

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiber MLaw B. Lacic

Urteil vom 15. Februar 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwalt Dr. iur.,
LL.M. X2._____

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B1._____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 17. Januar 2023 (EK222134)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil vom 17. Januar 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 6'763.85 nebst Zins zu 5 % seit 29. Oktober 2021 zuzüglich Bearbeitungsgebühr von gesamthaft CHF 400.– sowie Betreuungskosten von CHF 156.70, abzüglich Teilzahlungen von gesamthaft CHF 2'756.20 (act. 3 = act. 8).

1.2. Mit Eingabe vom 27. Januar 2023 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Urteil vom 17. Januar 2023. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Eingaben vom 30. Januar 2023 (Datum Poststempel) liess die Schuldnerin noch innerhalb der Rechtsmittelfrist ihre "definitive Beschwerde" sowie eine Ergänzung zur Beschwerde einreichen, die jedoch lediglich elektronische Abbilder der Unterschriften der Rechtsvertreter der Schuldnerin aufweisen (act. 12 und act. 14). Mit Verfügung vom 31. Januar 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin eine Nachfrist angesetzt, um ihre Eingaben vom 30. Januar 2023 mit Unterschriften zu versehen (act. 16). Die Schuldnerin kam dieser Aufforderung am 1. Februar 2023 nach (act. 18 ff.). Da die Schuldnerin bereits einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet hatte (act. 5/6 und act. 6), wurde von einer Fristansetzung zur Leistung eines solchen abgesehen. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 9/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

2. 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 Konkurs hinderungsgründe (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.

3. Die Schuldnerin belegt, dass sie die Konkursforderung der Gläubigerin aus der Betreuung Nr. 1 dem Betreibungsamt bezahlt hat (act. 5/5 S. 2). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Aussersihl-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung CHF 1'200.– sichergestellt (act. 5/6). Damit hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass sie den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG getilgt hat.

4.1. Da die Zahlung erst nach der Konkursöffnung geleistet wurde, bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. 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. 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 (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin somit 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 ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, sodass 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.).

4.2.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegt ein aktueller Auszug des Betreibungsamtes Zürich 5, der den Zeitraum vom 17. Juli 2020 bis 27. Januar 2023 umfasst (act. 5/5 und 5/4). In dieser Zeit wurde

die Schuldnerin – nebst der vorliegenden Konkursforderung – 14 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 35'100.–. Aktuell sind noch drei Betreibungen über CHF 11'171.95 offen, wobei bei sämtlichen Betreibungen bislang der Zahlungsbefehl zugestellt und kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Frühere Konkursandrohungen oder Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/5).

4.2.2. Die drei offenen Betreibungen betreffen Forderungen der SVA Zürich (act. 5/5 S. 2 f.). Die Schuldnerin anerkennt die betriebenen Forderungen (act. 20 Rz. 13). Allerdings ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin gegenüber der SVA Zürich höhere Schulden als die in Betreuung gesetzten hat, zumal die SVA der Schuldnerin Zahlungsaufschübe von insgesamt CHF 17'695.40 bewilligt hat (act. 5/7-8). Gestützt auf den aktuellen Kontoauszug der SVA sind zugunsten der Schuldnerin davon die belegten Zahlungen seit Bewilligung des ersten Zahlungsaufschubs am 29. Juli 2022 abzuziehen (Zahlungen mit Valuta 2. August 2022, 15. September 2022 sowie zwei Zahlungen am 9. November 2022 von insgesamt CHF 3'801.35, act. 5/9). Damit ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin gegenüber der SVA Zürich noch eine offene Restforderung von gesamthaft rund CHF 13'900.– hat.

4.3. Trotz Hinweises am 30. Januar 2023 (act. 10) reichte die Schuldnerin lediglich eine äusserst rudimentäre Bilanz per Ende 2022 mit insgesamt nur drei Aktivpositionen und einer Passivposition (bestehend einzig aus dem Gewinn) ein (act. 15/11). Eine Kreditorenliste fehlt ebenfalls. Damit bleibt unklar, welche laufenden Verbindlichkeiten und (noch) nicht in Betreuung gesetzten Schulden die Schuldnerin hat. Auch frühere Geschäftsabschlüsse und/oder Steuererklärungen liegen nicht vor; entsprechend kann auch nicht beurteilt werden, wie die vergangenen Geschäftsjahre der Schuldnerin aussahen, woraus wiederum abgeleitet werden könnte, ob die Zahlungsschwierigkeiten bloss vorübergehend sind.

Zwar reicht die Schuldnerin Bankbelege ein, aus welchen unter anderem der Zahlungsverkehr ihres Geschäftskontos im Monat Dezember 2022 ersichtlich ist (act. 15/13). Unklar geblieben ist, was sie aus diesen in Bezug auf die Zahlungsfähigkeit ableiten möchte. Der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz ent-

bindet die Partei nicht, bei der Sachverhaltsermittlung mitzuwirken, insbesondere wenn sie – wie vorliegend – anwaltlich vertreten ist. Mit anderen Worten wäre es Aufgabe der Schuldnerin gewesen, in ihrer Beschwerde darzulegen, was sie aus den Bankbelegen ableitet, denn es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus Beilagen ohne nähere Bezeichnung nach relevanten Daten zu suchen, die den Standpunkt der Schuldnerin stützen könnten. Im Übrigen geht aus dem Dokument hervor, dass per 30. Dezember 2022 ein Minussaldo von rund CHF 2'480.– resultierte (act. 15/3 S. 1), womit jedenfalls im Zeitpunkt der Konkureröffnung keine flüssigen Mittel zu bestehen schienen; weitere flüssige Mittel resp. Konten macht die Schuldnerin nicht geltend. Zu den übrigen zwei Aktivpositionen – zwei Kontokorrentpositionen, wobei eine einen Negativsaldo aufweist (act. 15/11) – äussert sich die Schuldnerin nicht. Dies wäre jedoch relevant gewesen, zumal erst durch die Forderung gegenüber dem Gesellschafter C._____ in Höhe von CHF 35'110.95 überhaupt ein positiver Aktivsaldo entsteht. Damit konnte die Schuldnerin nicht glaubhaft darlegen, dass sie die ausgewiesenen Schulden der SVA Zürich mit ihren Aktiven zu leisten vermag. Ob sie dies innert absehbarer Zeit tun könnte, kann wiederum aufgrund der mangelhaften Dokumentation nicht beurteilt werden.

4.4. Zwar weist die Schuldnerin für das Geschäftsjahr 2022 einen Gewinn von CHF 14'633.11 aus (act. 15/11 S. 2); wie dargelegt hat der entsprechende Abschluss jedoch bloss eine geringe Aussagekraft, weshalb aus dem Gewinn und der glaubhaft gemachten Geschäftstätigkeit (vgl. act. 15/16-17) wenig für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin abgeleitet werden kann. Auch wenn der Lohnaufwand in Zukunft wegfallen sollte, wie es die Schuldnerin geltend macht (act. 19 Rz. 2), würden dem Umsatz auch in Zukunft erfolgsabhängige Honorare gegenüberstehen. Die Schuldnerin gibt an, die Gasttätowierer würden ein erfolgsabhängiges Honorar von 50 % des vereinnahmten Honorars erhalten (act. 19 Rz. 2). Ausgehend von der eingereichten Jahresrechnung per Ende 2022 würden der Schuldnerin damit Einnahmen von rund CHF 46'000.– verbleiben (50 % des Dienstleistungserlöses von CHF 92'882.79, act. 15/11). Damit würde bei einem um den Lohnaufwand inkl. Sozialabgaben (rund CHF 43'364.–) reduzierten Geschäftsaufwand von rund CHF 34'900.– ein Überschuss von rund CHF 11'000.– verbleiben. Dieser Überschuss fällt indessen nicht höher aus, als der von der

Schuldnerin für das Jahr 2022 ausgewiesene Gewinn, weshalb keine Anzeichen zu erkennen sind, dass sich die finanzielle Lage der Schuldnerin durch das neue Geschäftsmodell verbessern könnte. Dass die Schuldnerin im kommenden Monat – aufgrund der umsatzstarken Wintermonate – einen Umsatz von CHF 21'000.– erwartet, blieb eine blosser Parteibehauptung (act. 20 Rz. 16). Dem ist ohnehin entgegenzuhalten, dass auf dem Geschäftskonto im Wintermonat Dezember 2022 lediglich Gutschriften in Höhe von knapp CHF 3'000.– verbucht wurden (act. 15/13).

4.5. Zusammenfassend kam die Schuldnerin ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht nach und legte nicht ihre (gesamten) finanziellen Verhältnisse in einer rechtsgenügenden Weise offen. Damit gelang es ihr nicht, aufzuzeigen, dass sie in Zukunft in der Lage sein wird, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und sämtliche bestehenden Schulden innert absehbarer Zeit abzuführen. Daran vermag auch der Sanierungszuschuss von CHF 10'000.– und die (bloss behauptete) Verbesserung der Rechnungskontrolle nichts zu ändern (vgl. act. 20 Rz. 14 f.). Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind daher nicht gegeben. Die Beschwerde ist abzuweisen. Da ihr am 31. Januar 2023 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 16), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist in Anwendung von Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG auf CHF 750.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr keine Umtriebe im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **16. Februar 2023, 09.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.

2. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 19 und 20, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, je gegen Empfangsschein.
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 B. Lacic

versandt am:
16. Februar 2023