

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 31. Januar 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ [Stiftung],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Januar 2023 (EK221919)

Erwägungen:

1.1 Am 4. Januar 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 18'113.15 nebst Zins zu 5% seit dem 23. März 2022, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 7'148.65 vom 7. Dezember 2022, sowie Fr. 1'370.– reglementarische Kosten, Fr. 371.60 Betreuungskosten und Fr. 705.55 für Verzugszins vor der Betreuung ([act. 3 =] act. 7 [= act. 8/11]). Dieser Entscheid wurde von der Schuldnerin bei der Post nicht abgeholt, gilt ihr jedoch (wie mit Verfügung vom 18. Januar 2023 ausgeführt, vgl. act. 11 E. 3) als am 16. Januar 2023 zugestellt, womit die Beschwerdefrist am 26. Januar 2023 endete. Mit Eingabe vom 16. Januar 2023 (gleichentags überbracht) und damit innert Beschwerdefrist erhob die Schuldnerin Beschwerde und ergänzte diese mit Eingabe vom gleichen Tag (Datum Poststempel). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 u. 5/3–8, act. 9 u. 10).

1.2 Mit Verfügung vom 18. Januar 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass ihr die Beschwerdefrist noch laufe und sie ihre Beschwerde bis zu deren Ablauf ergänzen könne (act. 11). Mit Eingabe vom 25. Januar 2023 (Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin zur Ergänzung ihrer Beschwerde weitere Unterlagen ein (act. 13 u. 14/9–10).

2. 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei sie auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten

sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294, E. 3).

3. Die Schuldnerin hinterlegte am 16. Januar 2023 bei der Kasse des Obergerichtes den Betrag von Fr. 16'000.– (act. 5/5). Dieser Betrag deckt die in Betreuung gesetzte Forderung (abzüglich der erfolgten Teilzahlung) samt Zins und Betreuungskosten (act. 15). Im Weiteren hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 5. Januar 2023 beigebracht, wonach bei diesem ein Barvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet wurde, der die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkurseröffnungsurteils deckt (act. 5/3). Zudem hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hinterlegt (act. 5/4). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. 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. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese 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 E. 2.3). Nach 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (statt

vieler: OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

4.2 Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine GmbH, welche seit dem tt.mm.2018 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist. Sie bezweckt ... (act. 6). Die Schuldnerin führt aus, mit ihr gehörenden Reiseautos vor allem indische Geschäftsleute und Touristen in Europa zu chauffieren sowie mit einem geleasteten Personenwagen der Marke Toyota Uber- und Taxifahrten anzubieten; je nach Auslastung ziehe sie Fahrer bei oder gebe ihre Fahrzeuge auch zur Nutzung weiter, so dass die Fahrzeuge nach Möglichkeiten ständig in Betrieb seien und Erlöse abwerfen würden (act. 2 S. 3 f. Ziff. 5). Gründe, weshalb es zum aktuellen Zahlungsrückstand und zur Konkursöffnung gekommen sei, legt die Schuldnerin nicht dar. Immerhin am Rande weist sie auf die coronabedingten Einschränkungen und das Fehlen von Geschäftsleuten aus Amerika und Asien hin (act. 2 S. 3 Ziff. 4). Ob dies aber der Grund für den aktuellen Zahlungsausstand ist, lässt sie offen; hinzuweisen ist auch darauf, dass die coronabedingten Einschränkungen nun bereits einige Zeit zurück liegen, weshalb die aktuellen Zahlungsausstände nicht ohne Weiteres damit zu erklären sind.

4.3.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug der letzten fünf Jahre. Die Schuldnerin reicht einen Betreibungsregisterauszug vom Ort ihres früheren Geschäftssitzes ein. Dieser Auszug des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 16. Januar 2023 weist keine Verlustscheine aus. Es finden sich lediglich vier Betreibungen, von welchen zwei aus dem Jahr 2021 und zwei aus dem Jahr 2022 stammen. Die zwei Forderungen aus dem Jahr 2021 wurden bezahlt. Eine der noch offenen Forderungen ist diejenige, für welche die vorliegende Konkursöffnung erfolgte und zu deren Begleichung der Betrag bei der Obergerichtskasse hinterlegt ist (Betreibung Nr. 1). Entsprechend ist laut diesem Betreibungsregisterauszug noch eine Betreibung im Umfang von Fr. 2'423.75 offen (act. 5/8). Sodann reicht die Schuldnerin einen Betreibungsregisterauszug von ih-

rem aktuellen Geschäftssitz ein. Aus diesem Auszug des Betreibungsamtes Zürich 12 vom 16. Januar 2023 ergeben sich weder Verlustscheine, noch offene Betreibungen (act. 10).

4.3.2 Zur einzigen noch offenen Betreibung führt die Schuldnerin aus, diese Forderung der 'C._____ GmbH' für eine Reparatur (Betreibung Nr. 2) habe sie mit der Kreditkarte bezahlt, weshalb sie auch Rechtsvorschlag erhoben habe (act. 2 S. 3 Ziff. 5). Einen Beleg über die angeblich erfolgte Zahlung reicht die Schuldnerin indes nicht ein. Zudem kann mit Blick auf das Alter der Betreibung (25. Mai 2022) zur Zeit noch nicht ausgeschlossen werden, dass diese weiterverfolgt werden wird (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG). Entsprechend ist diese Forderung als nach wie vor offen zu berücksichtigen.

4.3.3 Damit ergibt sich aus dem Betreibungsregisterauszug eine noch offene Betreibung im Umfang von Fr. 2'423.75. Mit Blick auf die wenigen Betreibungen und den Umstand, dass davon nur noch eine offen ist, zeichnet sich insgesamt aber ein positives Bild. Es scheint jedenfalls nicht so, dass die Schuldnerin systematisch ihren Zahlungspflichten nicht mehr hätte nachkommen können und über erhebliche Liquiditätsprobleme verfügt.

4.4.1 Ihre finanzielle Gesamtsituation bezeichnet die Schuldnerin als sehr gut. Sie verfüge über flüssige Mittel und ihr gehörende Fahrzeuge zu einem Wert von zusammen rund Fr. 90'000.– und sie habe im Jahr 2022 einen respektablen Gewinn von Fr. 40'705.– erwirtschaftet, was etwa – nach Abzug des Aufwandes – 20% des Bruttoumsatzes von rund Fr. 202'000.– ausmache und eine gute Marge sei. Es sei ihr somit möglich, ihren Verpflichtungen nachzukommen und insbesondere auch ihren Covid-19-Kredit, welcher mit Fr. 66'660.– zu Buche schlage, abzubezahlen (act. 2 S. 3 Ziff. 4).

Zum Beleg reicht die Schuldnerin eine Bilanz und Erfolgsrechnung des Jahres 2022 mit Kontidetails (Kostenstellen) ein (act. 5/6–7), eine Übersicht über die aktuell (Januar 2023) offenen Debitoren und Kreditoren (act. 14/9) sowie einen Bankkontoauszug des Geschäftskontos bei der Zürcher Kantonalbank per 25. Januar 2023 (act. 14/10).

4.4.2 Aus der Bilanz der Schuldnerin ergeben sich flüssige Mittel von rund Fr. 30'000.–, wovon Fr. 1'500.– als Guthaben bei der Zürcher Kantonalbank aufgeführt sind und der Rest unter der Position "Kasse", also als Barvermögen. Das Bankguthaben erscheint mit Blick auf den eingereichten Bankbeleg, welcher per 25. Januar 2023 einen Saldo von rund Fr. 2'000.– aufweist, plausibel (vgl. act. 14/10). Zum Bargeldbetrag findet sich eine detaillierte Aufstellung über die Zu- und Abflüsse ("Kasse") in der Beilage "Kostenstellen" (act. 5/7). Die Bilanz weist sodann Fahrzeuge als mobile Sachanlagen im Wert von Fr. 61'750.– aus, wobei es sich laut Schuldnerin um zwei (bzw. drei – die Angaben der Schuldnerin sind diesbezüglich nicht stringent, vgl. act. 2 S. 3 Ziff. 4 und 5) in ihrem Eigentum stehende Reisedeckseln handelt, mit denen vor allem indische Geschäftsleute in Europa chauffiert würden (act. 2 S. 3 Ziff. 5).

Diesen Aktiven von rund Fr. 91'000.– steht in der Bilanz Fremdkapital von rund Fr. 69'000.– gegenüber, welches sich zusammensetzt aus kurzfristigen Verbindlichkeiten von Fr. 2'200.– gegenüber Sozialversicherungen und Vorsorgeeinrichtungen und einem Covid-19-Kredit von Fr. 66'660.– als langfristige Verbindlichkeit. Damit übersteigen die bilanzierten Aktiven das (kurz- und langfristige) Fremdkapital. Zwar sind die im Eigentum der Schuldnerin stehenden Fahrzeuge essentiell für ihren operativen Betrieb und darauf ist zur Tilgung von Forderungen nicht ohne Weiteres zurückzugreifen. Indes ist zu berücksichtigen, dass Covid-19-Kredite notorisch über lange Amortisationszeiten verfügen, weshalb bezüglich dieser langfristigen Verbindlichkeit in erster Linie entscheidend ist, dass die aus dem laufenden Geschäftsergebnis wird getilgt werden können.

Die Schuldnerin generierte im Jahr 2022 einen Umsatz von rund Fr. 202'000.–, womit bei einem Betriebsaufwand von rund Fr. 162'000.– ein Gewinn von rund Fr. 40'000.– resultierte (vgl. Bilanz und Erfolgsrechnung, act. 5/6). Zwar ist nicht bekannt, ob der Umsatz und Gewinn auch in etwa mit den Betriebsergebnissen der Vorjahre – insbesondere vor der Corona-Krise – vergleichbar ist, womit eine Prognose hinsichtlich zukünftiger Gewinne kaum möglich ist. Zu Gunsten der Schuldnerin und im Sinne einer wohlwollenden Prüfung ist aber davon auszugehen, dass sie auch in Zukunft in der Lage sein wird, Umsätze und auch

einen Gewinn in dieser Grössenordnung zu erzielen. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich aus den in act. 5/7 aufgeführten Handelserlösen des Jahres 2022 eine sehr gute Auftragslage mit regelmässigen Einkünften ergibt und Anhaltspunkte für eine weiterhin sehr positive Auftragslage (dazu sogleich E. 4.4.3) bestehen. Damit erscheint neben der Deckung der geschäftlichen Auslagen eine Abzahlung des Covid-19-Kredits aus dem Geschäftsergebnis ohne Rückgriff auf mobile Sachanlage als möglich; insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der Beilage "Kostenstellen" ergibt, dass die Schuldnerin im Jahr 2022 offenbar Abzahlungen für den Covid-19-Kredit geleistet hat (act. 5/7 S. 19, die entsprechenden Zahlungen finden sich auf der Aufstellung zur Zürcher Kantonalbank, vgl. S. 6 u. 14).

Damit ergibt sich aus der Bilanz und der Erfolgsrechnung des letzten Jahres ein klar positives Bild der finanziellen Lage der Schuldnerin.

4.4.3 Unterstrichen wird der positive Eindruck von der aktuellen Debitorenliste (Januar 2023, vgl. act. 14/9), welche offene Debitoren für den Januar 2023 von gesamt Fr. 98'000.– ausweist. Die Schuldnerin reicht dazu teilweise die entsprechenden Rechnungen ein (act. 14/9). Zwar ist zu berücksichtigen, dass ein Teil der zu erbringenden Dienstleistungen in der Zukunft liegt, weshalb nicht klar ist, wann diese Zahlungen fällig werden (insb. Rechnung gegenüber der 'D._____' für Fr. 30'500.–) und dass für die auf der Debitorenliste aufgeführte Dienstleistung gegenüber der 'E.____ GmbH' zum Wert von Fr. 7'150.– eine entsprechende Rechnung fehlt. Unabhängig dieser Vorbehalte ergibt sich aber aus der Debitorenliste und den eingereichten Unterlagen, dass die Geschäftslage der Schuldnerin nach wie vor intakt ist, sie mithin regelmässig Aufträge zu erheblichen Beträgen generiert. Den offenen Debitoren gemäss Debitorenliste stehen denn im Januar 2023 von der Schuldnerin deklarierte Kreditoren von Fr. 6'290.– gegenüber (act. 14/9).

4.5 Damit ergibt sich, dass die Schuldnerin eine offene Betreuung im Betrag von Fr. 2'423.75 aufweist sowie offene Kreditoren von Fr. 6'290.–. Zudem ergeben sich aus der Bilanz kurzfristige Verbindlichkeiten in der Höhe von Fr. 2'200.–, bezüglich derer nicht bekannt ist und nicht geltend gemacht wurde, dass sie zwi-

schenzeitlich bezahlt sind. Dies ergibt offene kurzfristige Verbindlichkeiten von rund Fr. 11'000.–. Diesen stehen flüssige Mittel gemäss Bilanz von Fr. 30'000.– gegenüber. Zudem verfügt die Schuldnerin wie gezeigt über aktuell offene Debitoren in der Höhe von Fr. 98'000.–, bei welchen davon auszugehen ist, dass diese innert nützlicher Frist bezahlt werden. Damit kann die Schuldnerin ihren kurzfristigen Verbindlichkeiten ohne Weiteres nachkommen. Nach dem oben Dargelegten ist zudem glaubhaft, dass die Schuldnerin auch ihre langfristige Verbindlichkeit in Form des Covid-19-Kredits wird innert nützlicher Frist zurückbezahlen können. Dass die Auftragslage der Schuldnerin als intakt angesehen werden kann, wurde eben dargelegt. Im Übrigen war die Schuldnerin wie gezeigt in den letzten Jahren offenbar in der Lage, ihren laufenden Verpflichtungen weitestgehend nachzukommen, was die geringe Anzahl bisher erfolgter Betreibungen zeigt. Die wenigen Betreibungen lassen zudem nicht auf eine grundsätzlich schlechte Zahlungsmoral der Schuldnerin schliessen und sind allenfalls auch eine Folge von Nachlässigkeit. Die nun erfolgte Konkursöffnung dürfte im Hinblick darauf zweifellos eine Warnwirkung auf die Schuldnerin gehabt haben.

4.6 Gesamthaft ist die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin damit glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

5.1 Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen. Sie hat sowohl das erstinstanzliche als auch das zweitinstanzliche Verfahren veranlasst, weil sie ihren Zahlungspflichten nicht nachkam. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG). Der Gläubigerin ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

5.2 Das Konkursamt ist anzuweisen, 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 der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten des Konkursamtes allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5.3 Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, von dem für die Forderung der Gläubigerin (Betreibung Nr. 1) hinterlegten Betrag von Fr. 16'000.– der Gläubigerin Fr. 14'094.85 und den verbleibenden Betrag der Schuldnerin auszubezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Januar 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderung der Gläubigerin hinterlegten Betrag Fr. 14'094.85 der Gläubigerin und den Rest der Schuldnerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Oerlikon-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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Doppeln von act. 2, 9 u. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich (vorab per Mail an: F._____@notariate-zh.ch), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an die Betreibungsämter Zürich 11 und 12, je gegen Empfangsschein.

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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: