

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190117-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Urteil vom 20. September 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____ GmbH,

gegen

C._____, BVG Sammelstiftung,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juli 2019 (EK190978)

Erwägungen:

I.

Am 10. Juli 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin den Konkurs über die Schuldnerin (act. 4 = act. 7). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 19. Juli 2019 rechtzeitig Beschwerde (act. 2; act. 3–4 und 5/1–14). Sie beantragt sinngemäss, die Konkursöffnung sei aufzuheben.

Mit Verfügung vom 24. Juli 2019 wurde der Beschwerde antragsgemäss einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist am 6. August 2019 ergänzen könne (act. 10).

Die Ergänzung wurde rechtzeitig erstattet (act. 12 und 13/1–11).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–12). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 5/4 und 9).

II.

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 Konkursaufhebungsgründe (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 Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs-hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn

sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491).

III.

Die Schuldnerin hat bei der Obergerichtskasse mit Überweisung vom 11. Juli 2019 Fr. 5'000.– und mit Barzahlung vom 12. Juli 2019 Fr. 5'166.30 hinterlegt. Der Gesamtbetrag von Fr. 10'166.30 deckt die in Betreuung gesetzte Forderung samt Zins und Betreuungskosten (act. 9 und act. 5/3 und 5/5).

Im Weiteren hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich beigebracht. Danach leistete sie bei diesem am 10. Juli 2019 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.–, der die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkursgerichtes im Fall einer Gutheissung der Beschwerde deckt (act. 5/2). Der von der Gläubigerin beim Konkursgericht geleistete Vorschuss kann dieser somit bei Aufhebung der Konkursöffnung zurückerstattet werden.

Damit liegt ein Konkursaufhebungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (Hinterlegung) vor. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

IV.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Schuldnerin ihre Gläubiger bei Fälligkeit derer Forderungen befriedigen kann. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit 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. Absehbare Veränderungen, die der Schuldnerin die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt

werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten glaubhaft ist.

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 Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, 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 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016).

2.

2.1. Die Schuldnerin ist seit mm.2016 als GmbH im Handelsregister eingetragen. Registrierter Zweck ist die Führung von Imbissen, Gastwirtschaftsbetrieben und Lebensmittelläden sowie der Handel mit Waren aller Art im Bereich Gastronomie und Lebensmittel. Ferner bezweckt die Gesellschaft die Erbringung von Dienstleistungen im Schneider- und chemischen Textilreinigungswesen (act. 8). Aus den eingereichten Unterlagen muss geschlossen werden, dass sich die Tätigkeit der Schuldnerin auf die Führung der Textilreinigung "D. _____" in E. _____ beschränkt (vgl. act. 13/3–11).

2.2. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug weist für die Zeit ab 14. Juni 2016 (Zuzug der Schuldnerin in den Betreibungskreis) 13 betreibungsrechtliche Ereignisse mit einer Forderungssumme von Fr. 50'314.10 aus (act. 5/6):

<u>Einleitung Be-</u> <u>treibungen</u>	<u>Anzahl Be-</u> <u>treibungen</u>	<u>Summe Forderungen / Fr.</u>
2017	1	1'883.70
2018	4	20'871.90
2019	7	<u>27'558.50</u>
		50'314.10

Verlustscheine sind keine registriert. Frühere Konkursöffnungen sind dem Handelsregisterauszug nicht zu entnehmen (act. 8).

Acht Betreibungen über einen Gesamtbetrag von Fr. 28'197.25 wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt (act. 5/6). Für die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung der Beschwerdegegnerin hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 10'166.30 hinterlegt (E. III.).

Vier Betreibungen aus dem Jahr 2019 über Forderungen von insgesamt Fr. 13'032.35 sind noch offen (act. 5/6). In der per 31. Dezember 2018 erstellten Bilanz weist die Schuldnerin zudem offene Kreditoren "Mehrwertsteuer" von Fr. 6'500.– aus (act. 13/1). Demnach ist von aktuell offenen Schulden bestehend aus Betreibungsforderungen und Kreditoren von insgesamt knapp Fr. 20'000.– auszugehen.

2.3. Auf der Aktivenseite bilanzierte die Schuldnerin per 31. Dezember 2018 flüssige Mittel von Fr. 27'022.52 (act. 13/1):

Kasse	22'804.15
Bank	2'100.31
Postfinance	<u>2'118.06</u>
	27'022.52

Per 30. Juni 2019 wiesen das Postkonto und das Bankkonto der Schuldnerin Saldi von Fr. 1'576.32 und Fr. 3'477.75 auf (act. 5/13–14). Ab dem Bankkonto überwies sie am 11. Juli 2019 Fr. 5'000.– an die Obergerichtskasse (act. 5/5). Es muss daher davon ausgegangen werden, dass das Bankkonto aktuell keinen positiven Saldo mehr aufweist.

Den Kassenbestand per 18. Juni 2019 – gemeint ist offensichtlich per 18. Juli 2019 – beziffert die Schuldnerin am 19. Juli 2019 mit Fr. 14'245.–. Sie führt aus, damit könne sie die offenen Betreibungsforderungen in zwei Raten bis Ende Au-

gust begleichen (act. 2). Einen entsprechenden Beleg reicht sie nicht ein. Dies obschon sie mit Verfügung vom 24. Juli 2019 darauf hingewiesen wurde, dass objektive Anhaltspunkte für den geltend gemachten Kassenbestand fehlten und die blosser Behauptung der Schuldnerin zur Glaubhaftmachung nicht genüge (act. 10).

Aus den eingereichten Kassenabschlüssen ergibt sich per 3. August 2019 ein Kassenbestand von Fr. 463.16 (act. 13/5; act. 13/11). Demnach hat die Schuldnerin lediglich flüssige Mittel von aktuell rund Fr. 2'000.– (Postkonto Fr. 1'576.32 und Kasse Fr. 463.16) nachgewiesen. Damit vermag sie die offenen Schulden momentan bei weitem nicht zu decken.

2.4. Zu prüfen bleibt, ob der Geschäftsgang ein Ergebnis erwarten lässt, das es der Schuldnerin erlaubt, sowohl den laufenden Verpflichtungen nachzukommen als auch in nützlicher Frist ihre Schulden abzutragen. Die Schuldnerin äussert sich nicht über die derzeitige Geschäftstätigkeit und allenfalls bestehende verbindliche Aufträge bzw. zu erwartende Erträge. Aus den eingereichten Unterlagen lässt sich Folgendes entnehmen:

2.4.1. Die Bilanz und Erfolgsrechnung 2018 wiesen ein Jahresergebnis von Fr. 15'268.94 aus (act. 13/1-2).

Die der vorliegenden Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung von Fr. 9'084.50, für welche die Gläubigerin im August 2018 die Betreuung einleitete, wurde dabei nicht bilanziert (vgl. act. 5/6). Das stimmt damit überein, dass die Schuldnerin geltend macht, sie habe die Rechnungen für die noch offenen Forderungen nicht erhalten (act. 2). Mit Bezug auf die Zahlungsfähigkeit kann sie daraus aber nichts zu ihren Gunsten ableiten. Auch die am 1. und 8. Februar 2019 in Betreuung gesetzten (und mittlerweile bezahlten) Forderungen der F. _____ AG von Fr. 1'788.75 und Fr. 7'047.70 dürften bereits im Jahr 2018 entstanden sein und hätten damit Eingang in die Bilanz finden müssen, zumal bei Rechnungsstellung üblicherweise eine Zahlungsfrist gewährt wird und einer Betreuung jeweils mehrere Mahnungen vorausgehen.

In Anbetracht dessen kann für das Jahr 2018 von keinem nennenswerten Gewinn ausgegangen werden. Einen Zwischenabschluss, der über die aktuelle finanzielle Lage Aufschluss gäbe, reichte die Schuldnerin nicht ein.

2.4.2. Aus den eingereichten täglichen Kassenabschlüssen vom 10. Juli bis 3. August 2019 ergeben sich durchschnittliche Tageseinnahmen von Fr. 520.80 (act. 13/3-11).

Des weiteren reichte die Schuldnerin Kontoauszüge des Postkontos und des UBS-Bankkontos über den Zeitraum 1. Januar bis 30. Juni 2019 ein (act. 5/8-14). Die Auszüge des Postkontos zeigen in diesem Zeitraum regelmässige Zahlungseingänge von zwei Auftraggebern der Schuldnerin im Gesamtbetrag von Fr. 21'277.–. Dies entspricht einem durchschnittlichen Tagesumsatz von Fr. 142.–. Geht man zugunsten der Schuldnerin davon aus, sie könne zusätzlich zu den Bareinnahmen weiterhin mit diesen Eingängen rechnen, so wäre von Tageseinnahmen von insgesamt rund Fr. 660.– auszugehen.

Auf dem Auszug des UBS-Bankkontos erscheinen im Zeitraum von Januar bis Juni 2019 wöchentliche Einzahlungen in bar oder via Keydirect/Keyport von insgesamt Fr. 57'814.43, was einem Tagesdurchschnitt von Fr. 385.– entspräche. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es sich dabei – zumindest teilweise – um Einzahlungen aus den Kasseneinnahmen handelt. Mangels anderweitiger Erklärung der Schuldnerin können diese daher nicht zusätzlich berücksichtigt werden.

Bei dem in der Erfolgsrechnung 2018 ausgewiesenen Umsatz von Fr. 201'600.– ist für das Jahr 2018 von einem Tagesumsatz von rund Fr. 670.– (= Fr. 201'600.– / 300) auszugehen (act. 13/2). Demnach dürfte sich der Umsatz im ersten halben Jahr 2019 etwa im gleichen Rahmen wie im Vorjahr bewegen.

2.4.3. Auf der Ausgabe Seite weist die Erfolgsrechnung 2018 einen Gesamtaufwand von Fr. 186'331.06 aus. Dieser setzt sich zusammen aus Dienstleistungsaufwand (Einkauf) von Fr. 7'434.–, Personalaufwand von Fr. 73'654.90, Betriebsaufwand von Fr. 99'629.06 und Steuern von Fr. 5'613.10 (act. 13/2).

Die Belastungen der beiden Konti der Schuldnerin beliefen sich im ersten halben Jahr 2019 auf insgesamt Fr. 86'946.– (act. 5/8-14). Dieser Betrag entspricht etwa 46 % des Aufwandes des Vorjahres. Bei dem monatlichen Dauerauftrag ab dem UBS-Konto über Fr. 3'784.– dürfte es sich um die Mietzinszahlungen handeln (vgl. act. 5/14). Der Verwendungszweck der restlichen Belastungen – bei denen es sich zu einem grossen Teil um Barbezüge handelt – ist nicht klar. Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Aufwand im Vergleich zum Vorjahr massgeblich erhöht hätte.

2.5. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Schuldnerin in den letzten zwei Jahren in der Lage war, Betreuungsschulden im Gesamtbetrag von Fr. 28'197.25 abzutragen, und sie vermochte auch genügend flüssige Mittel aufzubringen, um Fr. 10'166.30 für die Konkursforderung zu hinterlegen.

Die aus den Kontoauszügen und Kassenabschlüssen ersichtlichen regelmässigen Zahlungseingänge sprechen ausserdem für einen konstanten Geschäftsgang. Bei gleichem Geschäftsergebnis wie im Vorjahr darf angenommen werden, dass die Schuldnerin mit den laufenden Einnahmen die künftig entstehenden Verbindlichkeiten wird decken und zudem die bestehenden Schulden von rund Fr. 20'000.– in längstens zwei Jahren wird abzahlen können.

Damit scheint ihre Zahlungsfähigkeit heute jedenfalls wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Indes ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass es sich – insbesondere angesichts der knappen Unterlagen – um einen Grenzfall handelt. Im Falle einer neuerlichen Konkursöffnung wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen.

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin. Das Konkursbegehren der Gläubigerin ist abzuweisen.

V.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind mangels erheblicher Umtriebe der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juli 2019 (EK190978), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 22. Mai 2019 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 Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– 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 auszus zahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 10'166.30 an die Gläubigerin auszubezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Kopien von act. 2 samt Beilagenverzeichnis und act. 12, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am:
20. September 2019