

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 13. Februar 2020

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ Sammelstiftung,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. _____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Januar 2020 (EK192175)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 15. Januar 2020 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 12'804.25 nebst 5 % Zins seit 23. Januar 2019 zuzüglich Fr. 351.90 Betreuungskosten, total Fr. 13'782.35, den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Dagegen erhob diese mit Eingabe vom 27. Januar 2020 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Einreichung der Beschwerde belegt die Schuldnerin, dass sie die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten, total Fr. 13'822.15 (also Fr. 39.80 zu viel), inzwischen bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 5/15). Damit liegt der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Zudem stellte die Schuldnerin mit der Zahlung von Fr. 1'800.– rechtzeitig die Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz sicher, weshalb der Beschwerde mit Verfügung vom 29. Januar 2020 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 5/17, act. 10). Ferner leistete sie bei der Obergerichtskasse einen Vorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren (act. 5/18).

4. Nebst dem Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Die Schuldnerin verlegte ihren Sitz im November 2017 von D. _____ nach Zürich (act. 5/2, act. 2 S. 7), weshalb sie einen Beteiligungsregisterauszug aus beiden Beteiligungskreisen einreichte (act. 5/13-14). Im Auszug des Beteiligungsamtes D. _____ sind im Zeitraum vom 27. Januar 2015 bis zum 27. Januar 2020 weder Beteiligungen noch Verlustscheine registriert (act. 5/14). Gemäss der Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes Zürich 11 (act. 5/13) wurden seit dem Zuzug der Schuldnerin am 7. November 2017 bis zum 16. Januar 2020 13 Beteiligungen eingeleitet, wovon zwei durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen innert dieser Zeit sowie der Umstand, dass es zweimal zur Konkursandrohung und in vier Fällen zur Pfändung gekommen ist, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde die dem aktuellen Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Beteiligung Nr. 1) inzwischen bei der Gerichtskasse hinterlegt. Damit sind noch zehn Beteiligungen von total knapp Fr. 35'800.– offen. In den Beteiligungen Nr. 2, 3, 4 und 5 – anstelle der letzteren nennt die Schuldnerin die Beteiligung Nr. 6, die allerdings erst eingeleitet ist – laufen Pfän-

dungen. Gemäss Angaben der Schuldnerin wurde der auf den 20. Januar 2020 angesetzte Pfändungsvollzug infolge der Konkursöffnung abgesagt. Nach Aufhebung des Konkursdekretes werde sie wie bisher Ratenzahlungen leisten. Sollten Ratenzahlungen nicht möglich sein, werde sie die entsprechenden Ausstände zuzüglich der eben erwähnten Betreuung Nr. 6 nach Eingang der ersten Akontozahlung aus dem am 17. Januar 2020 mit der E._____ Schweiz AG abgeschlossenen Subunternehmer-Werkvertrag über Fr. 91'545.– begleichen (hierzu nachfolgend lit. b; zum Ganzen act. 2 S. 8 f., act. 5/16). Da die Schuldnerin es unterliess, bereits geleistete Raten zu belegen oder mindestens zu beziffern, sind diese fünf Betreibungen allesamt als offen zu betrachten. Dasselbe gilt auch für die restlichen fünf Betreibungen: Hierzu erklärt die Schuldnerin, sie werde diese Forderungen unverzüglich nach der Erteilung der aufschiebenden Wirkung vom Geschäftskonto mit einem Saldo von über Fr. 30'000.– bezahlen (act. 2 S. 8 ff.). Damit verbleiben gegenwärtig offene in Betreuung gesetzte Forderungen von rund Fr. 35'800.–.

b) Die Schuldnerin führt Bauarbeiten aller Art, namentlich sanitäre Installationen in Neu- und Umbauten, aus (act. 5/2). Nebst ihrem Gesellschafter und Geschäftsführer A._____ beschäftigt sie derzeit drei weitere Mitarbeiter. Es sind dies die beiden Sanitärinstallateure F._____ und G._____ zu je 100 % sowie H._____ im Stundenlohn (act. 2 S. 4, act. 5/5-7). Gemäss Einvernahme-Protokoll des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 17. Januar 2020 wurden G._____ im Dezember 2019 nur Fr. 2'300.– anstelle der vertraglich geschuldeten und Anfang Dezember auch überwiesenen Fr. 4'500.– entrichtet. Es ist somit ein Restbetrag von Fr. 2'200.– ausstehend, wobei offenbar die vereinbarten Spesen einerseits und die Sozialabgaben andererseits bislang unberücksichtigt blieben (act. 2 S. 5, act. 5/4 S. 8, act. 5/9). Weitere Kreditoren liegen nach Angaben der Schuldnerin nicht vor (act. 2 S. 6, act. 5/10). Die Schuldnerin erklärt, die Jahresabschlüsse 2018 und 2019 seien wegen Abwesenheit des Treuhänders nicht greifbar bzw. noch nicht erstellt (act. 2 S. 5). Der eingereichte Abschluss 2017 ist mangels Aktualität kaum aussagekräftig, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Per Ende 2017 sind nebst Personalverbindlichkeiten vor allem Mehrwertsteuerschulden in Höhe von Fr. 14'400.– bilanziert. Diese dürften nicht mehr bestehen, wurden doch

in den letzten Jahren keine Betreibungen für Steuerforderungen angehoben. Somit ist von offenen Verbindlichkeiten von rund Fr. 38'000.– auszugehen. Dies deckt sich mit den im Einvernahme-Protokoll aufgelisteten Schulden von Fr. 48'000.–, wenn man die nunmehr hinterlegte Konkursforderung von Fr. 13'000.– in Abzug bringt (act. 5/4 S. 8). Demgegenüber nennt die Schuldnerin als einzige namhafte Debitorin die E. _____ Schweiz AG, eine kapitalkräftige Generalunternehmerin, für die sie (die Schuldnerin) als Subunternehmerin tätig sei. Weder entstünden ihr deshalb Materialkosten noch müsse sie Bestellungen vornehmen. Sie verweist auf einen am 17. Januar 2020 abgeschlossenen Vertrag über Fr. 91'545.– für Sanitärarbeiten in der I. _____. In den ersten Wochen des Jahres 2020 habe sie bereits für Fr. 12'000.– Arbeiten ausgeführt, die aber noch nicht fakturiert seien (act. 2 S. 6, act. 5/10-12). Auch ohne ausgestellte Rechnungen erscheint indes glaubhaft, dass die Schuldnerin in den nächsten Monaten aus dem erwähnten Subunternehmervertrag mit regelmässigen grösseren Akontozahlungen rechnen kann. Darüber hinaus sind gemäss dem Einvernahme-Protokoll bis Ende Februar 2020 von der E. _____ Schweiz AG weitere Zuflüsse von ca. Fr. 33'000.– zu erwarten (act. 5/4 S. 4). Hingegen sind die Forderungen der Schuldnerin gegenüber ihrem Gesellschafter, die sich Ende 2017 auf Fr. 43'000.– beliefen (vgl. Aktionärskontokorrent und Gesellschafterkonto in act. 5/8), nicht zu berücksichtigen, da weder über den aktuellen Stand noch über deren Einbringlichkeit Näheres bekannt ist. Das Konto der Schuldnerin bei der Zürcher Kantonalbank wies per 23. Januar 2020 einen Saldo von Fr. 30'890.16 aus, wobei die eben erwähnten Fr. 33'000.– der E. _____ Schweiz AG grösstenteils bereits eingegangen sind (act. 5/9). Damit liegen zu erwartende Guthaben und flüssige Mittel von rund Fr. 124'000.– vor, welche die Verbindlichkeiten klar zu decken vermögen.

Stellt man gestützt auf die Bilanz 2017 dem Fremdkapital die Aktiven gegenüber, so ergibt sich eine Deckung. Eine Überschuldung lag somit zumindest damals nicht vor. Wie es sich heute verhält, ist unbekannt. Dennoch scheint aufgrund der dargelegten Verhältnisse die Möglichkeit der Schuldnerin, ihre Schulden in absehbarer Zeit abzubauen sowie in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als gegeben. Zwar erwirtschaftete sie im Jahr

2017 einen geringen Verlust von Fr. 6'735.– (act. 5/8), eine Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Lage zeichnet sich insbesondere mit Blick auf den erwähnten lukrativen Subunternehmervertrag aber ab. Nach eigenen Angaben konnte sie ihren Umsatz von Fr. 113'000.– im Jahr 2017 auf Fr. 210'000.– im Jahr 2019 steigern (act. 2 S. 5), was angesichts der im Kontoauszug 2019 verzeichneten regelmässigen Zahlungseingänge plausibel erscheint (act. 5/9). Massgebend ist somit, dass die Schuldnerin über eine gute Auftragslage verfügt und relevante Einnahmen erzielt. Demgegenüber darf von vergleichsweise tiefen und voraussehbaren Kosten ausgegangen werden. Denn nach Angaben der Schuldnerin resultiert mehr als 70 % ihres Umsatzes aus der Zusammenarbeit mit der E._____ Schweiz AG (act. 2 S. 6), wofür sie wie gesehen kein Material beschaffen bzw. (vor-)finanzieren muss. Schliesslich ist zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass sie mit Blick auf das Beschwerdeverfahren innert Kürze rund Fr. 16'000.– aufzubringen vermochte.

c) Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin.

6. 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 angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Januar 2020 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Die Kasse des Obergerichtes wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 13'822.15 der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– 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 auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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. S. Bohli Roth

versandt am:
13. Februar 2020