

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS200039-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Urteil vom 3. März 2020

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 22. Januar 2020 (EK192230)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist eine seit dem tt. September 2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene GmbH (vgl. act. 8). Sie bezweckt den Betrieb eines Ladengeschäftes mit italienischen Spezialitäten und eines Take-Away Gastbetriebs, welcher über eine Bar und ... Sitzplätze verfügt (vgl. act. 2 N 5). Mit Urteil vom 22. Januar 2020 eröffnete das Bezirksgericht Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Stiftung B._____ von Fr. 5'054.75 nebst Zins zu 5 % seit 17. Juni 2019, Zins vor Betreuung von Fr. 170.42, Mahnkosten von Fr. 50.– sowie Betreuungskosten von Fr. 329.65 (vgl. act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 10. Februar 2020 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer (vgl. act. 7/11). Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2 und 5/2). Mit Verfügung vom 12. Februar 2020 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. act. 9). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (vgl. act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. 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. 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 (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2. Die Schuldnerin belegt, am 3. Februar 2020 einen Betrag von Fr. 7'552.08 an die Gläubigerin überwiesen zu haben (vgl. act. 5/11). Gemäss E-Mail der Leiterin Inkasso der Gläubigerin sei die Zahlung eingegangen; die vollständige Begleichung der Forderung sei dem Betreibungsamt bereits gemeldet worden (vgl. act. 5/9-10). Der Betrag deckt gemäss Auflistung der Gläubigerin die Konkursforderung einschliesslich Mahnkosten, Zinsen, Betreibungskosten sowie den von der Gläubigerin an die Vorinstanz geleisteten Kostenvorschuss für das Konkursverfahren von Fr. 1'800.– (vgl. act. 5/8). An sich wären die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes von der Schuldnerin beim zuständigen Konkursamt zu hinterlegen, so dass der hierfür von der Gläubigerin geleistete Vorschuss von Fr. 1'800.– nach einer Aufhebung des Konkurses an diese zurück gezahlt werden kann (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011). Da die Schuldnerin der Gläubigerin diesen Kostenvorschuss bereits ersetzt hat, kann hiervon jedoch abgesehen werden. Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 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. 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 ihrer 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 insgesamt glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien nur 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 Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (vgl. OGer ZH PS180150 vom 14. September 2018 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 Zürich 2 vom 7. Februar 2020 sind für den Zeitraum Juni 2017 bis Januar 2020 32 Betreibungen aufgeführt (vgl. act. 5/7). 17 Betreibungen wurden durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt, eine durch Bezahlung an die Gläubigerin (vgl. act. 5/34). Die Betreibung der Konkursforderung sowie eine weitere Betreibung sind erloschen. Neben offenen Betreibungen der Sozialversicherungsanstalt und der Eidgenössischen Steuerverwaltung bestehen drei offene Betreibungen in der Höhe von Fr. 3'192.35. Der Sozialversicherungsanstalt hat die Schuldnerin noch Fr. 17'274.10 zu bezahlen; dieser Betrag ist in drei Raten à Fr. 5'758.– per Ende Februar, März und April 2020 zu begleichen (vgl. act. 5/32). Bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung sind Fr. 10'054.11 offen, zahlbar in drei Raten ab Ende Februar 2020 (vgl. act. 5/33). Daneben bestehen zusätzliche Schulden gemäss Kreditorenliste vom 10. Februar 2020 in der Höhe von Fr. 27'411.44 (vgl. act. 5/23). Demnach bestehen Schulden von insgesamt Fr. 57'932.–. Ende Februar, März und April 2020 sind u.a. Raten bei der Sozialversicherungsanstalt und der Eidgenössischen Steuerverwaltung von Fr. 9'109.– fällig.

2.3.3. Am 10. Februar 2020 lagen auf drei Konten der Schuldnerin insgesamt Fr. 18'842.64 (vgl. act. 5/36-38). Gemäss unterzeichneter Liste vom 10. Februar 2020 belaufen sich die Debitoren auf Fr. 5'426.–. Es geht um Belege aus den Jahren 2017-2019, der Betrag stimmt mit der Bilanz per 31. Dezember 2019 überein (vgl. act. 5/12 und 5/24). Herr C._____, Vorsitzender der Geschäftsführung, gewährte der Schuldnerin am 10. Februar 2020 ein Darlehen in der Höhe von Fr. 28'000.– (vgl. act. 5/22 und act. 8). Im Umfang von Fr. 9'340.– hat Herr C._____ seine Verpflichtung noch nicht erfüllt (vgl. act. 5/19-21). Gemäss Schuld-

nerin besitze die Gesellschaft auch noch kurzfristig verwertbares Anlagevermögen in der Höhe von Fr. 9'350.– (vgl. act. 2 N 29). Eingereicht wurden jedoch lediglich Inserate von drei Geräten, welche die Schuldnerin über das Internet verkaufen will (vgl. act. 5/35). Es bleibt unklar, ob die Schuldnerin die erhofften Beträge bzw. überhaupt etwas für die inserierten Geräte erhalten wird. Im Ergebnis stehen den Schulden von Fr. 57'932.– liquide bzw. kurzfristig liquidierbare Mittel von Fr. 33'608.64 gegenüber.

2.3.4. Gemäss Schuldnerin liege der Grund für die Konkursöffnung in einer persönlichen Überforderungs- und Notsituation des einzigen Geschäftsführers und Gesellschafters der Schuldnerin, Herr C._____. Die Trennung von seiner Lebenspartnerin Ende 2018 habe ihm schwer zugesetzt. Erst Mitte Dezember 2019 habe er eine adäquate Wohnung für sich und die siebenjährige Tochter finden können, welche seit der Trennung zu 50 % bei ihm lebe. Die Ergänzung des Kerngeschäfts mit einer Produktionsküche sei nicht von Erfolg gekrönt gewesen, weshalb die Produktionsküche Ende Mai 2019 aufgegeben worden sei. Schliesslich habe der Geschäftspartner von Herrn C._____ seit Juli 2017 gegen ein bestehendes Konkurrenzverbot verstossen und somit die D._____ GmbH (juristisches Gefäss der Produktionsküche) stetig und in grossem Ausmass geschädigt. Die entsprechenden Sanierungsmassnahmen bei dieser Gesellschaft hätten Herrn C._____ zusätzlich belastet. Der neue Lösungsansatz für die Sanierung der Schuldnerin sei die Fokussierung auf das Kerngeschäft des Ladenlokals. Die Umstellung des Geschäftsmodells habe sich ab Juli bis November 2019 positiv, von Dezember 2019 bis Januar 2020 sogar sehr positiv auf die Umsatzzahlen ausgewirkt. Es sei davon auszugehen, dass bei Weiterführung des Betriebs die Umsatzzahlen in ähnlichem Masse zunehmen würden. Gleichzeitig würden die Kosten nur geringfügig steigen, weshalb mit einem höheren erwirtschafteten Gewinn zu rechnen sei (vgl. act. 2 N 6, 7, 8, 11 und 36).

2.3.5. In der Bilanz 2019 fällt der hohe Bestand des kurzfristigen Fremdkapitals auf, was nicht für eine gesunde Finanzstruktur der Gesellschaft spricht (vgl. act. 5/12). Nachdem bereits 2018 kein Gewinn erwirtschaftet werden konnte, betrug der Verlust im Jahr 2019 gemäss Erfolgsrechnung Fr. 3'508.05 (vgl. act. 5/13

S. 7). Die Erträge gemäss Erfolgsrechnung für die Periode 1. Mai bis 31. Dezember 2019 belaufen sich auf etwa 2/3 der Erträge gemäss Erfolgsrechnung für das gesamte Jahr 2019; Gleiches gilt für den Aufwand (vgl. act. 5/5 und 5/13). Daraus lässt sich keine wesentliche Verbesserung der finanziellen Lage ab Juli 2019 ableiten. Auch die Kontoauszüge von anfangs Dezember 2019 bis anfangs Februar 2020 helfen der Schuldnerin nicht weiter: Das Guthaben auf dem E._____-Konto verringerte sich vom 1. Dezember 2019 bis zum 7. Februar 2020 von Fr. 2'286.47 auf Fr. 713.70 (vgl. act. 5/26-27), das Guthaben auf dem F._____-Konto erhöhte sich von Fr. 972.42 auf Fr. 2'641.65 (vgl. act. 5/28-30) und das Guthaben auf dem G._____-Konto blieb gemäss vorhandenem Beleg unverändert (vgl. 5/31). Die Aktenlage liefert demnach keine genügenden objektiven Anhaltspunkte, die für die behauptete Verbesserung der finanziellen Lage der Schuldnerin sprechen würden.

2.3.6. Insgesamt vermochte die Schuldnerin mit den eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft darzutun, dass es ihr gelingen wird, die bestehenden Schulden in absehbarer Zeit zu tilgen und gleichzeitig den laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind deshalb nicht gegeben. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

2.3.7. Abschliessend ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach frühestens nach Ende der Eingabefrist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N. 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

3.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Dienstag, 3. März 2020, 10.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Enge-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz und das Konkursamt Enge-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 2, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:
3. März 2020