

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210115-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 9. Juli 2021

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____

gegen

B._____ GmbH,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juni 2021 (EK210793)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz an der ... [Adresse] die die Erbringung sämtlicher mit dem Neu- und Umbau von Liegenschaften zusammenhängenden Dienstleistungen, die Herstellung und Verbauung von Küchen, Einbauschränken, diverse Schreinerarbeiten und den Import und Export sowie den Handel mit diversen Baumaterialien bezweckt (act. 6).

2. Mit Urteil vom 10. Juni 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin:

CHF 12'991.30 nebst Zins zu 5 % seit 17.09.2020

CHF 213.60 Betreuungskosten

3. Am 25. Juni 2021 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 28. Juni 2021 einstweilen gewährt (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-14). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.1 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. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshin-

dernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

1.2 Die Schuldnerin offeriert zum Beweis ihrer Sachverhaltsdarstellung unter anderem die Parteibefragung des Präsidenten ihres Verwaltungsrates, C._____ (act. 2 S. 4 ff.). Dazu ist vorab festzuhalten, dass die Abnahme dieses Beweismittels von vornherein ausser Betracht fällt, weil eine Beschwerde gegen einen Konkursöffnungsentscheid – wie vorstehend bereits ausgeführt – innert der Rechtsmittelfrist von 10 Tagen *abschliessend* zu begründen ist (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Dies bedeutet, dass der Schuldner innert der Rechtsmittelfrist auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Nachfristen sind nicht zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294). Der vorinstanzliche Entscheid wurde der Schuldnerin am 15. Juni 2021 zugestellt (act. 8/10), wobei die Schuldnerin die Beschwerdeschrift am 25. Juni 2021 und damit am letzten Tag der Beschwerdefrist der Post übergeben hat (vgl. act. 2); da die Zahlungsfähigkeit – wie gesehen – innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen und glaubhaft zu machen ist, ist die Abnahme von Beweismitteln nach Ablauf dieser Frist ausgeschlossen. Die Konkursbeschwerde der Schuldnerin ist deshalb einzig anhand der rechtzeitig ins Recht gereichten Unterlagen zu beurteilen.

2.1 Die Schuldnerin belegt, dass sie die Forderung der Gläubigerin inzwischen bezahlt hat und die Gläubigerin deshalb auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (act. 5/4). Im Weiteren hat sie beim Konkursamt Altstetten-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'500.– sichergestellt (act. 5/30). Ferner hat die Schuldnerin den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– am 30. Juni 2021 bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 11). Der Konkurshindernisgrund der Tilgung resp. Hinterlegung bzw. des Gläubigerverzichts ist damit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 9 vom 24. Juni 2021 lassen sich neben der der Konkurseröffnung zugrunde liegenden Betreuung (Nr. 1) 13 weitere Betreibungen seit Oktober 2019 mit einem Gesamtbetrag von Fr. 321'580.94 entnehmen. Von diesen Betreibungen ist eine (Nr. 2 über Fr. 10'106.79) erloschen. Von den übrigen befinden sich sechs (Gesamtbetrag Fr. 37'063.55) noch im Einleitungsstadium, in fünf Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 241'075.05) hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag

erhoben und in einer Betreuung (Fr. 33'335.55) wurde ihr ebenfalls bereits der Konkurs angedroht (act. 5/5).

2.4.1 Zu den noch offenen Betreibungen bringt die Schuldnerin Folgendes vor:

Betreibung Nr. 3 über Fr. 33'335.55 (Konkursandrohung): Hierbei handle es sich um eine Forderung für den Umbau einer Liegenschaft, welchen sie als Unternehmerin geführt habe. Der ebenfalls zugegen gewesene Architekt habe ohne ihr Wissen teurere Türen bestellt, welche vom Bauherrn schliesslich nicht bezahlt worden seien. Die Herstellerin der Türen, die Betreuungsgläubigerin, habe ihr dann den vollen Betrag von Fr. 33'335.55 in Rechnung gestellt (act. 2 S. 4 Rz. 7). Die Schuldnerin macht sodann durch Vorlage entsprechender Korrespondenz (act. 5/6-7) glaubhaft, dass sie inzwischen einen Betrag von Fr. 10'000.– bezahlt hat, womit sich die offene Forderung auf Fr. 23'315.55 reduziert. Dass die Betreuungsgläubigerin zudem – wie die Schuldnerin weiter geltend macht – bereit sei, ihr einen Betrag von Fr. 9'242.30 zu erlassen, wenn sie Fr. 14'093.25 in den nächsten Wochen bezahle (act. 2 S. 4, Rz. 7), ergibt sich hingegen nicht aus der eingereichten Korrespondenz, hat die Betreuungsgläubigerin der Schuldnerin darin doch vielmehr einzig in Aussicht gestellt, dass man nach Bezahlung von Fr. 14'093.25 über den Restbetrag von Fr. 9'242.30 reden könne (act. 5/7).

Betreibung-Nr. 2 über Fr. 10'106.79 (erloschen): Die Schuldnerin bestreitet diese Forderung im Teilumfang von Fr. 2'000.–, den Rest anerkennt sie sinngemäss indem sie ausführt, sie habe die Betreuungsgläubigerin um eine Reduktion des Rechnungsbetrages im von ihr bestrittenen Umfang ersucht, doch habe ihr die Betreuungsgläubigerin nur eine entsprechende Gutschrift auf der nächsten Rechnung gewähren wollen, was sie abgelehnt habe. Die Betreuungsgläubigerin habe die Angelegenheit dann aber nicht mehr weiterverfolgt, weshalb die Betreuung inzwischen erloschen sei (act. 2 S. 4 f., Rz. 8). Letzteres wird durch den Betreibungsregisterauszug belegt.

Betreibung-Nr. 4 über Fr. 18'379.60 (Rechtsvorschlag): Die Schuldnerin anerkennt diese Forderung, welche eine Bestellung von Geräten für die Sanierung eines Hauses betreffe. Sie sei für diese Baustelle ihrerseits vom Bauherrn nicht

bezahlt worden. Vor drei Monaten habe sie sich jedoch mit dem Bauherrn auf eine Schlusszahlung von Fr. 25'000.– einigen können. Sobald diese eingegangen sei, werde sie die offene Forderung der Betreuungsgläubigerin ebenfalls begleichen (act. 2 S. 5, Rz. 9). Zwar reicht die Schuldnerin einen Vergleichsvereinbarung vom 25. November 2020 ins Recht (act. 5/8), dabei handelt es sich aber gemäss ihren eigenen Angaben nicht um die aktuelle Vergleichsvereinbarung; mithin ist die eingereichte Vereinbarung auch nur von der Schuldnerin unterzeichnet. Eine vom Bauherrn und der Schuldnerin unterzeichnete Vereinbarung wurde dahingegen nicht vorgelegt.

Betreibung-Nr. 5 über Fr. 9'368.65 (Rechtsvorschlag): Bezüglich dieser Forderung macht die Schuldnerin sinngemäss geltend, sie habe einen Teil der Betreuungsforderung bestritten, weil ihr bei der Abholung der gekauften Produkte unnötige Auslagen entstanden seien. Inzwischen habe man sich jedoch beim Friedensrichter geeinigt (act. 2 S. 5 f., Rz. 10), wobei die Schuldnerin weder eine Einigung belegt, noch glaubhaft macht, dass sie inzwischen einen Teil der Forderung beglichen hat.

Betreibung-Nr. 6 über Fr. 25'696.60 (Rechtsvorschlag): Die Schuldnerin bestreitet diese Forderung und führt aus, ihr stehe vielmehr eine Schadenersatzforderung von Fr. 30'000.– gegenüber der Betreuungsschuldnerin zu, welche im Umfang von Fr. 10'000.– am 20. Dezember 2018 auch bereits beglichen worden sei (act. 2 S. 6, Rz. 11; act. 5/10). Nach einem Wechsel in der Geschäftsleitung habe die Betreuungsgläubigerin allerdings nichts mehr von dieser Einigung wissen wollen und habe die ursprüngliche Forderung in Betreuung gesetzt. Vor dem Friedensrichter habe keine Einigung gefunden werden könne, wobei die Betreuungsgläubigerin die Klagebewilligung vom 27. Januar 2021 (act. 5/11) unbenutzt habe verstreichen lassen (act. 2 S. 6, Rz. 11). Die Schuldnerin reicht zur Glaubhaftmachung die vom 27. Januar 2021 datierte Klagebewilligung ein (act. 5/11). Die Behauptung, die Frist zur Einreichung der Klage sei ungenutzt verstrichen, vermag der Beleg indes nicht zu plausibilisieren.

Betreibung-Nr. 7 über Fr. 7'972.55 (Rechtsvorschlag): Die Schuldnerin anerkennt die von der Betreuungsgläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung ledig-

lich im Umfang von Fr. 2'972.55, macht jedoch für den bestrittenen Teil einzig pauschal geltend, die Rechnung sei zu hoch (act. 2 S. 7, Rz. 12).

Betreibung Nr. 8 über Fr. 179'657.65 (Rechtsvorschlag): Die Schuldnerin bestreitet diese Forderung vollumfänglich und macht ihrerseits gegenüber der Betreibungsgläubigerin Schadenersatz von Fr. 80'000.– geltend (act. 2 S. 7 ff., Rz. 16). Aus den eingereichten Akten ist ersichtlich, dass beide Parteien in diesem Verfahren inzwischen anwaltlich vertreten sind (act. 5/12-14), Schritte zur Einleitung eines Schadenersatzverfahrens hat die Schuldnerin bis anhin offenbar noch nicht getroffen.

Die übrigen Betreibungen (Nr. 9 über Fr. 15'085.75; Nr. 10 über Fr. 9'583.70; Nr. 11 über Fr. 6'457.15; Nr. 12 über Fr. 1'976.–; Nr. 13 über Fr. 2'355.75 sowie Nr. 14 über Fr. 1'605.20; insgesamt also Fr. 37'063.55) werden von der Schuldnerin anerkannt (act. 2 S. 7 und 9, Rz. 14 f. und 17 ff.).

2.4.2 Zum Grund für die Betreibungen bringt die Schuldnerin vor, als General- bzw. Total-Unternehmerin trage sie ein nicht unerhebliches finanzielles Risiko, indem sie gegenüber Lieferanten oder Subunternehmern oftmals vorleistungspflichtig werde. Die Gefahr von entsprechenden ungerechtfertigten Betreibungen habe sich, wie aufgezeigt, mehrmals verwirklicht. Auch sei bekannt, dass sich in der Baubranche zwischen den in die Verträge involvierten Parteien oftmals Unstimmigkeiten ergeben würden, wer etwa für einen Mangel, eine Verzögerung oder für die Verursachung von Mehrarbeit verantwortlich sei. Erschwerend komme hinzu, dass oftmals grössere Geldbeträge auf dem Spiel stünden und das (vermeintliche) Forderungsvolumen sehr schnell sehr hoch werden könne. Die Streitigkeiten könnten dann relativ langwierig sein und eine Betreibung bereits aus dem Zweck erhoben werden, um eine drohende Verjährungsfrist zu unterbrechen, obschon bzw. gerade weil der Forderungsbestand noch gar nicht nachgewiesen sei. Die Einträge in ihrem Betreibungsregisterauszug würden weder auf eine schlechte Zahlungsmoral, noch auf ein schlechtes Haushalten oder anhaltende finanzielle Schwierigkeiten schliessen lassen, wobei zu betonen sei, dass sie nur gegen die ihrer Ansicht nach zu Unrecht eingeleiteten Betreibungen Rechtsvorschlag erhoben habe. Bei Betreibungen für Forderungen, von denen sie sich bewusst sei,

dass diese zurecht erhoben worden seien, habe sie keinen Rechtsvorschlag eingelegt (act. 2 S. 10 f., Rz. 22 f.). Zur Gesamtsituation erschwerend hinzu kämen aktuell sodann finanzielle Engpässe von Lieferanten oder Bestellern aufgrund der Covid-Massnahmen, sodass Vertragsparteien oftmals selbst unter erhöhtem (finanziellen) Druck stünden und nicht oder zumindest nicht während der normal angedachten Frist bezahlen könnten. Auch sie habe aktuell eine Vertragspartnerin, die D. _____ GmbH, welche ihrer Zahlungsverpflichtung aufgrund der verhängten Corona-Schutzmassnahmen nicht ordentlich habe nachkommen können (act. 2 S. 11, Rz. 24).

Weiter führt die Schuldnerin zu den zur Konkurseröffnung führenden Zahlungsschwierigkeiten aus, sie sei aufgrund von Geschehnissen auf einer Baustelle in E. _____, wo ihr durch fehlerhafte Subarbeiten ein erheblicher Schaden entstanden sei (dazu act. 2 S. 9 f., Rz. 21), kurzzeitig in einen finanziellen Engpass geraten, weshalb die Forderungen, welche dann ab April 2021 in Betreuung gesetzt worden seien und gegen welche sie keinen Rechtsvorschlag erhoben habe, nicht hätten beglichen werden können. Die Auszahlung einer Versicherungsleistung von Fr. 50'000.– von der Haftpflichtversicherung der Subunternehmerin für den ihr auf dieser Baustelle entstandenen Schaden habe sich verzögert, weil die zuständige Sachbearbeiterin der Versicherung in den Ferien gewesen sei. Mittlerweile sei die Zahlung über Fr. 50'000.– aber eingetroffen (vgl. dazu act. 5/15-16), weshalb die nicht bestrittenen Forderungen von Fr. 37'063.55 ohne Probleme beglichen werden könnten, zumal sich der Saldo ihres Kontos nach Eingang dieser Zahlung aktuell auf Fr. 47'578.76 belaufe (act. 2 S. 11, Rz. 23; zum Saldo vgl. act. 5/16).

2.4.3 Zu ihren Einnahmen bzw. vorhandenen Guthaben bringt die Schuldnerin sodann vor, ihr stünden diverse Forderungen aus Lieferungen und Leistungen zu, wobei sich das Gesamtvolumen dieser Forderungen auf Fr. 328'000.– belaufe. Namentlich stehe ihr aus einer Baustelle für ein Einfamilienhaus in E. _____ eine Forderung von Fr. 81'500.– zu, welche in den nächsten Tagen bei ihr eingehen müsste (act. 2 S. 12, Rz. 27). Zudem belegt sie, dass sie mit der D. _____ GmbH eine Abzahlungsvereinbarung geschlossen hat, wonach ihr diese zur Abzahlung

einer offenen Forderung von derzeit noch Fr. 48'000.– jeden Monat zwischen Fr. 1'500.– und Fr. 2'000.– bezahle (act. 2 S. 12 f., Rz. 28; act. 5/23). Die Schuldnerin fügt sodann an, weil die D. _____ GmbH, welche eine Bar in F. _____ [Ortschaft] betreibe, mittlerweile den Barbetrieb wieder habe aufnehmen können, rechne sie damit, dass die noch ausstehende Forderung rascher, mithin innerhalb von rund drei Monaten, zurückbezahlt werden könne (act. 2 S. 12 f., Rz. 28). Weiter stehe ihr für eine Baustelle in G. _____ [Ortschaft] eine Restforderung von Fr. 25'000.– zu, welche im laufenden Monat überwiesen werden sollte (act. 2 S. 13, Rz. 29). Aus diversen Kleinstaufträgen seien ausserdem noch Fr. 13'925.– offen (Bilanzposition 1280: Vorräte und angefangene Arbeiten), welche ebenfalls in den nächsten zwei bis drei Wochen eingehen sollten (act. 2 S. 13, Rz. 30). Über eine Forderung für eine Baustelle in H. _____ [Ortschaft] sei derzeit ein gerichtliches Verfahren anhängig (act. 2 S. 13, Rz. 31; act. 5/24-26) und ausserdem sei für einen Schaden von rund Fr. 89'000.–, den eine Subunternehmerin auf einer Baustelle in E. _____ verursacht habe, bereits eine Anmeldung des Schadens an die Haftpflichtversicherung der Subunternehmerin, die I. _____ AG, erfolgt (act. 2 S. 14, Rz. 32; act. 5/27-29).

2.5 Die Schuldnerin hat zu ihren finanziellen Verhältnissen eine von ihrer Treuhänderin erstellte Zwischenbilanz sowie eine Erfolgsrechnung per 31. Mai 2021 vorgelegt (act. 5/17-18). Aus der Bilanz ist ersichtlich, dass sich das Umlaufvermögen der Schuldnerin per Ende Mai 2021 nur aus Forderungen und Vorräten zusammensetzte, also keinerlei flüssige Mittel mehr vorhanden waren (act. 5/17). Das ebenfalls ins Recht gelegte Kontoblatt des Kontos der Schuldnerin bei der J. _____ (Bilanzkonto 1020) zeigt, dass die Schuldnerin Anfang des Jahres 2021 noch über flüssige Mittel von rund Fr. 10'200.– verfügte, wobei dieser Saldo Mitte Januar 2021 auf über Fr. 80'000.– anstieg, bis er schliesslich Anfang Mai 2021 ins Negative fiel (act. 5/19). Dies stimmt mit der Aussage der Schuldnerin überein, wonach sie vor Eingang der Versicherungsleistung von Fr. 50'000.– am 21. Juni 2021 (vgl. act. 5/16) keine Zahlungen mehr habe leisten können, sie also zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Lage war, ihren kurzfristigen Verbindlichkeiten nachzukommen. Letztere betragen gemäss Zwischenbilanz insgesamt Fr. 122'579.61 (vgl. act. 5/17), wobei darin auch die nicht bestrittenen Betrei-

bungsforderungen von Fr. 37'063.55 enthalten sein dürften. Den kurzfristigen Verbindlichkeiten stehen sodann auf der anderen Seite Forderungen der Schuldnerin aus Lieferungen und Leistungen von insgesamt Fr. 328'500.– gegenüber (vgl. act. 5/17). Indes führt die Schuldnerin – wie vorstehend (Ziff. II.2.4.3) bereits dargelegt – in ihrer Rechtsschrift aus, wie sich diese Forderungen zusammensetzen sollen (vgl. act. 2 S. 12 ff, Rz. 26 ff.). Addiert man die in der Rechtsschrift dargelegten Positionen, so ergibt sich nicht die in der Bilanz aufgeführte Summe von Fr. 328'500.–, sondern es ergeben sich nur Forderungen von Fr. 257'425.– (Fr. 81'500.– Baustelle E. _____ + Fr. 48'000.– D. _____ + Fr. 25'000.– Baustelle G. _____ + Fr. 13'925.– diverse Kleinstaufträge + Fr. 89'000.– Schadenersatzforderung gegen die K. _____ AG), wobei allerdings die gegen die Erben des L. _____ geltend gemachte Forderung in der Rechtsschrift nicht beziffert wurde (vgl. act. 2 S. 13, Rz. 31). Die Differenz der beiden Beträge wird von der Schuldnerin nicht weiter erklärt. Insbesondere bei der Schadenersatzforderung der Schuldnerin gegenüber der K. _____ AG ist sodann nicht ohne Weiteres glaubhaft, dass dieser Betrag von der Versicherung der Subunternehmerin auch bezahlt werden wird. Zwar wurde der entsprechende Schaden von der Subunternehmerin an ihre Versicherung, die I. _____, bereits gemeldet (act. 5/27-28), doch wurde nicht plausibilisiert, dass der Schaden von der Versicherung auch akzeptiert wurde oder zumindest akzeptiert werden müsste. Diese Unklarheiten bei der Bilanzposition "*Forderungen aus Lieferungen und Leistungen*" relativieren deshalb in gewisser Weise das an und für sich positive Geschäftsergebnis der Schuldnerin in den ersten fünf Monaten 2021, in welchen sie gemäss Bilanz einen Gewinn von Fr. 95'379.81 erzielt hat (act. 5/18).

Für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin spricht dennoch grundsätzlich, dass sie nicht systematisch Rechtsvorschlag erhoben hat, sondern dies vielmehr nur in jenen Betreibungen getan hat, in welchen sie die in Betreibung gesetzten Forderungen ganz oder teilweise bestreitet. Zuzustimmen ist der Schuldnerin in Bezug auf diese bestrittenen Forderungen insoweit, als sie ausführt, in der Baubranche komme es aufgrund der Höhe solcher Forderungen – öfters als in anderen Branchen – zu Streitigkeiten über die Übernahme von Kosten aus mangelhafter Arbeit bzw. für dadurch verursachte Schäden, weshalb in Bezug auf die von

der Schuldnerin ganz oder teilweise bestrittenen Forderungen zumindest nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Forderungen nicht oder nicht vollständig bestehen. Bezüglich dieser, von der Schuldnerin nicht anerkannten und mit Rechtsvorschlag bestrittenen Forderungen (Gesamtbetrag Fr. 241'075.05; vgl. vorstehend Ziff. II.2.3) ist gestützt auf die vorzitierten Schilderungen der Schuldnerin sowie die von ihr hierzu eingereichten Unterlagen (vgl. vorstehend Ziff. II.2.4.1) sodann zumindest glaubhaft, dass keine unmittelbaren Vollstreckungshandlungen drohen. Insbesondere ist glaubhaft, dass die Gläubigerin, welche die grösste Forderung gegen die Schuldnerin in Betreuung gesetzt hat (Betreibung Nr. 8 über Fr. 179'657.65), über keinen Rechtsöffnungstitel gegen die Schuldnerin verfügt, weil zwischen den Parteien ein Totalunternehmervertrag geschlossen wurde (act. 5/12-14) und der Betreuungsgläubigerin als Bestellerin aus einem solchen Vertrag keine bestimmte Geldforderung zusteht, welche einer provisorischen Rechtsöffnung im Sinne von Art. 82 SchKG zugänglich wäre; vielmehr ergibt sich aus den eingereichten Akten, dass diese Gläubigerin eine Schadenersatzforderung geltend macht, welche zur Durchsetzung zunächst gerichtlich festzustellen wäre (vgl. act. 5/12-13).

Unmittelbar nach einer Konkursöffnung zu tilgen wäre durch die Schuldnerin dahingegen aufgrund der mit der Gläubigerin der Betreuung Nr. 3 getroffenen Absprache der Betrag von Fr. 14'093.95, wurde der Schuldnerin in dieser Betreuung doch bereits der Konkurs angedroht (vgl. vorstehend Ziff. II.2.4.1). Sofern im Anschluss an diese Zahlung mit der entsprechenden Gläubigerin entgegen den Erwartungen der Schuldnerin keine Einigung gefunden werden könnte, wäre sodann auch die in dieser Betreuung verbleibende Restforderung von Fr. 9'442.30 unmittelbar nach Konkursaufhebung zu tilgen. Hinzu kommen die anerkannten Betreuungsforderungen von Fr. 37'063.55, hat die Schuldnerin in diesen Betreibungen doch keinen Rechtsvorschlag erhoben, weshalb diese durch die entsprechenden Gläubiger jederzeit fortgesetzt werden könnten.

Belegt ist – wie bereits erwähnt –, dass am 21. Juni 2021 eine ausstehende Debitorenzahlung von Fr. 50'000.– eingegangen ist (act. 5/16), weshalb mit der Schuldnerin davon auszugehen ist, dass sie aus dem aktuell bestehenden Saldo

in der Lage ist, die dringendsten Verbindlichkeiten – insbesondere die vorgenannten aus der Betreuung Nr. 3 – unmittelbar nach Konkursaufhebung zu tilgen, womit eine unmittelbare zweite Konkursöffnung einstweilen abgewendet wäre. Zugunsten der Schuldnerin ist weiter davon auszugehen, dass eine Zahlung über Fr. 81'500.– aus einer Baustelle in E. _____, deren Eingang die Schuldnerin in den Tagen nach der Beschwerdeerhebung erwartet hat (vgl. act. 2 S. 12, Rz. 27), innert nützlicher Frist eingehen wird, womit die Schuldnerin in der Lage wäre, aus dem Rest des derzeit bestehenden Saldos sowie der genannten Zahlung auch die anerkannten Betreuungsforderungen von Fr. 37'065.55 innert nützlicher Frist nach Konkursaufhebung zu tilgen. In Bezug auf die restlichen Forderungen der Schuldnerin aus Lieferungen und Leistungen ist sodann gestützt auf die vorstehend zitierten Ausführungen der Schuldnerin zumindest nicht ausgeschlossen, dass sich ein Teil der nach Eingang der vorgenannten Forderung über Fr. 81'500.– verbleibenden Forderungen von rund Fr. 175'000.– (Fr. 257'425.– ./ Fr. 81'500.–) als einbringlich erweist, so dass die Schuldnerin in der Lage sein wird, neben den laufenden Kosten auch die übrigen, sich aus der Bilanz ergebenden kurzfristigen Verbindlichkeiten von rund Fr. 85'000.– (Fr. 122'579.61 ./ Fr. 37'065.55) zu tilgen. Im Ergebnis ist deshalb die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin als glaubhaft bzw. zumindest als wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit anzusehen. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und der über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben. Festzuhalten ist jedoch, dass – sollte es den Erwartungen zum Trotz dennoch zu einer erneuten Konkursöffnung kommen – der Massstab in einem weiteren Konkursverfahren strenger und die Tatsache der erneuten Konkursöffnung in einem Beschwerdeverfahren ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin wäre.

Damit erübrigen sich auch Ausführungen zum Anliegen der Schuldnerin auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die

Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.

2. Der Gläubigerin 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 Zürich vom 10. Juni 2021 (EK210793) 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. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. 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 Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 9, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am: