nicht geltend.

4.3. Die Schuldnerin führt aus, sie verfüge über liquide Mittel auf Bankkonten in der Höhe von insgesamt Fr. 16'395.67, die sie umgehend zur Begleichung der offenen Forderungen verwenden könne, sodass ein Restbetrag von Fr. 86'856.76 (recte: Fr. 86'856.67) resultiere (act. 2 S. 3). Die Bankguthaben sind belegt (act. 5/7-8).

4.4. Per 28. Oktober 2020 würden, so die Schuldnerin weiter, mehr oder weniger sofort verfügbare Debitorenguthaben von langjährigen Stammkunden mit guter Zahlungsmoral in der Höhe von insgesamt Fr. 34'041.46 bestehen (act. 2 S. 3; act. 15/6), was die Schuldnerin in ihrer Zwischenbilanz vom 30. September 2020 ausweist (act. 5/9). Weiter führt sie aus, dass zwar seit Juli 2020 keine Löhne mehr ausbezahlt worden seien, dass aber ein Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung pendent sei und die Löhne daraus beglichen werden können (act. 2 S. 4). Schliesslich habe sich die Auftragslage, die insbesondere im Zuge der Corona-Pandemie eingebrochen sei, in letzter Zeit erheblich verbessert. Seit dem 3. bzw. 19. Oktober 2020 habe die Schuldnerin zahlreiche neue Werkverträge für verschiedene Liefer- und Montagearbeiten (Pauschalmontagen von Küchengeräten und -möbeln) für ein Auftragsvolumen von insgesamt Fr. 163'795.15 abgeschlossen; diese Arbeiten würden sich auf einen Zeitraum zwischen November 2020 und April 2021 beziehen (act. 2 S. 4). Hinsichtlich dieser Aufträge hat die Schuldnerin Auftragsbestätigungen eingereicht (act. 5/11-13), die den Bestand entsprechender Verträge als glaubhaft erscheinen lassen.

Ferner behauptet die Schuldnerin, unmittelbar vor dem Abschluss eines Grossauftrags über die Lieferung und Montage von 87 Küchen mit einem Gesamtvolumen von Fr. 857'500.– zu stehen, der den Zeitraum von Januar bis Juli 2021 betreffe (act. 2 S. 5); diesbezüglich reicht sie eine von ihr erstellte Offerte ein (act. 5/14). Sodann führt die Schuldnerin eine Aufstellung über die zu erwartenden Kosten im Zusammenhang mit diesen Aufträgen an, wobei sie einen Gesamtgewinn von Fr. 282'609.75 (26.63 % des Auftragsvolumens) prognostiziert (act. 2 S. 5). Innert der Beschwerdefrist hat sie zudem eine weitere Auftragsbestätigung im Umfang von Fr. 106'407.60 eingereicht (act. 15/3).

4.5. Den offenen Betreibungen von Fr. 103'252.34 stehen liquide Mittel von Fr. 16'395.67 und Debitorenguthaben von Fr. 34'041.46 gegenüber, mit Bezug auf welche die Schuldnerin glaubhaft gemacht hat, dass diese innert nützlicher Frist für die Tilgung der offenen Rechnungen verwendet werden können. Angesichts der belegten neuen Aufträge im Umfang von Fr. 270'202.75 (act. 5/11-13 und act. 15/3) erscheint es als glaubhaft, dass die Schuldnerin nicht nur die aktuell

dringendsten Verpflichtungen bedienen kann, sondern innert der nächsten zwei Jahre neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können. Um den verbleibenden Restbetrag der offenen Betreibungen von Fr. 103'252.34 etwa zur Hälfte zu tilgen, würde ein Gewinn von knapp 20% auf dem belegten neuen Auftragsvolumen ausreichen, was zumindest nicht als unrealistisch erscheint. Unter Anrechnung der liquiden Mittel von Fr. 16'395.67 und der Debitorenguthaben in der Höhe von Fr. 34'041.46 liessen sich die offenen Betreibungen im Umfang der verbleibenden Hälfte begleichen. Die in der Zwischenbilanz vom 30. September 2020 (act. 5/9 S. 2) ausgewiesenen Passiven scheinen sich im Übrigen – abgesehen vom nicht unmittelbar zurückzubehaltenden Covid-Kredit (Fr. 55'000.–) – weitgehend mit den offenen Betreibungen zu decken. Insofern kann offenbleiben, ob die Schuldnerin auch den behaupteten neuen Grossauftrag im Umfang von Fr. 857'500.– glaubhaft gemacht hat.

4.6. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist nach dem Gesagten hinreichend glaubhaft gemacht, zumal gemäss dem eingereichten Betreibungsregisterauszug keine Verlustscheine und bisher auch keine Konkurse der Schuldnerin registriert sind (act. 5/6 S. 5; der hier zu beurteilende Konkurs, der am Tag der Ausstellung des Betreibungsregisterauszugs eröffnet wurde, ist dort noch nicht registriert). Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und der über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben.

5. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 21. Oktober 2020, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszubezahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr zuhanden der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 4'336.25 der Gläubigerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Regensdorf, 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

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am:
17. November 2020