

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190245-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 29. Januar 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____,

gegen

C._____ Vorsorgestiftung,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom tt. Dezember 2019 (EK190535)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit mm 2017 als GmbH im Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt die Erbringung diverser Dienstleistungen im Zusammenhang mit Fahrzeugen aller Art (vgl. act. 6). Am tt. Dezember 2019 wurde über die Schuldnerin auf Begehren der Gläubigerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin am 13. Dezember 2019 (Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 16. Dezember 2019 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, ihre Beschwerde sei noch unvollständig; sie könne diese bis zum Ablauf der Beschwerdefrist verbessern (act. 9). Die Beschwerdefrist lief unter Berücksichtigung der Betreibungsferien am 7. Januar 2020 ab. Denn der angefochtene Entscheid wurde der Schuldnerin am 5. Dezember 2019 zur Abholung gemeldet, jedoch auf der Post nicht abgeholt (act. 8/5). Da die Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung erhalten hatte (act. 8/4) und demzufolge mit Zustellungen des Gerichts rechnen musste, gilt er gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch, d.h. am 12. Dezember 2019, als zugestellt.

1.3. Mit Eingabe vom 6. Januar 2020 (Poststempel) teilte die Gläubigerin mit, die Konkursforderung sei am 30. Dezember 2019 vollumfänglich beglichen worden; sie bitte daher darum, das Verfahren einzustellen (act. 13). Ebenfalls am 6. Januar 2020 (Poststempel) reichte die Schuldnerin weitere Ausführungen sowie Beilagen zur Zahlungsfähigkeit ein (act. 16; act. 17/1-11).

1.4. Mit Verfügung vom 9. Januar 2020 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 18). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-5). Der für das Beschwerdeverfahren verlangte Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (act. 17/2). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Konkursöffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 139 III 491).

2.2. Wie erwähnt ersuchte die Gläubigerin am 6. Januar 2020 darum, das Konkursverfahren einzustellen, nachdem die Schuldnerin die Forderung beglichen hatte (act. 13). Damit wurde der Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts innert der Beschwerdefrist nachgewiesen (Art. 172 Abs. 2 Ziff. 3). Die Schuldnerin belegt ausserdem, am 12. Dezember 2019 beim Konkursamt Niederglatt Fr. 750.– für die Kosten des Konkursverfahrens sichergestellt zu haben (act. 5/2). Anders als bei den Konkurshinderungsgründen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG ist dies beim Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts indes keine Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses (vgl. z.B. OGer ZH PS120091 vom 31. Mai 2012 E. 4).

2.3. 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 Forderungen 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 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 E. 2.3).

2.3.1. Der eingereichte Betreibungsregisterauszug weist seit November 2017 insgesamt 21 betreibungsrechtliche Ereignisse mit einer Forderungssumme von Fr. 42'172.65 aus. Diese betreffen grösstenteils Forderungen für Sozialabgaben, Versicherungsprämien und Steuern. Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/3). Frühere Konkursöffnungen sind dem Handelsregisterauszug nicht zu entnehmen (act. 8). Elf Beteiligungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 21'198.60 wurden durch Zahlung an den Gläubiger oder das Betreibungsamt erledigt (act. 5/3). Die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung wurde ebenfalls beglichen (E. 2.2.). Dass die Schuldnerin mittlerweile einen Teil ihrer Beteiligungsschulden abtragen konnte, darf als Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (statt vieler: OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). Nach wie vor offen sind Beteiligungen aus dem Jahr 2019 über Forderungen von insgesamt Fr. 14'840.45 (act. 5/3). Gemäss der unterzeichneten "Kleinen Bilanz", bei welcher es sich im Wesentlichen um eine Aufstellung der Kreditoren und Debitoren handelt, bestehen darüber hinaus aktuell keine weiteren offenen Schulden (act. 17/10).

2.3.2. Die Schuldnerin macht geltend, die Ausstände mit den vorhandenen Mitteln begleichen zu können (act. 16 S. 1). Gemäss Kontoauszug des Firmenkontos bei der D._____ Bank vom 6. Januar 2020 verfügte sie per 31. Dezember 2019 über ein Guthaben von rund Fr. 22'300.– (act. 17/6). Belegt sind ausserdem drei noch offene Debitoren im Betrag von rund Fr. 2'300.–. Die entsprechenden Rechnungen wurden im Dezember 2019 gestellt (act. 5/4; act. 17/10). Zugunsten der Schuldnerin kann davon ausgegangen werden, die entsprechenden Zahlungen würden demnächst eingehen. Damit sind die noch offenen Schulden zwar aktuell durch die flüssigen Mittel gedeckt. Es fällt aber auf, dass der Kontoauszug, welcher den Zeitraum 26. November 2019 bis 31. Dezember 2019 umfasst, keinerlei

Zahlungen für laufende Kosten wie insbesondere Löhne für die beiden Angestellten (siehe act. 16 S. 2) oder Miete aufweist (vgl. act. 17/6; zu den Kosten auch E. 2.3.4.). Da die Schuldnerin keine weiteren Konten nennt, ist davon auszugehen, diese wohl bereits fälligen Beträge wären vom erwähnten Kontoguthaben zu bezahlen. Es ist damit unbekannt, welcher Betrag genau zur Schuldentilgung zur Verfügung steht. Jedenfalls ist nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass genügend Mittel vorhanden sind, um die Ausstände unmittelbar zu begleichen.

2.3.3. Im Übrigen liegen über die finanzielle Lage der Schuldnerin sowie den allgemeinen Gang ihrer Geschäfte praktisch keine Informationen vor. Insbesondere wurden dem Gericht trotz entsprechender Aufforderung weder eine (Zwischen-)Bilanz noch eine Erfolgsrechnung oder Steuerunterlagen eingereicht. Die Schuldnerin erläutert, man habe zu Beginn sehr viel Energie und Zeit in das Start-Up-Unternehmen gesteckt, dabei jedoch die Administration vernachlässigt. Aufgrund persönlicher Differenzen habe man zudem per 1. Januar 2020 den Buchhalter wechseln müssen. Der neue Buchhalter sei zuversichtlich, bis spätestens Ende März 2020 die Geschäftsjahre 2017-2019 abschliessen zu können. Man habe ausserdem vereinbart, mindestens einmal monatlich gemeinsam die Finanzunterlagen zu bearbeiten, um in Zukunft den finanziellen Überblick zu behalten (act. 16 S. 2). Auch für diese Angaben liegen keine Belege vor. Weshalb seit der Gründung vor über dreieinhalb Jahren nie ein Jahresabschluss erstellt wurde, ist nicht nachvollziehbar, zumal die Schuldnerin als GmbH gesetzlich dazu verpflichtet ist und offenbar auch eine Buchhalterin dafür eingestellt war (act. 16 S. 2; Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR). Wenn die Schuldnerin versichert, Massnahmen zur Verbesserung der Administration getroffen zu haben, änderten diese Massnahmen nichts daran, dass dem Gericht heute alle Unterlagen fehlen, die über den bisherigen Geschäftsgang und den Gewinn oder Verlust der letzten Jahre etwas aussagen würden. Ob solche überhaupt vorhanden sind, kann daher offen bleiben.

2.3.4. Aufgrund der eingereichten Auftragsformulare darf angenommen werden, die Schuldnerin habe weitere Aufträge in Aussicht. Zehn Aufträge über einen Gesamtbetrag (Kostenvoranschlag) von Fr. 46'000.– sind von Kunden unterzeichnet,

wobei alle vom Dezember 2019 sowie vom selben Kunden stammen, bei welchem es sich gemäss Angaben der Schuldnerin um ihren Hauptkunden handelt (act. 17/9-10). Die Debitorenaufstellung ("Kleine Bilanz") zeigt, dass im November und Dezember 2019 diversen Kunden Rechnung gestellt werden konnte (act. 5/4; act. 17/10). Es ist dadurch zwar glaubhaft, dass die Schuldnerin Aufträge erhält und Einnahmen generieren kann. Allerdings wäre von den zu erwartenden Zahlungseingängen zunächst der Aufwand abzuziehen, wodurch sich der Gewinn reduziert. Mangels entsprechender Unterlagen ist jedoch unbekannt, mit welchem Aufwand namentlich für Personal, Material, Miete, Steuern oder Versicherungen die Schuldnerin zu rechnen hat. Die eingereichten Auftragsbestätigungen allein erweisen sich daher für die Beurteilung der künftigen finanziellen Situation als nicht aussagekräftig.

2.3.5. Dasselbe gilt, wenn die Schuldnerin ausführt, sie habe den Einfluss ihrer Lohnangaben auf die Höhe der Abgaben für Vorsorge, Sozialversicherungen und Versicherungsprämien unterschätzt. Die Abgaben hätten auf zu hohen Schätzungen beruht. Per 2020 würden diese den tieferen realen Lohnangaben entsprechen (act. 16 S. 2). Diese Darstellung wird nur dadurch gestützt, dass die Gläubigerin der Schuldnerin für die Abrechnungsperiode Juli bis Dezember 2019 eine Gutschrift im Umfang von rund Fr. 3'700.– gewährte (act. 11-12/1; act. 17/4). Es ist jedoch auch hier unbekannt, wie viel die entsprechenden Ausgaben aktuell betragen und inwiefern sich eine Reduktion auswirkt. Darüber hinaus ist mit Bezug auf die Aufwandseite einzig belegt, dass die Schuldnerin seit März bzw. Juni 2019 einen Teil ihrer Gewerbefläche untervermietet (act. 17/7-8). Wie erwähnt fehlt aber ein Beleg zu den gesamten Mietkosten der Schuldnerin. Bei einem der Untermieter handelt es sich zudem um B._____ Spezialwerkzeuge und Schärferei, in deren Namen B._____ unterzeichnet, bei dem es sich gleichzeitig auch um den Gesellschafter und Hauptmitarbeiter der Schuldnerin handelt. Der darin vereinbarte Mietzins von Fr. 500.– wurde dem Konto der Schuldnerin seit Ende November 2019 nicht gutgeschrieben (act. 17/6). Dass die Schuldnerin tatsächlich entsprechende Zahlungen erhält, ist unter diesen Umständen nicht glaubhaft. Schliesslich blieben auch die Ausführungen der Schuldnerin zum erwarteten Umsatz aus dem Tagesgeschäft, zur Ausbildung der beiden Mitarbeiter als Oldtimer Restauratoren

sowie zu einer anstehenden Zusammenarbeit mit der E._____ GmbH unbelegt (vgl. act. 2 S. 2 f.; act. 16 S. 2 f.); insbesondere lassen sich der zu Letzterem eingereichten E-Mail keine konkreten Angaben entnehmen (act. 17/11). Es fehlen somit auch diesbezüglich objektive Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Angaben.

2.3.6. Damit ergeben die eingereichten Unterlagen kein hinreichendes Bild über die finanzielle Lage der Schuldnerin. Eine verlässliche Einschätzung der aktuellen und zukünftigen Situation ist dadurch nicht möglich. Die Schuldnerin vermochte damit nicht glaubhaft zu machen, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, um ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Mittwoch, tt. Januar 2020, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Niederglatt wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 16, 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 Rümlang-Oberglatt, 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. S. Kröger

versandt am: