

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS230087-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 9. Juni 2023

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. \_\_\_\_\_ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 3. Mai 2023 (EK230052)**

**Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2009 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Produktion und den Vertrieb von ... und weiteren Produkten zur Unterstützung einer ...-funktion. Sie bietet Dienstleistungen im Bereich ... an (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 3. Mai 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/12 = act. 3 = act. 7 S. 2):

CHF 192'378.70 nebst Zins zu 5% seit 1. April 2022

CHF 406.60 Betreuungskosten

2.

2.1. Mit Eingabe vom 12. Mai 2023 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/13/4). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-13). Mit Verfügung vom 15. Mai 2023 wurde der Beschwerde gegen die Konkursöffnung einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die Kammer wies die Schuldnerin in der Verfügung darauf hin, dass es (derzeit) am urkundlichen Nachweis des Vorliegens eines Konkursaufhebungsgrundes fehle. Zudem wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 angesetzt (act. 11).

2.2. Der angefochtene Entscheid betreffend die Konkursöffnung wurde der Schuldnerin am 5. Mai 2023 zugestellt (act. 8/13/4). Damit lief die 10-tägige Beschwerdefrist bis am Montag, 15. Mai 2023 (Art. 142 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Schuldnerin reichte am 15. Mai 2023 (Datum Poststempel) und damit noch innert laufender Beschwerdefrist eine Beschwerdeergänzung mit Belegen ein (act. 16 und act. 17/25-26). Am 16. Mai 2023 (Datum Poststempel: 15. Mai 2023) ging eine weitere Zuschrift der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) ein (act. 13-15). Mit Verfügung vom 17. Mai 2023 wurde der Beschwerde einst-

weilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 19). Die Schuldnerin leistete den von ihr erhobenen Kostenvorschuss in der Folge fristgerecht (act. 21). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

3.

3.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin innert der Beschwerdefrist ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe – Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht – nachweist. Die Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages muss einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein, und zuzüglich der Kosten des Konkursgerichts und der Kosten des Konkursamtes, welche die Gläubigerin vorschliessen musste. Denn im Falle der Aufhebung des Konkurses, muss die Gläubigerin vollständig befriedigt sein und insbesondere den dem Konkursgericht bezahlten Vorschuss ungeschmälert zurück erhalten (vgl. Art. 169 SchKG; KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7 und 10). Mit anderen Worten hat die Schuldnerin auch die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes (d.h. des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung) rechtzeitig sicherzustellen (vgl. etwa OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011). Beim Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG muss – anders als bei jenen nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG – weder die Tilgung noch die Hinterlegung der Kosten im Sinne der vorinstanzlichen Entscheidgebühr und der Kosten des Konkursamts innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist erfolgen (vgl. OGer ZH PS120091 vom 31. Mai 2012 E. 4.).

Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind im Beschwerdeverfahren zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). 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; vgl. auch ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 321 N 5).

3.2. Gemäss den vorliegenden Belegen hat die Schuldnerin die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von Fr. 203'247.55 innert Rechtsmittelfrist bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 9-10 und act. 18/1-3). Die Schuldnerin stellte am 15. Mai 2023 zudem die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sicher (act. 17/25). Überdies reichte die Gläubigerin eine Erklärung ein, dass sie auf die Durchführung des Konkurses verzichte (act. 13). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, sowie jener des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG, ist folglich nachgewiesen.

3.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). 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 (praxisgemäss innert längstens zweier Jahre; vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2) 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. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen 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. BGE 132 III 715 ff., E. 3.1; 132 III 140 ff., E. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3). Erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind dann zu stellen, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigungen in Betreibungen nach Art. 43 SchKG vorhanden sind. Es liegt an der Schuldnerin, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, ihre Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (vgl. BGer 5A\_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; BGer 5A\_181/2018 vom 30. April 2018 E. 3.1; BGer

5A\_93/2018 vom 18. April 2018 E. 4.1). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen vgl. BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

3.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reichte keinen detaillierten Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre, sondern einzig eine "Auskunft Schuldner-Intern" des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach mit Ausdrucksdatum vom 8. Mai 2023 ein (act. 5/17). Aus Letzterer ist namentlich nicht ersichtlich, ob offene Verlustscheine bestehen oder ob es bereits zu anderen Konkursöffnungen gekommen ist. Hinweise zu allfälligen früheren Konkursöffnungen wären immerhin auch dem Handelsregisterauszug zu entnehmen: Dort sind keine solchen verzeichnet (vgl. act. 6). Angaben zu allfälligen Verlustscheinen fehlen jedoch gänzlich, weshalb es an einem massgeblichen Hinweis zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin mangelt. Dennoch ist auf die eingereichte Betreibungsauskunft näher einzugehen: Diese weist – ohne die hinterlegte Konkursforderung – im Zeitraum seit dem 25. Februar 2019 insgesamt 46 eingeleitete Betreibungen aus. Davon sind 13 Betreibungen durch Zahlung erledigt worden, 21 Betreibungen wurden zurückgezogen, eine ist erloschen. Von den demzufolge noch 11 offenen Betreibungen tragen vier den Code "KA" für Konkursandrohung erlassen, vier den Code "ZB" für Zahlungsbefehl zugestellt und drei den Code "RV" für Rechtsvorschlag erhoben.

Die Schuldnerin führt betreffend die Betreibung-Nr. 1 der D.\_\_\_\_\_ über Fr. 6'000.00 (versehen mit dem Code "RV") an, diese sei mittels Vergleichsvertrag vom 3. Juni 2021 zwischen ihr und der Gläubigerin unter Mitwirkung sowie Unterzeichnung der Friedensrichterin von E.\_\_\_\_\_ erledigt worden (act. 2 S. 8 Rz. 29). Aus der von der Schuldnerin vorgelegten Vergleichsvereinbarung geht hervor, dass sie der D.\_\_\_\_\_ noch einen Betrag zu zahlen gehabt hätte. Im Weiteren erklärten sich die Parteien per Saldo aller Ansprüche als auseinandergesetzt (act. 5/18). Ein Beleg dafür, dass die Schuldnerin in der Folge die vereinbarte

Zahlung vornahm, liegt nicht vor. Aufgrund des vermerkten Betreuungseingangs (20. April 2021), des Abschlusses der Vereinbarung am 3. Juni 2021 und der Tatsache, dass die Betreuung immer noch mit dem Code "RV" versehen ist, erscheint es glaubhaft, dass die Zahlung gemäss Vereinbarung geleistet resp. die Betreuung-Nr. 1 durch die D.\_\_\_\_\_ nicht weiterverfolgt wurde; die Betreuung-Nr. 1 kann als erledigt angesehen werden. Die der Betreuung-Nr. 2 von F.\_\_\_\_\_ (Code "RV") zugrundeliegende Forderung über Fr. 283'000.00 wird von der Schuldnerin bestritten. Sie bringt vor, es sei seit 23. November 2021 eine Forderungsklage vor dem Bezirksgericht Meilen hängig. Die letzte Verfügung des Gerichts datiere vom 4. Oktober 2022. Mit dieser sei ihr Gelegenheit gegeben worden, sich zu den Noven in der Stellungnahme zu Dupliknoven vernehmen zu lassen. Derzeit suche das Gericht nach einem Termin für Vergleichsverhandlungen, dementsprechend stehe das Gerichtsurteil noch aus (act. 2 S. 8 Rz. 30). Die Schuldnerin reicht die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Oktober 2022 ins Recht. Weitere Belege und Ausführungen, weshalb die Forderung bestritten wird, fehlen. Zudem liegen keine Anhaltspunkte dazu vor, ob und wann (im Gerichtsverfahren) eine Einigung zwischen der Schuldnerin und F.\_\_\_\_\_ zustande kommen oder ein Entscheid gefällt werden wird. Die Betreuung-Nr. 2 über Fr. 283'000.00 bleibt aufgrund dessen weiterhin beachtlich. Weiter bringt die Schuldnerin vor, die Betreibungen der drei Mitarbeiter G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ über Fr. 28'000.00 (Betreibung-Nr. 3), Fr. 18'202.80 (Betreibung-Nr. 4), Fr. 81'241.55 (Betreibung-Nr. 5) und Fr. 18'058.30 (Betreibung-Nr. 6) seien alle im Einvernehmen erledigt und die entsprechenden Konkursandrohungen damit nicht weiterverfolgt worden (act. 2 S. 8 Rz. 31). Die Schuldnerin legt eine Bestätigung von I.\_\_\_\_\_ vom 10. Mai 2023 vor, in welcher dieser bestätigt, dass all seine Forderungen beglichen seien (act. 5/22). Damit können die Betreibungen-Nr. 5 und Nr. 6 als bezahlt angesehen werden. In Bezug auf H.\_\_\_\_\_ reicht die Schuldnerin eine E-Mail vom 20. Juni 2022 mit dem Betreff "Abschluss und Klärung" ein, in welcher H.\_\_\_\_\_ angibt, die Lohnforderungen nicht mehr rechtlich geltend zu machen (act. 5/21). Auch die Betreuung-Nr. 4 kann daher als erledigt angesehen werden. Unter dem Eingangsdatum vom 3. Februar 2022 ist eine weitere Betreuung-Nr. 7 von H.\_\_\_\_\_ vermerkt, zu welcher sich die Schuldnerin nicht äussert.

Aufgrund des Datums der vorgenannten E-Mail von H.\_\_\_\_\_ ist jedoch glaubhaft, dass von dessen Erklärung zur nicht weiteren rechtlichen Geltendmachung seiner Forderungen, auch die Betreuung-Nr. 7 mitumfasst ist und als erledigt betrachtet werden kann. Zur Betreuung-Nr. 3 von G.\_\_\_\_\_ über Fr. 28'000.00 reicht die Schuldnerin einen Kontobeleg der Bank AA.\_\_\_\_\_ ein, wonach vier Buchungen (am 7., 11. und 21. März 2022 sowie 28. April 2022) über insgesamt Fr. 16'161.26 an G.\_\_\_\_\_ erfolgt sind. Zudem legt die Schuldnerin die Lohnabrechnungen November und Dezember 2021 sowie März und April 2022 von G.\_\_\_\_\_ vor (act. 5/20). Dass es bei der Betreuung-Nr. 3 um Lohnforderungen der Monate November/Dezember 2021, Juni bis September 2021 sowie März und April 2022 ging, ist aus der Betreuungsauskunft nicht ersichtlich. Auch betragsmässig stimmt die in Betreuung gesetzte Forderung (Fr. 28'000.00) mit den gemäss den Belegen geleisteten Zahlungen (Fr. 16'161.26) nicht überein. Die von der Schuldnerin eingereichten Belege reichen nicht aus, um glaubhaft zu machen, dass die der Betreuung-Nr. 3 zugrundeliegende Forderung bezahlt ist. Zur Betreuung-Nr. 8 der J.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 5'000.00 sowie zur Betreuung-Nr. 9 des Kantons Zürich über Fr. 86.10 äussert sich die Schuldnerin nicht. Es ist davon auszugehen, dass auch diese noch offen sind. Schliesslich hat die Gläubigerin B.\_\_\_\_\_, neben der der Konkurseröffnung zugrundeliegenden Betreuung, noch die drei weiteren Betreibungen mit den Nrn. 10 (über Fr. 231'671.20), 11 (über Fr. 113'695.65) und 12 (über Fr. 37'898.55) gegen die Schuldnerin eingeleitet. Die Schuldnerin macht geltend, diese seien Gegenstand des zwischen ihr und der Gläubigerin B.\_\_\_\_\_ abgeschlossenen Vergleichsvertrages und könnten ebenfalls als erledigt gelten (act. 2 S. 9 Rz. 32). Es trifft zu, dass die Parteien in der Vereinbarung vom 12. Mai 2023 unter Ziffer 5. eine Regelung in Bezug auf diese Forderungen trafen. Die Schuldnerin anerkannte, der Gläubigerin noch den Betrag von Fr. 311'852.20 (aus den Betreibungen-Nrn. 10 und 11) schuldig zu sein. Dieser werde ihr einstweilen gestundet. Die Schuldnerin habe der Gläubigerin – im Falle der Aufhebung der Konkurseröffnung – bis Ende Juli 2023 einen verbindlichen Abzahlungsvorschlag mit entsprechendem Finanzierungsnachweis zu unterbreiten, so dass der Betrag bis spätestens Ende Dezember 2023 bezahlt sei (act. 5/8 S. 3 f.). Entgegen der Ansicht der Schuldnerin können die Betreibungen-Nrn. 10

und 11 danach im Umfang von Fr. 311'852.20 nicht als erledigt, sondern nur als derzeit nicht weiterverfolgt gelten.

Zusammengefasst ist nach dem Gesagten noch von 6 offenen Betriebsregistereinträgen auszugehen, wobei die Betreuung-Nr. 3 bereits bis in das Stadium der Konkursandrohung vorgedrungen ist. Insgesamt belaufen sich die Forderungen aus den offenen Betreibungen auf fast Fr. 628'000.00.

3.3.3. Die Schuldnerin macht in Bezug auf ihre Zahlungsfähigkeit geltend, es bestehe begründete Aussicht darauf, dass ihr in naher Zukunft substantielle liquide Mittel eingehen würden (act. 2 S. 9 Rz. 34). Ihr chinesischer Partner K. \_\_\_\_\_ Co., Ltd., L. \_\_\_\_\_ [Stadt], müsse gemäss "Distribution Agreement" vom 2. November 2021 im laufenden Jahr 2023 bei ihr Produkte für mindestens Fr. 500'000.00 bestellen. Im Mai 2023 werde der chinesische Partner auf einer grossen Kosmetikmesse mit den Produkten auftreten, der Jahresumsatz von mindestens Fr. 500'000.00 werde dieses Jahr aller Voraussicht nach erreicht werden (act. 2 S. 6 Rz. 22). Ihr Partner im M. \_\_\_\_\_ [Staat], N. \_\_\_\_\_ Co., sei am 12. Januar 2022 ein "Exclusive Distribution Agreement" eingegangen. Die Schuldnerin erklärt, ihr Partner sei am 5. Mai 2023 bei ihr in der Schweiz gewesen und habe ihr gegenüber geäussert, dieses Jahr bis Mitte Juni 2023 für rund Fr. 750'000.00 bestellen sowie am 18. Mai 2023 ein A. \_\_\_\_\_ Geschäft in einer Freihandelszone im M. \_\_\_\_\_ eröffnen zu wollen (act. 2 S. 7 Rz. 23). Nach der Schuldnerin bestehe zudem ein "Distribution Agreement" vom 15./22. Dezember 2021 mit dem Partner O. \_\_\_\_\_ in P. \_\_\_\_\_. Gemäss diesem müsse der Partner dieses Jahr für mindestens € 102'000.00 bestellen (act. 2 S. 7 Rz. 24). Gemäss den Angaben der Schuldnerin seien ihre Produkte überdies neu bei der Handelsguppe Q. \_\_\_\_\_ gelistet, was diese mit Schreiben vom 10. Mai 2023 bestätige. Ihr Partner R. \_\_\_\_\_ in S. \_\_\_\_\_ habe eine Bestellung für rund Fr. 100'000.00 an das Geschäft Q. \_\_\_\_\_ getätigt (act. 2 S. 7 Rz. 26). Sodann werde im Juni 2023 eine Auslieferung ihrer Produkte im Umfang von mehr als Fr. 300'000.00 an das T. \_\_\_\_\_ Hotel erfolgen (act. 2 S. 7 Rz. 27). Darüber hinaus führt die Schuldnerin an, über eine in Aussicht gestellte Liquiditätsüberbrückung in Millionenhöhe zu verfügen (act. 2 S. 9 Rz. 34); der prospektive Investor U. \_\_\_\_\_ Group B.V.,

V.\_\_\_\_\_, habe seine Absicht bekundet, eine Summe von € 1-3 Mio. einzig für ihr Fortbestehen und ihr Wachstum zu investieren. Dies sei Ziffer 1 des "Letter of Intent" zu entnehmen (act. 2 S. 6 Rz. 20-21).

3.3.4. Vorweg ist festzuhalten, dass die Schuldnerin zu diversen ihrer Behauptungen eine Parteibefragung / Beweisaussage von W.\_\_\_\_\_ offeriert. Wie eingangs aufgezeigt muss die Beschwerdebegründung samt Belegen abschliessend innert der (nicht erstreckbaren) Rechtsmittelfrist erfolgen (vgl. oben Erw. 3.1.). Die Beschwerde der Schuldnerin ging am letzten Tag der Beschwerdefrist und die Beschwerdeergänzung einen Tag danach mit Poststempel vom Vortag bei der Kammer ein (vgl. act. 2 und act. 16). Dies schliesst weitere Beweiserhebungen von vornherein aus. Es wäre an der Schuldnerin gelegen und ihr zumutbar gewesen, innert der Rechtsmittelfrist schriftliche Dokumente beizubringen, aus denen sich objektive Anhaltspunkte für ihre Behauptungen ergeben. Es ist auf die innert Beschwerdefrist eingereichten Belege einzugehen:

Zur behaupteten Investition der U.\_\_\_\_\_ Group B.V. über € 1-3 Mio. ist zu bemerken, dass eine solche im "Letter of Intent" vom 2. Mai 2023 noch nicht definitiv vereinbart wurde resp. sich die U.\_\_\_\_\_ Group B.V. dazu nicht verpflichtet hat. Es ist die Rede von einer möglichen Investition ("possible investment", "possible deal structure"; act. 5/9). Nicht bekannt ist zudem, ob die U.\_\_\_\_\_ Group B.V. für eine solch hohe Investition über hinreichend Mittel verfügen würde. Ob und wann die behauptete "Liquiditätsüberbrückung" fliessen würde ist damit ungewiss; sie kann im vorliegenden Verfahren aus diesem Grunde nicht zugunsten der Schuldnerin berücksichtigt werden. Im Weiteren belegt die Schuldnerin zwar die von ihr behaupteten Vertriebsvereinbarungen ("Distribution Agreements"). Die von ihr genannten (Mindest-)Bestellmengen resp. Jahresumsätze beruhen jedoch auf Prognosen/Erwartungen bzw. (Verkaufs-)Zielvorgaben oder von den Partnern geäusserten Bestellabsichten (vgl. act. 5/10 Appendix I, act. 5/11-12, act. 5/13 Annex I, act. 5/14-15). Dies lässt auf mögliche künftige Bestellungen und Mittelzuflüsse (in grösserem Umfang) schliessen. Auftragsbestätigungen liegen von den Partnern aus AB.\_\_\_\_\_, dem M.\_\_\_\_\_, aus P.\_\_\_\_\_ und S.\_\_\_\_\_ allerdings nicht vor. Eine Auftragsbestätigung hat die Schuldnerin einzig von der T.\_\_\_\_\_ AG vom

19. Januar 2023 eingereicht. Gemäss Beleg wurden Produkte in der Höhe von rund Fr. 390'000.00 an die T. \_\_\_\_\_ AG verkauft. Als Fälligkeitsdatum ist der 23. Januar 2023 vermerkt, als Zahlungsfrist ist angegeben, dass rund Fr. 273'000.00 (70%) sofort zu bezahlen seien und rund Fr. 117'000.00 (30%) bis zum 25. Februar 2023 (act. 5/16). Die Schuldnerin macht geltend, es sei eine von der Auftragsbestätigung abweichende Zahlungsfrist vereinbart worden, nämlich dass 30% des Rechnungsbetrages erst bei Lieferung fällig würden (vgl. act. 2 S. 7 Rz. 27). Diese Behauptung bleibt jedoch unbelegt bzw. stimmt mit dem vorlegten Beleg nicht überein und kann daher nicht als glaubhaft angesehen werden. Es ist davon auszugehen, dass die Bestellung schon bezahlt wurde und mit keinem (weiteren) Mittelzufluss aus dem Auftrag der T. \_\_\_\_\_ AG zu rechnen ist. Drei Firmenkonten der Schuldnerin bei der Bank AA. \_\_\_\_\_ weisen einen Stand von Null auf, ein Konto beläuft sich per 10. Mai 2023 auf einen Minussaldo von Fr. 58'887.42. Es ist ersichtlich, dass in dieser Höhe ein Covid-19 Kredit besteht (act. 5/23). Die Schuldnerin erklärt dazu, die Null-Saldi würden daraus resultieren, dass die positiven Restsaldi ihrer Firmenkonten (per 10. Mai 2023 von insgesamt rund Fr. 12'300.00) via "Geltendmachung Verrechnungsrecht" dem Covid-19 Kredit zugewiesen würden (act. 2 S. 9 Rz. 33).

3.3.5. Zugunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist zu berücksichtigen, dass sie in der Lage war, genügend flüssige Mittel aufzubringen, um bei der Obergerichtskasse den namhaften Betrag von Fr. 203'247.55 zu hinterlegen, zudem Fr. 1'000.00 beim Konkursamt sicherzustellen und den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zu leisten. Die Mehrzahl der gegen die Schuldnerin angehobenen Betreibungen sind gemäss der eingereichten (internen) Betreuungsauskunft des Betreibungsamtes Meilen-Herrliberg-Erlenbach erledigt. Offen sind aber noch 6 Betreibungen über einen doch erheblichen Betrag von fast Fr. 628'000.00. Ein detaillierter Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre liegt nicht vor, womit ein wesentliches Element für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin fehlt. Aufgrund der von der Schuldnerin eingereichten Belege bestehen gewisse Anhaltspunkte dafür, dass sie ihre Produkte in den kommenden Monaten an die Vertriebspartner in verschiedenen Ländern wird verkaufen können und ihr daraus Mittel in grösserem Umfang zufließen werden. Je-

doch ist der genaue Zeitpunkt und die Höhe eines Mittelzuflusses nicht klar. Da eine Bilanz fehlt, ist zudem unklar, ob sie über Lagerbestände in diesem Umfang verfügt oder ob die Waren zuerst hergestellt oder eingekauft werden müssen, was neue Kosten verursacht. Sie äussert sich überhaupt nicht zu ihren laufenden Ausgaben resp. den geschäftlichen Verbindlichkeiten und welchen durchschnittlichen Einkünften diese gegenüberstehen. Es fehlen Belege, wie etwa Debitoren- und Kreditorenlisten, Jahresabschlüsse sowie Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre. Die vergangene Geschäftstätigkeit der Schuldnerin bleibt völlig im Dunkeln. Somit können auch keine Rückschlüsse auf den künftigen Geschäftsgang gezogen werden; mithin kann nicht beurteilt werden, ob die Schuldnerin in Zukunft gewinnbringend oder zumindest kostendeckend tätig sein können und sie daneben innert nützlicher Frist die bereits aufgelaufenen (bekannten) Forderungen (aus den offenen Betreibungen) begleichen können. Es zeugt von substantiellen Zahlungsschwierigkeiten, dass die Schuldnerin in den letzten Jahren zahlreiche Betreibungen hat auflaufen lassen und derzeit noch Betreibungen über rund Fr. 628'000.00 offen sind. Die Schuldnerin nahm im Weiteren einen Covid-19 Kredit in Anspruch, welchen sie nun in der Höhe von noch rund Fr. 59'000.00 abbezahlen muss. Der positive Saldo auf den Geschäftskonten der Schuldnerin wird (derzeit) zur Amortisation des Covid-19 Kredits abgeführt. Die Saldi der Firmenkonten der Schuldnerin belaufen sich auf Null, womit keine unmittelbar verfügbaren liquiden Mittel vorhanden sind. Wie die Schuldnerin ohne solche die Produktion und den Vertrieb von Kosmetikprodukten wird aufrechterhalten können, erklärt sie nicht und ist nicht ersichtlich. Aufgrund alledem erscheint es nicht als glaubhaft, dass die Schuldnerin in der Lage sein wird, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen resp. die noch offene, sich im Stadium der Konkursandrohung befindliche Betreibung-Nr. 3 über Fr. 28'000.00 unmittelbar mit flüssigen Mitteln zu erledigen.

3.4. Zusammengefasst ist es der Schuldnerin infolge der fehlenden umfassenden Darstellung ihrer Finanzlage und der fehlenden Glaubhaftmachung von Behauptungen nicht gelungen, hinreichend darzutun, dass ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldne-

rin kann nicht als glaubhaft gemacht gelten. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind damit nicht erfüllt und die Beschwerde ist abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

Es bleibt, die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (dazu insbesondere KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3, N 3a und N 5).

4.

Ausgangsgemäss wird die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr im Beschwerdeverfahren keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind und sie auch keine Entschädigung verlangt hat.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Freitag, 9. Juni 2023, 15.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Küsnacht wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag in der Höhe von Fr. 203'247.55 dem Konkursamt Küsnacht zu überweisen.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 16, der Schuldnerin unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Küsnacht, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Meilen-Herrliberg-Erlenbach, je gegen Empfangsschein.
8. 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. K. Würsch

versandt am:  
9. Juni 2023