

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210231-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 20. Januar 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen einen Entscheid des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. Dezember 2021 (EK210387)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist eine seit dem tt.mm.2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene GmbH. Sie bezweckt die Zu- und Vermietung von Büroräumlichkeiten ... (vgl. act. 7). Konkret ist sie im Bereich der An- und Vermietung sowie dem Betrieb von Erotik-Etablissements tätig (act. 2 N 7). Mit Urteil vom 9. Dezember 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über die Schuldnerin für Forderungen der Gläubigerin von Fr. 3'410.55 nebst Zins zu 5 % seit 1. Dezember 2020, Fr. 3'618.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2021 und Fr. 3'618.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Februar 2021 sowie Fr. 1'920.– Rechtsöffnungskosten und Fr. 319.20 Betreuungskosten (vgl. act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 3. Januar 2022 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 9). Mit Verfügung vom 4. Januar 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 10). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (vgl. act. 12). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 9). Entgegen den Vorgaben in der Akturierungsverordnung des Obergerichts vom 12. Mai 2010 wurden die vorinstanzlichen Akten dem Obergericht unakturiert übermittelt. Ausnahmsweise wurde auf die Rückweisung der Akten zur Behebung des Mangels verzichtet. 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 unbe-

schränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2. Die Schuldnerin hat mit Überweisung vom 31. Dezember 2021 für die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten einen Betrag von Fr. 13'383.65 beim Obergericht hinterlegt (vgl. act. 12, vgl. auch act. 5/2). Weiter hat die Schuldnerin am 23. Dezember 2021 beim Konkursamt Höngg-Zürich Fr. 1'200.– sichergestellt. Gemäss Bestätigung des Konkursamts reicht dieser Betrag zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung (vgl. act. 5/5). Zusätzlich hat die Schuldnerin der Obergerichtskasse die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– überwiesen (vgl. act. 5/6). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist 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 Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst klei-

nerer 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 13. Dezember 2021 (act. 5/7) sind neben der Konkursforderung und zwei bezahlten Forderungen drei weitere Forderungen der Gläubigerin von total Fr. 21'708.– aufgeführt. Zwei Forderungen im Umfang von insgesamt Fr. 7'236.– befinden sich bereits im Stadium der Konkursandrohung, bei der dritten Forderung im Umfang von Fr. 14'472.– wurde erst die Betreibung eingeleitet. Die Schuldnerin erklärte, der Konkurs sei nicht etwa Folge wirtschaftlicher Schwierigkeiten, sondern einer erbitterten arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung mit einer ehemaligen Arbeitnehmerin. In der entscheidenden Phase respektive kurz vor der Gerichtsverhandlung vom 9. Dezember 2021 sei der Geschäftsführer der Schuldnerin erkrankt. Infolge dessen habe dieser weder die Forderung der Gläubigerin begleichen können noch sei er im Stande gewesen, an der Verhandlung vom 9. Dezember 2021 teilzunehmen (act. 2 N 6, vgl. betr. Krankheit auch act. 9). Bei der arbeitsrechtlichen Streitigkeit stehe im Wesentlichen die Frage im Raum, per welchem Datum das Arbeitsverhältnis beendet worden sei. Die beiden Beteiligungen im Konkursstadium werde die Schuldnerin umgehend nach Aufhebung der Kontosperrungen begleichen. Gegen den aufgrund der weiteren Betreibung zu erwartenden Zahlungsbeehl werde sie Rechtsvorschlag erheben. Eine allfällige weitere gerichtliche Auseinandersetzung werde zeigen, ob diese Forderung der Gläubigerin berechtigt sei (act. 2 N 8).

2.3.3. Abgesehen von diesen Forderungen verfügt die Schuldnerin über einen Covid-Kredit von Fr. 100'000.– bei der C. _____ [Bank]; das diesbezügliche Konto befindet sich mit Fr. 91'139.75 im Minus. Diesen Kredit hat die Schuldnerin innert 60 Monaten ab Gewährung per März 2020 zurückzubezahlen (vgl. act. 5/11, 5/13

und 5/14). Die Schuldnerin erklärte dazu, eingedenk der Laufzeit sowie aufgrund des Umstandes, dass sie nun wieder Gewinn erwirtschaftete, sei die Rückzahlung des Kredits gewährleistet. Im Falle eines Konkurses erfolgte hingegen zumindest ein teilweiser Verlust. Auch dies spreche dafür, dass der Konkurs gegen die Schuldnerin aufgehoben werde (act. 2 N 9).

2.3.4. In der Buchhaltung figuriert sodann ein kurzfristiges Darlehen über Fr. 46'696.14 (vgl. act. 5/11). Hierbei handle es sich um ein Darlehen, welches der Geschäftsführer und Gesellschafter der Schuldnerin, Herr D._____, dieser gewährt habe. Auf eine Rückzahlung verzichte er zu deren Gunsten einstweilen. Darüber hinaus habe er auch sämtliche in Zusammenhang mit diesem Verfahren erwähnten Zahlungen (Konkursforderung, Verfahrenskosten etc.) geleistet. Er habe ein vitales Interesse am Fortbestand der Gesellschaft und stelle der Gesellschaft nötigenfalls weiteres Kapital zur Verfügung. Aufgrund des derzeitigen Geschäftsgangs werde dies aber nicht notwendig sein (act. 2 N 10).

2.3.5. Die Schuldnerin betreibt ein Erotikstudio in E._____, ... (vgl. act. 5/8), sowie seit anfangs 2022 ein weiteres in Zürich (vgl. act. 5/10, dieses ersetzt das bisherige Studio in F._____, vgl. act. 5/9). Aus der Erfolgsrechnung 2021 ergibt sich bis und mit 28. Dezember 2021 ein Gewinn von rund Fr. 20'000.– (vgl. act. 5/11). Auf dem Konto bei der G._____ AG [Bank] befinden sich Fr. 39'072.50 (vgl. act. 5/12), auf dem Mietkautionkonto bei der H._____ [Bank] Fr. 28'314.24 (vgl. act. 5/9.2 und act. 5/11). Letzterer Betrag ist nach der Kündigung des Mietvertrags in F._____ nicht mehr gebunden (vgl. act. 5/9.3), wobei für den neuen Mietvertrag in Zürich kein Depot bezahlt werden muss (vgl. act. 5/10).

2.3.6. Die Schuldnerin erklärte, aufgrund der Corona-Krise habe ihr Geschäft stark gelitten, der Umsatz sei stark zurückgegangen. Auch mit Hilfe des Covid-Kredites habe sie zwischenzeitlich das Größte aber überstanden. Aufgrund dessen, dass sie auch inskünftig mindestens zwei Betriebe führe und sich die Erotik-Branche nach dem erneuten Lockdown Ende 2020/anfangs 2021 nun in der Erholungsphase befinde, könne ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin inskünftig wieder erfolgreich Geschäfte mache und zahlungsfähig bleibe (act. 2 N 7).

2.3.7. Insbesondere aufgrund der aktuellen Liquidität und dem erzielten Gewinn im Jahr 2021 ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin die in absehbarer Zeit zu begleichenden Schulden bezahlen und gleichzeitig den laufenden Verpflichtungen nachkommen können wird. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich demnach als glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

3.

Die Beschwerde der Schuldnerin ist folglich gutzuheissen. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. Dezember 2021 ist aufzuheben und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

4.

Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, den für die Forderung der Gläubigerin hinterlegten Betrag von Fr. 13'383.65 der Gläubigerin auszubezahlen.

5.

Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl das Konkursbegehren letztlich abzuweisen ist.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. Dezember 2021 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 erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

Es wird davon Vormerk genommen, dass die Schuldnerin den Betrag von Fr. 400.– bereits der Obergerichtskasse überwiesen hat.

3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'200.– der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 13'383.65 der Gläubigerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-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:
21. Januar 2022