

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200177-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 21. September 2020

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Fürsprecher lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ Verband Schweiz,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 1. September 2020 (EK200283)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist eine seit dem tt.mm.1995 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene GmbH. Sie bezweckt den Handel mit Neu- und Occasionswagen sowie mit Autozubehör aller Art und den Betrieb von Reparaturwerkstätten für Fahrzeuge (vgl. act. 6). Der mit Urteil vom 6. November 2018 eröffnete Konkurs über die Schuldnerin wurde mit Entscheid des Obergerichts Zürich vom 19. Dezember 2018 wieder aufgehoben (vgl. OGer ZH PS180221). Mit Urteil vom 1. September 2020 eröffnete das Bezirksgericht Dietikon erneut den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung des B._____ Verbands Schweiz von Fr. 450.– nebst 5 % Zins seit 11. März 2020 und Betreuungskosten von Fr. 81.60 (vgl. act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 10. September 2020 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2 und 7/7). Mit Verfügung vom 10. September 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 9). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (vgl. act. 5/2/1). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen voll-

ständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2. Die Schuldnerin hat mit Überweisung vom 10. September 2020 für die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Betreibungskosten einen Betrag von Fr. 6'250.– beim Obergericht hinterlegt (vgl. act. 5/2/2; Fr. 5'707.65 zu viel; vgl. act. 8). Weiter hat die Schuldnerin am 2. September 2020 beim Konkursamt Höngg-Zürich Fr. 2'500.– sichergestellt. Gemäss Bestätigung des Konkursamts reicht dieser Betrag zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung (vgl. act. 5/3). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen. Ausserdem hat der Gläubiger dem Obergericht mit Eingabe vom 10. September 2020 mitgeteilt, er würde auf die Durchführung des Konkurses verzichten, wenn der hinterlegte Geldbetrag seine Forderung vollumfänglich decke (vgl. act. 11). Damit ist auch der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG nachgewiesen.

2.3.

2.3.1. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursan-

drohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Engstringen vom 8. September 2020 (act. 5/6/1) sind neben der Konkursforderung und den bezahlten bzw. erloschenen Forderungen zwei weitere Forderungen aufgeführt, bei denen kein Anspruch der Gläubiger mehr besteht (Betreibung-Nr. 1, vgl. act. 5/6/2, sowie Betreibung-Nr. 2, vgl. act. 5/13).

Im Betreibungsregisterauszug werden weiter die folgenden vier älteren Forderungen aufgeführt, bei denen die Schuldnerin jeweils Rechtsvorschlag erhoben hat und deren genaue Höhe sich aus dem E-Mail des Betreibungsamtes vom 8. September 2020 ergibt (vgl. act. 5/6/1 und act. 5/6/2): Die Forderung von C._____ in Höhe von Fr. 244'186.50, für welche die Betreibung am 3. Mai 2016 eingeleitet wurde und bei welcher es gemäss Schuldnerin eine gütliche Einigung gab; weiter die Forderung von D._____ in Höhe von Fr. 922.25, für welche die Betreibung am 30. Januar 2018 eingeleitet wurde und bei welcher es gemäss Schuldnerin ebenfalls eine gütliche Einigung gab, sowie schliesslich die beiden Forderungen der E._____ AG in Höhe von Fr. 21'105.55 und Fr. 21'038.10, für welche die Betreibungen am 19. und 25. Juli 2018 eingeleitet wurden und die von der Schuldnerin bestritten werden (vgl. act. 2 S. 16 f.). Zwar reicht die Schuldnerin keine Belege über gütliche Einigungen bzw. über den Nichtbestand der Forderungen ins Recht. In Anbetracht des Umstandes, dass die Betreibungen im Zeitraum vom 3. Mai 2016 bis 25. Juli 2018 erhoben wurden, und unter Berücksichtigung, dass gemäss Aussagen der Schuldnerin keine Gerichtsverfahren stattgefunden haben (vgl. act. 2 S. 17), kann jedoch davon ausgegangen werden, dass diese Forderungen nicht mehr geltend gemacht werden. Die Frist zur Fortsetzung der

Betreibung wäre jedenfalls, vorausgesetzt dass kein Gerichtsverfahren eingeleitet worden ist, erloschen (vgl. Art. 88 SchKG).

Schliesslich werden im Betreibungsregisterauszug bzw. im E-Mail des Betreibungsamts zwei neuere Forderungen aufgeführt: Die Forderung der F. _____ AG in Höhe von Fr. 6'183.90 (Betreibungsdatum 23. Oktober 2019) sowie die Forderung der G. _____ Service (Schweiz) AG in Höhe von Fr. 286.35 (Betreibungsdatum 13. Juli 2020; vgl. act. 5/6/1 und act. 5/6/2). Auch in diesen beiden Fällen hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben; im ersten Fall verlange die Gläubigerin u.a. zu viel Werklohn, im zweiten Fall liege eine Fehllieferung im Streit (vgl. act. 2 S. 17). Diese beiden Forderungen sind hier als offene Schulden zu berücksichtigen. Hinzu kommen Kreditoren in der Höhe von Fr. 13'475.- (vgl. act. 5/5/1 und act. 5/5/2 [Rechnungsnummer ... über ca. Fr. 1'185.- ist in Kreditoren-Liste nicht aufgeführt]).

Demgegenüber stehen Debitoren von Fr. 60'682.31 (vgl. act. 5/4/1 und act. 5/4/2), der zu viel hinterlegte Betrag von Fr. 5'707.65 (vgl. act. 5/2/2) sowie ein Guthaben bei der ZKB von Fr. 15'633.87 per 8. September 2020 (vgl. act. 5/7/2). Beim Guthaben der WIR Bank liegt nur ein Beleg über das Guthaben von Fr. 1'923.30 per 31. Juli 2020 vor (vgl. act. 5/7/1), das aktuelle Guthaben bleibt unklar. Das angebliche Kreditkarten-Guthaben der Schuldnerin bei MyPos von Fr. 5'613.74 ist mit dem eingereichten Beleg nicht glaubhaft gemacht, da eine Zuordnung zur Schuldnerin nicht möglich ist (vgl. act. 5/7/3).

2.3.3. In den Jahren 2018 und 2019 gab es lediglich Gewinne von Fr. 1'223.84 bzw. Fr. 178.83 (vgl. act. 5/10/1). Gemäss Schuldnerin war der Gewinn 2019 so tief, weil einige restaurierte Oldtimer in Arbeit gewesen, aber noch nicht beendet worden seien. Der Gewinn werde folglich später realisiert (vgl. act. 2 S. 21). Dass es bei den Gewinnen tatsächlich grosse Schwankungen gibt, zeigt sich bei Betrachtung des Jahres 2017: damals wurde ein Gewinn von Fr. 390'693.92 erwirtschaftet (vgl. act. 5/9/1). Gemäss Schuldnerin repariere sie aktuell mehrere Oldtimer, sie verfüge über ausreichend Arbeitsvorrat. Ein Alfa Romeo ... [Modell 1] stehe kurz vor der Fertigstellung, sodann würden aktuell ein Fiat ... [Modell 2] und ein Alfa-Romeo ... [Modell 3] restauriert. Weiter gebe es diverse Werkaufträge:

ein Citroen mit Heckschaden, ein Hyundai i20 mit Heckschaden und ein Hyundai i10 mit Frontschaden vorne links. Hinzu kämen diverse Kleinaufträge im Rahmen des Tagesgeschäfts. Aktuell lägen Forderungen aus noch nicht abgeschlossenen Werkarbeiten und Verkäufen im Betrage von Fr. 54'000.– vor. Zudem fange demnächst die Saison mit den Winterreifen an (vgl. act. 2 S. 13 f. und act. 5/4/3).

Die Schuldnerin erklärt in ihrer Beschwerde, die ältere Buchhalterin, deren Lebenspartner an Krebs leide, habe während der Corona-Pandemie nicht mehr arbeiten wollen, weswegen das Arbeitsverhältnis auf ihren Wunsch aufgelöst worden sei. Vom Monat März 2020 bis September 2020 habe die Schuldnerin keinen Mitarbeiter in der Buchhaltung mehr besessen. Während des Lockdowns habe es in vielerlei Hinsicht einen zeitlichen Mehraufwand gegeben, so dass der Wegfall der Buchhaltung und deren wöchentliche Arbeit nicht mehr einfach durch den Geschäftsführer der Schuldnerin habe kompensiert werden können. Werkarbeiten seien laufend geleistet worden, doch seien das Rechnungstellen und das Rechnungszahlen vernachlässigt worden. Zwischenzeitlich habe man eine neue Buchhaltung finden können. Die Vorladung betreffend Konkurseröffnung sei in den Händen des Geschäftsführers gelegen, der wegen eines Kunden den Termin beim Gericht verpasst habe, um dort alles der Gerichtskasse zu bezahlen (vgl. act. 2 S. 10 f. und S. 22). Wie es sich damit verhält, kann hier offen bleiben.

2.3.4. Im Ergebnis ist von zwei aktuellen bestrittenen Forderungen gemäss Betriebsregistrauszug von total Fr. 6'470.25 und Kreditoren von Fr. 13'475.– auszugehen, denen Guthaben von total Fr. 21'341.52 sowie Debitoren von Fr. 60'682.31 gegenüberstehen. Sodann ist glaubhaft, dass die Auftragslage bzw. der Geschäftsgang im grünen Bereich liegt, auch wenn die Gewinne in den letzten beiden Jahren tief waren. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Schuldnerin ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen künftig wird befriedigen können. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich als glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

2.4. Die Beschwerde der Schuldnerin ist folglich gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 1. September 2020 ist aufzuheben und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

3.

Zu beachten ist vorliegend, dass der Rückzug des Konkursbegehrens durch den Gläubiger *nach* Konkurseröffnung (vgl. E. 2.2) nicht als Klagerückzug im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO verstanden werden kann, da der Konkurs dennoch nur dann aufgehoben werden kann, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Auch kann der Erfolg der Schuldnerin im vorliegenden Rechtsmittelverfahren nicht als Unterliegen des Gläubigers gewertet werden. Vielmehr rechtfertigt es sich in dieser Konstellation, die Kosten beider Instanzen sowie die allenfalls bereits beim Konkursamt angefallenen Kosten der Schuldnerin aufzuerlegen, hat sie doch durch ihr Zahlungsverhalten das Verfahren veranlasst. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 1. September 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 vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'900.– (Fr. 2'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 6'250.– dem Gläubiger Fr. 542.35 und der Schuldnerin (bzw. dem Rechtsvertreter der Schuldnerin auf dessen Postkonto ...: Advokaturbüro H._____, Fürsprecher lic. iur. X._____, Konto Klientengelder, ... Zürich, IBAN ..., BIC=SWIFT: ... Swiss Post – PostFinance, ... [Adresse]) Fr. 5'707.65 auszubezahlen. Vorbehalten bleibt ein allfälliges Verrechnungsrecht.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hönegg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Engstringen, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:
22. September 2020