

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 12. Februar 2021

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ SA,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 5. Januar 2021 (EK201791)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan: Schuldnerin) ist eine GmbH, welche gemäss ihrem Handelsregistereintrag ein Architekturbüro betreibt und damit zusammenhängende Dienstleistungen sowie alle Leistungen eines Generalunternehmers bzw. Generalübernehmers erbringt (vgl. act. 8).

2. Mit Urteil vom 5. Januar 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan: Gläubigerin; act. 3 = act. 6 = act. 7/10):

CHF	8'013.00	nebst Zins zu 5 % seit 01.02.2019
CHF	541.45	nebst Zins zu 5 % seit 01.11.2018
CHF	605.60	nebst Zins zu 5 % seit 01.12.2019
CHF	331.40	nebst Zins zu 5 % seit 01.02.2020
CHF	225.70	Verzugszins für Mietzinse
CHF	35.30	Verzugszins für Nebenkosten 2017/2018
CHF	6.05	Verzugszins für Nebenkosten 2018/2019
CHF	159.60	Betreibungskosten

3. Gegen die Konkursöffnung kann beim Obergericht innert 10 Tagen Beschwerde erhoben werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid gilt dem Schuldner als am 13. Januar 2021 zugestellt (vgl. act. 7/12). Die Beschwerdefrist lief daher am 25. Januar 2021 ab. Die Beschwerdeschrift vom 13. Januar 2021 (act. 2; Poststempel vom 18. Januar 2021), erfolgte damit rechtzeitig und mit folgenden Beschwerdeanträgen:

"Rechtsbegehren:

1. Es sei der über die Beschwerdeführerin am 5. Januar 2021 eröffnete Konkurs aufzuheben.

Eventualiter:

Es sei der über die Beschwerdeführerin am 5. Januar 2021 eröffnete Konkurs aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Staates (Gerichtskasse).

Prozessuale Anträge:

1. Es sei vom angerufenen Gericht die Höhe des Vorschusses für das vorliegende Beschwerdeverfahren festzusetzen und der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung desselben anzusetzen.
2. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Es seien die Akten der Vorinstanz beizuziehen."

Mit Valuta vom 18. Januar 2021 hinterlegte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 10'825.44 (vgl. act. 5/4). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Altstetten-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'500.– sichergestellt (vgl. act. 5/6). Mit Verfügung vom 19. Januar 2021 (act. 10) wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens angesetzt. Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (vgl. act. 16).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–14). Die Sache ist spruchreif.

4. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. 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 vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Es gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren zwar grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz. Dieser wird jedoch durch eine Mitwirkungs-

pflicht des Schuldners abgeschwächt, welcher grundsätzlich weiterhin die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung trägt (vgl. BGer, 5A_175/2015 vom 5. Juni 2015, E. 4.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZK-ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 64).

5. Die Schuldnerin hat die Konkursforderung samt Zinsen, Inkassogebühren sowie der Betreuungskosten am 18. Januar 2021 bei der Beschwerdeinstanz hinterlegt (vgl. act. 5/4). Die Tilgung bzw. Hinterlegung erfolgte somit nach der Konkurseröffnung. Die Schuldnerin hat sodann die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des Konkursamtes für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren beim Konkursamt Altstetten-Zürich sichergestellt (vgl. act. 5/6). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

6. Da die Tilgung bzw. Hinterlegung erst nach der Konkurseröffnung erfolgt ist, hat die Schuldnerin darüber hinaus ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

7. 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, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus 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. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhalts-

punkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). Nach der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

8. Die Schuldnerin begründet in ihrer Beschwerdeschrift vom 13. Januar 2021 (act. 2) ihre Zahlungsfähigkeit im Wesentlichen wie folgt:

Ausweislich der Bilanz per 31. Dezember 2019 (act. 5/8) handle es sich bei ihr um ein grundsätzlich gesundes Unternehmen mit Aktiven von rund Fr. 2 Mio., einem Fremdkapital (inkl. Rückstellungen) von rund Fr. 1.1 Mio. und einem Eigenkapital von über Fr. 900'000.–. Sie sei von einem Kapitalverlust oder einer Überschuldung weit entfernt (act. 2 Rz. 28).

In ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit sei sie durchwegs erfolgreich gewesen, was sich am Fehlen von Betreibungen vor dem Jahr 2018 (vgl. act. 5/10) und dem substantiellen Eigenkapital zeige (act. 2 Rz. 29). Verzögerungen beim "Bauprojekt D._____" hätten jedoch zu vorübergehenden Liquiditätsengpässen geführt. Die Fertigstellung des Projekts im April 2021 stehe unmittelbar bevor (act. 2 Rz. 30).

Der Baukredit mit einem Überziehungsrahmen von insgesamt Fr. 1'657'000.– für dieses Projekt habe im Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu Fr. 53'263.40 beansprucht werden müssen. Nach Leistung von Teilzahlungen durch Käufer im Umfang von Fr. 400'000.– weise das Baukonto nun wieder einen Positivsaldo von Fr. 346'736.60 auf. Dieser Betrag bleibe als Projektgewinn jedoch während der Laufzeit des Baukreditvertrages, das heisst bis zur Fertigstellung des Baus und der Beendigung des Projektkreditplanes, auf dem Konto gesperrt (act. 2 Rz. 31 f.).

Bis zur Fertigstellung des "Bauprojekts D._____" würden gemäss einem aktuellen Kostenvoranschlag (act. 5/21 und act. 5/22) noch Kosten von gesamthaft Fr. 860'279.55 anfallen. Dem stünden offene Schlusszahlungen der Käufer von gesamthaft Fr. 585'000.– und der erwähnte Positivsaldo des Baukontos, also insgesamt Fr. 931'736.60 gegenüber. Es verbleibe schliesslich ein Gewinn von Fr. 71'457.05, einschliesslich eines Honorarbetriebes von Fr. 20'000.–, welcher sich im Falle einer erfolgreichen Abwehr ungerechtfertigter Baumeisterpositionen von ca. Fr. 70'000.– auf rund Fr. 140'000.– erhöhen könne (act. 2 Rz. 33 f.).

Aktuell seien von den im Betreibungsregisterauszug vom 7. Januar 2021 (act. 5/10) aufgeführten Betreibungen noch solche in der Gesamtsumme von Fr. 94'811.99 offen. Eine im Auszug aufgeführte Forderung der E.____ Stiftung Berufliche Vorsorge im Betrag von Fr. 7'494.35 sei zwischenzeitlich getilgt worden. Weitere Schulden – mit Ausnahme der laufenden Verpflichtungen – bestünden nicht. Drei Darlehen, welche in der Bilanz mit Stichtag 31. Dezember 2019 (act. 5/8) aufgeführt würden, namentlich jenes der F.____ AG über Fr. 101'000.–, jenes von G.____ und H.____ über Fr. 200'000.– und jenes der I.____ Immobilien AG, seien ebenfalls getilgt worden (act. 2 Rz. 35 und 37).

Um die Liquidität der Schuldnerin in Bezug auf die noch in Betreuung stehenden Forderungen abzusichern, habe G.____ dem Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin, J.____, ein persönliches langfristiges Darlehen unter der aufschiebenden Wirkung der Aufhebung des Konkurses gewährt. Die Solvenz von G.____ sei hinreichend belegt. Um die Bilanz der Schuldnerin zu entlasten, sei vereinbart worden, dass das Darlehen als Gesellschaftereinlage bei der Schuldnerin verbucht werden solle (act. 2 Rz. 35).

Die laufenden Kosten der Schuldnerin bis zur Fertigstellung des "Bauprojekts D._____" und Abschöpfung des Gewinns würden durch Fakturierung der GU-Dienstleistungen im "Projekt D._____" aus dem Guthaben des Baukontos gedeckt. Die Kosten betragen pro Monat Fr. 3'987.70 und seien daher bis zur Fertigstellung des "Bauprojekts D._____" im April 2021 hinreichend gedeckt. Die weiteren Betriebskosten seien aufgrund des im April 2021 zur Verfügung stehenden Projektgewinns gedeckt (act. 2 Rz. 36).

Insgesamt bestünden keine Anhaltspunkte für unüberwindbare finanzielle Schwierigkeiten der Schuldnerin und deren Zahlungsfähigkeit erscheine hinreichend glaubhaft. Der Konkurs sei daher aufzuheben.

9. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem vorliegend eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 7. Januar 2021 (act. 5/10) ergeben sich 21 zwischen dem 20. Februar 2018 und dem 2. Dezember 2020 eingeleitete Betreibungen. Davon wurden sechs Betreibungen durch Bezahlung erledigt. Zwei Betreibungen tragen den Code "E" für erloschen, in sechs Betreibungen wurde Rechtsvorschlag erhoben, in einer Betreibung fand eine Pfändung statt und in fünf Betreibungen wurden Zahlungsbefehle erlassen. Wie die Schuldnerin ausweist, bestehen – unter Abzug der Betreibung der E._____ Stiftung Berufliche Forderung von Fr. 7'494.35, deren Tilgung mit einer E-Mail-Bestätigung (act. 5/26) glaubhaft gemacht ist – offene Betreibungen in gesamthafter Höhe von Fr. 94'811.99.

Mit dem Darlehen von G._____, einer "Zahlungs- und Garantievereinbarung" vom 18. Januar 2021 (act. 5/23), in welcher sich G._____ verpflichtet, auf erstes Verlangen der Schuldnerin die den offenen Betreibungen zugrunde liegenden Forderungen zu begleichen, ist eine Tilgung dieser Schulden innert kurzer Frist glaubhaft gemacht, zumal der Darlehensgeber ohne Weiteres als solvent erscheint (vgl. act. 5/24 und act. 5/25). Da die Rückzahlung des Darlehens mit einem persönlichen Zahlungsverprechen des Alleingesellschafters und Geschäftsführers der Schuldnerin, J._____, abgesichert ist, wird es zu einer deutlichen Entlastung der Schuldnerin in Bezug auf ihre dringlichsten Verbindlichkeiten kommen.

Im Recht liegt eine Bilanz der Schuldnerin per 31. Dezember 2019 (act. 5/8), welche demnach die finanzielle Lage der Schuldnerin von vor über einem Jahr abbildet. Für diesen Zeitpunkt belegt sie, wie die Schuldnerin vorträgt, eine gesunde finanzielle Lage der Schuldnerin, insbesondere mit Blick auf die beachtliche Eigenkapitalquote. Für die Zeit nach dem Bilanzstichtag vermochte die Schuldnerin immerhin den Abbau namhafter Darlehenspositionen glaubhaft zu

machen (vgl. act. 5/18 S. 5 und act. 5/28). Das Vorlegen einer aktuelleren Übersicht betreffend die finanzielle Gesamtlage der Schuldnerin, beispielsweise in Form einer Zwischenbilanz, wäre für den Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit zwar durchaus zu erwarten gewesen. Vor dem Hintergrund der soliden Bilanzkennzahlen der Schuldnerin per Ende 2019 und der schlüssigen Darlegung der wesentlichen Veränderungen der Bilanz im Jahr 2020 erscheint solches indessen vorliegend ausnahmsweise als für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit entbehrlich.

Die laufenden Betriebskosten von monatlich rund Fr. 4'000.–, welche im Lichte des Geschäftsmodells der Schuldnerin plausibel erscheinen, vermag die Schuldnerin aus ihrem Honoraranspruch von Fr. 20'000.–, welchen sie dem Baukonto für das "Projekt D. _____" belasten darf, zu decken. Frühere Belastungen in ähnlicher Höhe ergeben sich aus der Baubuchhaltung vom 7. Januar 2021 (act. 5/21), so dass die Möglichkeit eines derartigen Bezuges glaubhaft ist.

Des Weiteren sind die Vorbringen der Schuldnerin zu den im April 2021 zu erwartenden Geldzuflüssen aus dem Verkauf der Wohnungseinheiten aus dem "Projekt D. _____" schlüssig, betragsmässig nachvollziehbar und hinreichend belegt (vgl. act. 5/9 und act. 5/11–18). Die in Aussicht stehenden Zahlungseingänge machen eine weitere Verbesserung der Liquiditätsslage der Schuldnerin absehbar und ermöglichen ihr die Deckung der laufenden Betriebskosten bis Ende des Jahres 2021.

Was die Zeit nach Abschluss des "Projekts D. _____" angeht, wird die wirtschaftliche Überlebensfähigkeit der Schuldnerin massgeblich vom sich in Planung befindlichen Projekt für einen Wohn- und Gewerbepark in Rheinfelden, für welches das Grundstück und ein weiteres Aktivkonto bereits als Umlaufvermögen bilanziert ist, abhängen. In welchem Stadium sich dieses Projekt befindet und insbesondere, wann mit Geldeingängen zu rechnen ist, bleibt vorliegend allerdings im Dunkeln.

Dessen ungeachtet gelingt es der Schuldnerin, glaubhaft aufzuzeigen, dass sie ihre Altlasten innert Kürze wird abtragen können und dass sie ihren aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann, weswegen ihre Zahlungs-

schwierigkeiten als nur vorübergehend zu erachten sind. Ihre Zahlungsfähigkeit ist somit heute hinreichend glaubhaft gemacht. Die Schuldnerin ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Falle einer neuerlichen Konkursöffnung an das Glaubhaftmachen ihrer Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären.

Dementsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und der über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben.

10. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind ihr daher aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufzuheben ist. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen. Schliesslich ist dem zuständigen Konkursamt Anweisung betreffend die Auszahlung der bei ihm einbezahlten Geldbeträge und der Obergerichtskasse betreffend die Auszahlung der hinterlegten Geldbeträge zu erteilen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 5. Januar 2021, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, 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. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. 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 Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag ausbezahlen.

5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 10'825.44 der Gläubigerin Fr. 10'798.55 und der Schuldnerin Fr. 26.89 auszubezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ..., je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
7. 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:

lic. iur. M. Häfeli

versandt am:
12. Februar 2021