

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160110-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 15. Juli 2016

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 31. Mai 2016 (EK160179)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Dielsdorf (fortan Vorinstanz) vom 31. Mai 2016 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 776.50 nebst Zins zu 5% seit 2. September 2015, Mahnkosten von Fr. 7.00 sowie Betreuungskosten von Fr. 106.60 (act. 3 = act. 6 = act. 7/5).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 10. Juni 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 7/7/1). Mit Präsidialverfügung vom 13. Juni 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin mit der Einzahlung von Fr. 1'670.10 bei der Obergerichtskasse auch bereits die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 vorgeschossen hatte (act. 4/3). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind *innert* der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig,

wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

2.2. Die Schuldnerin belegt, dass am 9. Juni 2016 Fr. 1'800.00 beim Bezirksgericht Dielsdorf und Fr. 1'670.10 bei der Obergerichtskasse einbezahlt wurden (act. 4/3; act. 4/5). Mit dem Nachweis letzterer Zahlung ist dargetan, dass die Konkursforderung samt Zinsen, Mahnkosten sowie Betreuungskosten zuhanden der Gläubigerin innert der Beschwerdefrist hinterlegt und ein Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet wurde (act. 2 S. 2 f.; act. 4/3). Im Weiteren hat die Schuldnerin mit Zahlung vom 9. Juni 2016 beim Konkursamt Niederglatt zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 800.00 sichergestellt (act. 2 S. 2; act. 4/4). Die Schuldnerin hat somit den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Nebst einem Konkursaufhebungsgrund hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb 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, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen 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). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und in- nert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Alt- lasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der eingereichten Auskunft des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt wurde die Schuldnerin im Zeitraum vom 8. Juni 2012 bis 20. Mai 2016 fünfzig Mal betrieben (act. 4/7 S. 2-3). Der Auszug über offene Betreibungen des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt vom 3. Juni 2016 weist – inklusive der Betreuung der nun be- glichenen Konkursforderung (Betreibung-Nr. ...) – noch 21 offene Betreibungen in der Höhe von rund Fr. 122'000.00 aus. Davon wurde in 9 Betreibungen der Zah- lungsbefehl zugestellt. Neben der Betreuung-Nr. ..., welche zur Konkurseröff- nung führte, kam es in 11 weiteren Betreibungen in einer Höhe von insgesamt rund Fr. 34'400.00 bereits zur Konkursandrohung (act. 4/7 S. 1).

Neben den offenen Betreibungsforderungen ergeben sich aus der von der Schuldnerin eingereichten und vom zeichnungsberechtigten Gesellschafter sowie Geschäftsführer unterzeichneten Kreditorenliste zusätzliche aktuelle Kreditoren- forderungen von rund Fr. 104'500.00 sowie eine Leasingverbindlichkeit über Fr. 65'000.00 (act. 4/8).

2.3.3. Die Schuldnerin ist seit dem 2. Dezember 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie die Fabrikation von und den Handel mit feinmechanischen Produkten und Werkzeug- maschinen (act. 4/2 = act. 5). Die Schuldnerin führt aus, die Gesellschaft sei durch Umwandlung der Einzelfirma A.\_\_\_\_\_ gegründet worden. Die Anfangsin- vestitionen zur Erneuerung sowie Modernisierung des Maschinenparks seien hoch und die Liquidität von Anfang an angespannt gewesen. Die Geschäftsjahre 2012 sowie 2013 seien sehr schwierig gewesen. C.\_\_\_\_\_, der einzige Gesell- schafter und Geschäftsführer, sei mit der Generierung und Ausführung von Auf- trägen beschäftigt gewesen. Darunter habe die ganze Administration, wie die

Rechnungsstellung, die Buchhaltung und die Kreditorenkontrolle gelitten. Betreibungen seien aufgrund dessen sowie wegen der fehlenden administrativen Fähigkeiten von C.\_\_\_\_\_ von Beginn weg an der Tagesordnung gewesen. C.\_\_\_\_\_ habe offene Forderungen zwar immer wieder beglichen, jedoch mehr und mehr den Überblick verloren (act. 2 S. 3 f.).

2.3.4. Der Umstand der bereits erfolgten Konkursandrohung in weiteren 11 Betreibungen bedingt, dass die Schuldnerin über kurzfristig abrufbare Guthaben bzw. Vermögenswerte verfügt. Andernfalls besteht die begründete Gefahr, dass nach Aufhebung der vorliegenden Konkursöffnung bereits die nächste Konkursöffnung folgt. Kurzfristig abrufbare finanzielle Mittel der Schuldnerin bestehen nur im Umfang ihres Kontoguthabens von Fr. 473.54 bei der PostFinance (act. 4/9). Die Schuldnerin macht jedoch geltend, einen Investor gefunden zu haben, welcher sich in den letzten Tagen und Wochen einen Überblick über die Finanzsituation verschafft und die Kreditorenliste erstellt habe. Der Investor und (baldige) Mitgeschäftsinhaber D.\_\_\_\_\_ werde bei Aufhebung des Konkurses Fr. 150'000.00 in die Gesellschaft einbringen und damit umgehend sämtliche Betreibungen ablösen. Er werde die Buchhaltung (nach)führen, geleistete Arbeiten verrechnen und den Eingang der Debitoren überwachen (act. 2 S. 4 f.). Auch wenn keine genauere Angaben zu den Bedingungen bzw. Voraussetzungen für die Investition durch D.\_\_\_\_\_ vorliegen, so ist die Investitionsbereitschaft von D.\_\_\_\_\_ im Umfang von Fr. 150'000.00 und seine Absicht zur künftigen Erledigung der finanziellen Belange mittels der ins Recht gereichten Investitionsbestätigung vom 9. Juli 2016 belegt (act. 4/6). Die entsprechende Leistungsfähigkeit von D.\_\_\_\_\_ ist durch den eingereichten Kontobeleg vom 9. Juni 2016 dargetan (act. 4/11). Ein unmittelbar bevorstehender Zufluss an liquiden Mitteln aus der Investition von D.\_\_\_\_\_ in einer die offenen Betreibungen übersteigenden Höhe erscheint somit glaubhaft gemacht.

2.3.5. Im Weiteren erläutert die Schuldnerin, sie habe viel zu spät bemerkt, dass sie weder einen genügenden Jahresabschluss noch verlässliche Buchhaltungsunterlagen besitze. Die Schuldnerin führt aus, dass die Umsätze im Jahr 2014 gut gewesen, im folgenden Jahr nicht zuletzt wegen der Eurokrise etwas eingebro-

chen seien. Das Jahr 2016 habe umsatzmässig aber sehr gut angefangen und die Auftragslage sei sehr erfreulich. Sie sei von zwei Mitkonkurrenten, welche ihre Betriebe geschlossen hätten, an Kunden weiterempfohlen worden und erste Aufträge hätten sich bereits angebahnt (act. 2 S. 4). Dass aktuelle Jahresabschlüsse der Schuldnerin, ein Zwischenabschluss, Buchhaltungsbelege, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre fehlen, erschwert die Liquiditätsprüfung. Die Behauptungen der Schuldnerin zur bisher guten Geschäftstätigkeit im Jahr 2016 werden jedoch durch die von ihr eingereichte, unterzeichnete Umsatzliste gestützt. Dieser ist zu entnehmen, dass die Umsatzzahlen im Januar bis Mai 2016, verglichen mit den Vorjahren 2014 und 2015, gut waren. Durchschnittlich betrug der monatliche Umsatz um die Fr. 30'000.00 (act. 4/13). Die regelmässigen finanziellen Verpflichtungen der Schuldnerin dürften sich in einem relativ bescheidenen Rahmen bewegen. Die Schuldnerin gibt an, neben C.\_\_\_\_\_ nur eine weitere Mitarbeiterin zu beschäftigen, die Fixkosten (Miete, Lohn inkl. Sozialleistungen, Leasing, Versicherungen und weitere Kosten) würden monatlich total Fr. 17'500.00 betragen (act. 2 S. 3). Die von der Schuldnerin ins Recht gereichte, unterzeichnete Debitorenliste weist sodann Debitorenforderungen in der Höhe von zirka Fr. 97'000.00 aus (act. 4/10). Es gilt zu beachten, dass nicht davon ausgegangen werden kann, der gesamte Betrag von Fr. 97'000.00 werde der Schuldnerin unmittelbar zur Schuldentilgung zur Verfügung stehen. Aus der eingereichten Debitorenliste geht nämlich hervor, dass sich darunter auch Forderungen befinden, welche bereits seit dem letzten bzw. vorletzten Jahr bestehen. Deren Bezahlung durch die Gläubiger erscheint daher fraglich und es gilt – wie die Schuldnerin selber anführt (act. 2 S. 4) – erfahrungsgemäss ein Delkredererisiko von bis zu 10% zu beachten. Es ist folglich von Debitorenforderungen in der Höhe von rund Fr. 87'000.00 auszugehen.

2.3.6. Zusammengefasst belegt die Schuldnerin, dass die noch offenen Betriebsforderungen von rund Fr. 122'000.00 durch die Investition von D.\_\_\_\_\_ von Fr. 150'000.00 gedeckt werden können. Zur Deckung der weiteren Kreditoren in der Höhe von Fr. 104'500.00 kann einerseits der überschüssende Investitionsbetrag herangezogen werden. Andererseits erscheint die Abzahlungsfähigkeit der Schuldnerin angesichts der Höhe der Debitorenforderungen von zirka

Fr. 87'000.00 als glaubhaft. Es kann von laufenden Aufträge mit einem Umsatzvolumen von rund Fr. 32'900.00 ausgegangen werden. Der bisher im Jahr 2016 erzielte durchschnittliche Monatsumsatz um Fr. 30'000.00 steht monatlichen Fixkosten (inkl. Leasingraten) von Fr. 17'500.00 gegenüber. Die Defizite der Schuldnerin in administrativen Bereichen werden durch die Mitbeteiligung und die Regelung der finanziellen Belange durch den Investor D.\_\_\_\_\_ angegangen. Vor diesem Hintergrund bestehen objektive Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin gewinnbringend tätig sein wird und nebst der Deckung ihrer aktuell dringendsten laufenden Verbindlichkeiten innert angemessener Zeit die bestehenden Schulden wird abtragen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn sich nicht ausschliessen lässt, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Sollte es jedoch diesen Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

In einer Gesamtbetrachtung erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin folglich gerade noch als glaubhaft gemacht. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des am 31. Mai 2016 über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 31. Mai 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 800.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 920.10 (= Fr. 1'670.10 – Fr. 750.00) an die Gläubigerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rüm- lang-Oberglatt, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: