

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200243-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 9. März 2021

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B._____ Berufsbeitrag des ...-gewerbes,

Gläubiger und Beschwerdegegner

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. Dezember 2020 (EK200370)

Erwägungen:

1.1 Mit Urteil vom 1. Dezember 2020 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (fortan Vorinstanz) für eine Forderung von Fr. 222.– zzgl. 5% Zins seit 1. Dezember 2018, Fr. 13.30 Zustellkosten und Fr. 90.60 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin; act. 7/11 = act. 6).

1.2 Dagegen erhob C._____, Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Schuldnerin mit Einzelzeichnungsberechtigung (act. 5), am 8. Dezember 2020 Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/1-8).

1.3 Mit Verfügung der Kammer vom 10. Dezember 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. In selbiger Verfügung wurden der Schuldnerin die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung erläutert (Art. 174 Abs. 2 SchKG) und sie wurde darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzen könne. Gleichzeitig wurde der Schuldnerin Frist angesetzt, um für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.– zu bezahlen (act. 9).

1.4 In der Folge reichte die Schuldnerin zahlreiche weitere Unterlagen ein (act. 11/1-8), zu welchen sie keinerlei Ausführungen machte. Der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (act. 10/1 und act. 12).

1.5 Nach Eingang der vollständigen erstinstanzlichen Akten (vgl. act. 7 und act. 13) wurde ersichtlich, dass die vorinstanzliche Zustellung des Konkursurteils an die Schuldnerin gescheitert war (vgl. act. 13, act. 12/5 = act. 14), ohne dass die Schuldnerin mit einer Zustellung hätte rechnen müssen. Mit Verfügung der Kammer vom 14. Januar 2021 wurde die formelle Zustellung des vorinstanzlichen Konkursentscheids vom 1. Dezember 2020 nachgeholt, mit dem Hinweis, dass die Frist zur Ergänzung der Beschwerde gegen den Konkursentscheid mit dieser

Zustellung ausgelöst werde. Die Verfügung wurde der Schuldnerin am 25. Januar 2021 zugestellt (act. 16/1). Die Rechtsmittelfrist ist ungenutzt verstrichen.

2. 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung betreffen die Forderung samt Zinsen und Kosten. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs-Hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Die Schuldnerin hat mittels Abrechnung des Betreibungsamtes Rüm- lang-Oberglatt belegt, am 8. Dezember 2020 die Konkursforderung inkl. Zinsen und Kosten im Umfang von total Fr. 385.60 bezahlt zu haben (act. 4/2). Weiter hat die Schuldnerin gemäss Bestätigung des Konkursamtes Niederglatt vom 8. Dezember 2020 die Kosten des Konkursgerichtes (Vorinstanz) und die aufgelaufenen Kosten des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 500.– sichergestellt (act. 4/1). Damit ist die erste Voraussetzung für die Aufhebung der Konkursöffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG erfüllt und bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit – d.h. innert etwa zwei Jahren – 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. Wie die Zahlungsfähigkeit im Einzelfall glaubhaft gemacht werden muss, lässt sich nicht allgemein sagen, da es auf die konkreten Verhältnisse ankommt.

4.2 In der Beschwerdeschrift vom 8. Dezember 2020 machte die Schuldnerin geltend, die Konkursöffnung sei Folge einer Unachtsamkeit. Aufgrund der schwangerschaftsbedingten Abwesenheit der Geschäftsführerin C. _____ sei der Betrieb mit der Erledigung administrativer Aufgaben in Rückstand geraten. Zur Zahlungsfähigkeit wurde einzig ausgeführt, es bestehe ein offener Debitorenstand gegenüber zwei Kunden in Höhe von ca. Fr. 110'000.–. Sodann wurde ohne weitere Ausführungen auf die Pandemie sowie die "Problematik mit Kurzarbeit, etc." verwiesen (act. 2). Zu den eingereichten Unterlagen (insbesondere Bilanz und Erfolgsrechnung für die Periode tt.mm.2018 bis 31. Dezember 2019 [act. 4/3-4 = act. 11/5], Auszug Bilanz und Erfolgsrechnung für die Periode Januar bis November 2020 [act. 11/1], Auszüge aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt vom 8. und 18. Dezember 2020 [act. 4/5 und act. 11/6/2], Schreiben betr. Ratenvereinbarungen [act. 4/6 und act. 11/2/1-3], Rechnungen für laufende und abgeschlossene Arbeiten [act. 4/7/1-2 und act. 11/7-8] sowie Kontoauszüge des auf die Schuldnerin lautenden Kontokorrentes bei der Raiffeisenbank D. _____ für die Periode 1. Januar bis 17. Dezember 2020 [act. 4/8 und act. 11/3]) machte die Beschwerdeführerin keine Ausführungen.

4.3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 2 aus dem Register des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt vom 18. Dezember 2020 (act. 11/6/2) wurden im Zeitraum Juli 2019 (die Schuldnerin wurde am tt.mm.2018 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, act. 5) bis Oktober 2020 21 Beteiligungen im Gesamtbetrag von knapp Fr. 55'000.– gegen die Schuldnerin eingeleitet. Wie viele Beteiligungen gegen die Schuldnerin zwischen deren Eintragung im Handelsregister und der Ende Juni 2019 erfolgten Sitzverlegung von Birmensdorf nach Oberglatt erfolgten, ist mangels Auszug aus dem Register des Betreibungsamtes Birmensdorf nicht ersichtlich. Auffällig ist indes, dass

der erste Eintrag im Register des Betreibungsamtes Rümlang-Oberglatt innerhalb weniger Wochen nach der Sitzverlegung erfolgte, weshalb zumindest gut möglich erscheint, dass es bereits vor der Sitzverlegung zu Betreibungen gekommen ist. Sechs der Betreibungsforderungen im Umfang von total ca. Fr. 6'430.– wurden bezahlt (inkl. der vorliegenden Konkursforderung) und in zwei Betreibungen mit Forderungen von knapp Fr. 7'500.– erfolgte die Befriedigung nach Verwertung.

4.3.2 Die Schuldnerin konnte belegen, dass in der Betreibung Nr. 3 für die noch offene Restforderung von Fr. 5'576.40 mit der Gläubigerin E._____ AG eine Ratenzahlungsvereinbarung mit monatlichen Raten von Fr. 500.– besteht (act. 11/2/1). Sodann sind noch weitere zwölf Betreibungen mit Forderungen von total knapp über Fr. 35'200.– offen, wobei acht Betreibungen umfassend zwei Drittel der Forderungssumme (ca. Fr. 22'600.–) öffentlich-rechtliche Abgabeforderungen (Steuern) und Sozialversicherungsabgaben (SVA und SUVA) beschlagen. Zwei Betreibungen befinden sich im Stadium "Betreibung eingeleitet", die restlichen im Stadium "Rechtsvorschlag". Der Umstand allein, dass in diesen Betreibungen – zu welchen sich die Schuldnerin in der Beschwerdeschrift nicht äusser-te – Rechtsvorschlag erhoben wurde, reicht nicht aus, um den Nichtbestand dieser Betreibungsforderungen glaubhaft darzutun. Zu den zwei Forderungen der SUVA F._____ von gesamt Fr. 5'352.– (Betreibung. Nrn. 4 und 5) reichte die Schuldnerin zwei Schreiben der Gläubigerin betreffend Rückzugserklärung Rechtsvorschlag und Ratenvereinbarungen ein (act. 4/6 und act. 11/2/2), wobei weder der Abzahlungsplan ersichtlich ist noch belegt wurde, dass sich die Forderungen zwischenzeitlich durch Ratenzahlungen (erste Fälligkeit per 1. November 2020) verringert haben. In zwei von vier Betreibungen der Gläubigerin SVA G._____ mit Forderungen im Gesamtumfang von knapp über Fr. 15'700.– zog die Schuldnerin den Rechtsvorschlag zurück (vgl. act. 11/2/3), belegte jedoch nicht, dass – wie handschriftlich auf dem Betreibungsauszug vermerkt – betreffend die Betreibung Nr. 6 (vgl. act. 4/5) eine Ratenvereinbarung besteht.

4.3.3 Nach dem Gesagten sind offene Betreibungsforderungen im Umfang von knapp Fr. 41'000.– zu berücksichtigen. Davon entfallen Forderungen im Umfang von ca. Fr. 22'600.– auf öffentlich-rechtliche Gläubiger und sind daher von

der Betreuung auf Konkurs ausgeschlossen (Art. 43 SchKG), jedoch für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin sehr wohl von Bedeutung (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 174 SchKG). Die Anzahl der Betreibungen und der Umstand, dass in mindestens vier Fällen (inkl. dem Vorliegenden) die Konkursandrohung erfolgte (vgl. Betreibungsregisterauszug vom 8. Dezember 2020, act. 4/5), lässt auf Zahlungsschwierigkeiten schliessen.

4. Aufschluss über die Entwicklung des Geschäftsgangs und die finanzielle Lage der Schuldnerin geben die eingereichte Jahresrechnung 2018/2019 (act. 4/3-4 = act. 11/5), die (wenn auch nicht vollständige) provisorische Bilanz/Erfolgsrechnung für die Zeit Januar bis November 2020 (act. 11/1), Bankbelege für das Jahr 2020 (act. 4/8 und act. 11/3) sowie die ausgewiesenen Debitoren (act. 4/7/1-2 und act. 11/7-8).

4.4.1 Die Schuldnerin konnte in der Periode tt.mm.2018 (Zeitpunkt Eintragung im Handelsregister des Kantons Zürich, act. 5) bis Ende 2019 gewinnbringend wirtschaften (act. 4/3-4 = act. 11/5). Per 31. Dezember 2019 wurden Aktiven von Fr. 10'278.– (Fr. 5'261.– Umlaufvermögen und Fr. 5'017.– Anlagevermögen) und Passiven (Kontokorrent H._____, ein Angestellter der Schuldnerin) von Fr. 16'690.– ausgewiesen. Das Eigenkapital war mit Fr. 20'000.– bilanziert (Stammkapital). Der Gewinn betrug Fr. 6'968.–. Die Erfolgsrechnung weist für 21 Monate der nämlichen Periode einen Ertrag von Fr. 625'433.– und einen Betriebsaufwand von Fr. 618'464.– aus, wobei der Grossteil auf den Materialaufwand Fr. 250'397.– und den Lohnaufwand Fr. 296'259.–, sodann auf Unterhalt/Reparaturen Fr. 24'331.– sowie den Verwaltungsaufwand Fr. 22'987.– (und der Rest auf Kapitalkosten Fr. 5'989.–, die Sachversicherungen Fr. 8'195.– und den sonstigen Aufwand Fr. 10'306.–) entfiel. Die Schuldnerin beschäftigte zu jener Zeit zehn Angestellte inkl. der Geschäftsführerin (vgl. act. 11/5).

4.4.2 Zur aktuellen Lage der Schuldnerin lässt sich dem Zwischenbilanz ähnlichen Dokument entnehmen, dass sie per 30. November 2020 über Aktiven von Fr. 28'149.– verfügte, wovon Fr. 23'132.– auf liquide Mittel entfielen (vgl. 11/1 und act. 11/3). Zum Beleg ihrer Debitoren reichte sie zahlreiche Rechnungen für laufende wie auch bereits ausgeführte Arbeiten ein. Hierbei handelt es sich um

Forderungen gegenüber zwei Kunden, der I. _____ AG in J. _____ und der K. _____ AG in L. _____. Diesen (teilweise doppelt eingereichten) Rechnungen lässt sich ein Debitorenstand von, wie geltend gemacht, über Fr. 100'000.– entnehmen (act. 2, act. 4/7/1-2, act. 11/7-8). Wenn auch viele der Rechnungen für bereits abgeschlossene Arbeiten von Ende Juli 2020 datieren (act. 4/7/2 und act. 11/7) und vor Konkurseröffnung am 1. Dezember 2020 trotz Fälligkeit noch unbezahlt waren, ist aus den eingereichten Kontoauszügen der Schuldnerin für das Jahr 2020 ersichtlich, dass die betreffende Hauptschuldnerin I. _____ AG bisher stets regelmässige Zahlungen geleistet hatte (vgl. act. 4/8). Die Rechnungen an die K. _____ AG für laufende Arbeiten waren erst per Ende Dezember 2020 fällig. Auch sie leistete im Verlauf des Jahres 2020 regelmässige Zahlungen an die Schuldnerin, weshalb keine Indizien für eine Nichteinbringlichkeit der ausgewiesenen Debitoren gegeben sind (act. 4/7/1 und act. 11/8). Diesen Debitoren stehen Kreditoren im Umfang von knapp Fr. 14'200.– gegenüber (act. 11/1), darunter die Betreuungsforderung der Gläubigerin E. _____ AG in Höhe von Fr. 5'576.40, mit welcher Ratenvereinbarungen bestehen (vgl. vorstehend Ziff. 4.3.2), eine Forderung der M. _____ (Fr. 798.80), der SUVA (Fr. 1'849.45) und der SVA (Fr. 5'970.10). Ob die Letzteren mit den Betreuungsforderungen der jeweiligen Gläubiger deckungsgleich sind, ist nicht bekannt. Augenscheinlich ist, dass Kreditoren durch die bestehenden Debitoren bei Weitem gedeckt sind.

Den Umsatz für die Zeit vom 1. Januar bis 30. November 2020 weist die Schuldnerin nicht explizit aus (act. 11/1). Dieser ergibt sich jedoch aus den eingereichten monatlichen Kontoauszügen (act. 11/3) und liegt bei knapp Fr. 383'400.–. Der ausgewiesene Betriebsaufwand beträgt ca. Fr. 390'500.– (Lohnaufwand ca. Fr. 220'500.– und übriger Aufwand ca. Fr. 170'00.–, act. 11/1). Vergleicht man das Umsatzvolumen und den Betriebsaufwand für 21 Monate der Periode 2018/2019 mit jenem für elf Monate des Jahres 2020, so ist ersichtlich, dass der Umsatz, aber auch die Aufwendungen gestiegen sind und im Ergebnis die Betriebskosten per Ende November 2020 nur knapp nicht gedeckt waren.

4.5 Gemäss Kontoauszug des auf die Schuldnerin lautenden Kontokorrentes bei der Raiffeisenbank D. _____ verfügte sie per 17. Dezember 2020, nach-

dem die Löhne bezahlt waren, noch über ein Guthaben von Fr. 14'107.– (act. 11/3). Unter Berücksichtigung der liquiden Mittel und der Debitoren von über Fr. 100'000.–, denen Kreditoren in Höhe von total Fr. 55'000.– (inkl. der Betriebsforderungen von ca. Fr. 41'000.–, vgl. vorstehend Ziff. 4.3.3) gegenüber stehen, resultiert ein Guthaben zu Gunsten der Schuldnerin von mindestens Fr. 60'000.–.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die aktuelle Geschäftsentwicklung der Schuldnerin an die Geschäftsjahre 2018/2019 anknüpft und für das Jahr 2020 wohl von einer ausgeglichenen Jahresrechnung ausgegangen werden kann. Zugunsten der Schuldnerin fällt ins Gewicht, dass ihr Geschäftskonto praktisch während des ganzen Jahres 2020 einen positiven Saldo aufwies (vgl. act. 11/3) und es ihr offenbar möglich war, mit den Einnahmen die laufenden Kosten zu decken. Sodann scheint sie auch ihre Lieferanten bedienen zu können. So befindet sich gemäss Betriebsregisterauszug unter den Gläubigern soweit ersichtlich mit der N._____ AG nur ein Baumaterialienlieferant. Die Schuldnerin hat die Forderungen der sich im Konkursstadium befundenen Betreibungen beglichen und sich auch mit Ratenzahlungsvereinbarungen um die Deckung ihrer Schulden bemüht. Sodann wird es ihr möglich sein, dank des aktuellen Geschäftsgangs und der namhaften Debitoren auch ihre restlichen Schulden innert nützlicher Frist abzutragen. Zwar konnten auch im Jahr 2020 neue Betreibungen nicht vermieden werden und hat sich deren Anzahl mit 14 Betreibungen gegenüber dem Vorjahr verdoppelt, indes machte die Schuldnerin geltend, dies habe nicht an Zahlungsschwierigkeiten gelegen, sondern an der mangelnden Organisation während der schwangerschaftsbedingten Abwesenheit der Geschäftsführerin.

Es kann nach dem Gesagten bei wohlwollender Beurteilung davon ausgegangen werden, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin nur vorübergehender Natur waren und es ihr möglich sein wird, den Betrieb aufrecht zu erhalten und die restlichen Schulden innert nützlicher Frist abzutragen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit. Zu beachten ist zudem, dass über die Schuldnerin erstmals der Konkurs eröffnet worden ist. Sollte es erneut zu einer Konkursöffnung kommen, so ist die

Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass dannzumal an den Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit ein strengerer Massstab anzulegen wäre.

6. Die Schuldnerin hat innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshindernungsgrund der Tilgung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft und mit zahlreichen Belegen dargetan. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin am 1. Dezember 2020 eröffneten Konkurses.

7. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Dem Gläubiger ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. Dezember 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels von act. 2, 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. D. Tolic Hamming

versandt am:
11. März 2021