

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240089-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 20. Juni 2024

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 2. Mai 2024 (EK240318)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 2. Mai 2024 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 6'953.10 nebst 5 % Zins seit 16. März 2023 zuzüglich Fr. 210.– reglementarische Kosten, Fr. 150.– Betreuungskosten, Fr. 60.– Mahnkosten, Fr. 90.75 5 % Verzugszins vor Betreuung und Fr. 293.70 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3). Dagegen erhob diese mit Eingabe vom 13. Mai 2024 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Dazu reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 5/1-23).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist, der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhanden der Gläubigerin hinterlegt ist, oder die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hängt nach der Praxis der Kammer davon ab, ob innert der Beschwerdefrist einer der vorgenannten Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachgewiesen wird und (falls es darauf ankommt) die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten nicht schon auf den ersten Blick geradezu ausgeschlossen ist (vgl. ZR 112 (2013) Nr. 4). Beim Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung muss der geschuldete Betrag einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten vor Ablauf der Beschwerdefrist beim Obergericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt worden sein (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sind praxismässig (ebenfalls vor Ablauf der Beschwerdefrist) beim zuständigen Konkursamt sicherzustellen (vgl. OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011).

3. Mit Einreichung der Beschwerde belegte die Schuldnerin, dass sie die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von Fr. 8'163.55 am 13. Mai 2024 zuhanden der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt und die Kosten des Konkursamtes in der Höhe von Fr. 1'500.– sichergestellt hatte (act. 5/20 und 5/22, act. 2 Rz 13 und 15). Weiter leistete die Schuldnerin den Kos-

tenvorschuss von Fr. 750.– für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 5/23 und act. 9). Mit Verfügung vom 15. Mai 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 11).

Die Schuldnerin erklärt, der angefochtene Entscheid sei am 3. Mai 2024 im SHAB publiziert worden. Sie macht nicht geltend, dass die Publikation zu Unrecht erfolgt sei (act. 2 Rz 4). Gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO gilt die Zustellung am Tag der Publikation, mithin am 3. Mai 2024 als erfolgt (act. 5/2 = act. 8/18). Mit ihrer am 13. Mai 2024 zur Post gegebenen Beschwerde ist die 10-tägige Beschwerdefrist gewahrt und die Hinterlegung rechtzeitig erfolgt. Somit ist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG erfüllt.

4. Nebst dem Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit 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 glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt. 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; BGer 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2).

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Zürich 11 (act. 5/19) wurden gegen die Schuldnerin in den letzten fünf Jahren bis zum 7. Mai 2024 33 Beteiligungen im Totalbetrag von knapp Fr. 262'600.– eingeleitet, wovon eine erloschen und 13 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen für diesen hohen Betrag sowie der Umstand, dass es in 4 Fällen zur Konkursandrohung kam, lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Beteiligung Nr. 1 inzwischen bei der Obergerichtskasse hinterlegt. Die Beteiligung Nr. 2, in der bereits die Konkursandrohung ergangen ist, wurde ans Betreibungsamt bezahlt (act. 5/21). Zu den übrigen Beteiligungen nahm die Schuldnerin wie folgt Stellung (act. 2 Rz 13): Die Beteiligungen Nr. 3, 4, 5, 6, 7, 8 und 9 der Eidgenössischen Steuerverwaltung in der Höhe von Fr. 15'252.30 seien berechtigt. Sie werde eine Abzahlungsvereinbarung schliessen. Dasselbe gelte für die Beteiligungen Nr. 10, 11, 12 und 13 der C._____ für Fr. 15'263.65. Somit wurden hier anerkanntermassen noch keine Zahlungen geleistet. Hinsichtlich der Beteiligungen Nr. 14, 15, 16 und 17 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA) verweist die Schuldnerin auf einen Kontoauszug der SVA vom 8. Mai 2024 mit Ausständen von Fr. 19'923.80 per 24. April 2024 (act. 5/11). Auch die von der Schuldnerin nicht erwähnte Beteiligung Nr. 18 der SVA dürfte vom Auszug erfasst sein, da sie in die betreffende Abrechnungsperiode fällt. Die Schuldnerin macht geltend, sie habe der SVA diverse Abrechnungen und neue Lohnmeldungen eingereicht, welche nun bearbeitet würden. Weiter würden die beantragten Kinderzulagen für Herrn D._____, die seit dem Jahr 2020 nicht ausbezahlt worden seien, zu einem Guthaben von Fr. 9'000.– führen. Somit seien nur noch ca. Fr. 7'000.– offen, die sie nach Rechnungsstellung umgehend bezahlen werde. Da die Schuldnerin für diese Vorbringen keinerlei Belege einreichte, muss von Verpflichtungen gegenüber der SVA in der Höhe von Fr. 19'923.80 ausgegangen werden. Ebenso wenig genügt der blosser Hinweis, für die sich im Stadium der Pfändung befindende Beteiligung Nr. 19 der Steuerverwaltung des Kantons Graubünden in Höhe von Fr. 1'424.55 könne angesichts des grossen und werthaltigen Schmucklagers mit einer genü-

genden Deckung gerechnet werden. Auch diese Betreuung hat damit als offen zu gelten. Somit verbleiben offene in Betreuung gesetzte Forderungen von rund Fr. 50'440.–. Dabei handelt es sich überwiegend um Forderungen der öffentlich-rechtlichen Gläubiger. Von ihnen droht keine Konkursgefahr (Art. 43 SchKG). Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sind sie aber gleichwohl von Bedeutung (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. A., Art. 174 N 14).

b) Die Schuldnerin betreibt am Bahnhof E. _____ in der unterirdischen Passage ein nach ihren Angaben kleines, profitables Verkaufslokal. Sie verkauft Silber- und Modeschmuck sowie Taschenmesser, Textilien, Regenschirme, Sonnenbrillen, kleine Geschenkartikel und Smartphone-Accessoires. Im Handelsregister sind F. _____ (Geschäftsführer) und G. _____ (Vorsitzender der Geschäftsführung) als Gesellschafter je mit Einzelunterschrift eingetragen. F. _____ sowie H. _____ seien die beiden Hauptmitarbeiter. Zudem beschäftige die Schuldnerin nebst G. _____ einige wenige Aushilfskräfte (act. 2 Rz 6 ff., Rz 10, act. 6, act. 5/15). Die Schuldnerin erklärt, es seien leider längere Zeit keine Bilanzen und Erfolgsrechnungen mehr erstellt worden (act. 2 Rz 9). Abgesehen davon, dass eine nach kaufmännischen Grundsätzen zu führende juristische Person zur Buchführung verpflichtet ist, erschweren die fehlenden Jahresabschlüsse die Liquiditätsprüfung. Die Schuldnerin macht geltend, nebst den in Betreuung gesetzten Beträgen habe sie keine Kreditoren, da sie über genügend Waren verfüge und seit der Pandemie im Schmuckbereich keine Einkäufe habe tätigen müssen. Zugekauft würden höchstens Smartphone-Accessoires, wenn neue Modelle auf den Markt kommen (act. 2 Rz 9). Die Betreibungen wurden aber in erster Linie für öffentlich-rechtliche Forderungen und nicht für Verbindlichkeiten aus Warenlieferungen angehoben. Es ist demnach nicht auszuschliessen, dass die Schuldnerin neben den vorerwähnten offenen kurzfristigen Verpflichtungen von Fr. 50'440.– noch weitere, nicht betriebene Ausstände bei den Steuerbehörden oder Sozialversicherungen hat. Demgegenüber führt die Schuldnerin keine Debitoren an. Fast alle Kunden würden bar oder mit Kreditkarte oder Twint bezahlen (act. 2 Rz 9). Das Konto der Schuldnerin bei der ZKB wies per 13. Mai 2024 einen Saldo von Fr. 2'677.90 auf (act. 5/8 letzte Seite). Auf dem PostFinance-Konto lagen per 6. Mai 2024 Fr. 19.30 (act. 5/9). Somit liegen liquide Mittel von knapp Fr. 3'000.–

vor. Das Mieterkautionskonto bei der ZKB mit einem Saldo von Fr. 10'063.20 per 31. Dezember 2023 kann nicht zu den Barmitteln gezählt werden, da es nicht kurzfristig, sondern nur bei Auflösung des Mietverhältnisses und auch dann in gegenwärtig nicht bekannter Höhe abrufbar ist (act. 2 Rz 9, act. 5/7). Weiter verweist die Schuldnerin auf ein Fahrzeug der Marke VW für sämtliche Warentransporte und ihr Warenlager mit einem – mutmasslich geschätzten – Einkaufswert von Fr. 105'500.– am 13. Mai 2024 (act. 2 Rz 9, act. 5/10 und 5/14). Der Transporter sowie das Lager werden indes für den Betrieb grösstenteils benötigt, weshalb sie im Rahmen der Liquiditätsprüfung ebenfalls nicht zu berücksichtigen sind. Im Übrigen erscheint fraglich, ob bei einem Verkauf unter Zeitdruck ein nennenswerter Erlös erzielt werden könnte. Andere rasch verfügbaren Mittel macht die Schuldnerin nicht geltend. Die Guthaben vermögen demnach die Verbindlichkeiten in keiner Weise zu decken.

c) Die Schuldnerin erklärt, dass sie mit ihren guten Umsätzen die Löhne von F._____ und H._____ samt Sozialleistungen sowie die Miete und allgemeinen Geschäftskosten bezahlen könne (act. 2 Rz 9). Gemäss den Umsatzmeldungen an die I._____ (Vermieterin) erzielte sie im Jahr 2022 einen Bruttoumsatz von Fr. 222'153.–, im Jahr 2023 von Fr. 223'906.– und im ersten Quartal 2024 einen solchen von Fr. 51'932.–. Nach Abzug der Mehrwertsteuer verbleiben Fr. 205'048.–, Fr. 206'865.– und Fr. 47'725.– (act. 5/12). Dabei fällt auf, dass der Umsatz in den ersten vier Monaten des laufenden Jahres über 20 % tiefer liegt als in der gleichen Periode der Vorjahre. Die Schuldnerin äussert sich nicht dazu. Die Gesamtlohnsumme betrug im Jahr 2023 Fr. 128'344.–, wovon knapp Fr. 120'000.– auf die beiden Hauptmitarbeiter entfielen. Für das laufende Jahr erwartet die Schuldnerin Lohnkosten von total Fr. 120'000.– (act. 5/16-5/18). Mit der I._____ ist eine Umsatzmiete vereinbart, welche linear 12 % des Umsatzes beträgt. Die Mindestmiete beläuft sich auf Fr. 31'509.– pro Jahr. Hinzu kommen akonto Fr. 840.– für Nebenkosten (act. 2 Rz 9, act. 5/4-5/5, act. 5/13). Entgegen der Ansicht der Schuldnerin scheint bei den dargelegten Verhältnissen die Möglichkeit, ihre Schulden in absehbarer Zeit abzubauen sowie in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, als nicht gegeben.

Es liegen keine Angaben zum Gewinn vor. Dass die Schuldnerin einen solchen erzielt, scheint aus nachstehenden Gründen nicht glaubhaft. Zum erwähnten Aufwand (Lohn- und Mietkosten von rund Fr. 160'700.–) kommen noch weitere regelmässige – mangels Erfolgsrechnung in der Höhe nicht bekannte – Auslagen namentlich für Sozial- und andere Versicherungen, Steuern, Strom und das Fahrzeug hinzu. Ebenfalls sind die Einstandskosten der verkauften Waren zu berücksichtigen. Stellt man dem Umsatz von rund Fr. 205'000.– (ohne MwSt, die dem Bund abzuliefern ist) den (mutmasslichen) Aufwand gegenüber, so dürfte höchstens ein minimaler Gewinn resultieren, zumal der Umsatz im ersten Quartal des laufenden Jahres wie gesehen bedeutend tiefer ausfiel als in den Vorjahren. Es sind mindestens Fr. 50'440.– zu begleichen, wobei es die Kammer genügen lässt, wenn die Schuldnerin glaubhafterweise die dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren nebst den laufenden Verbindlichkeiten auch ihre Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS190222 vom 16. Januar 2020, act. 2 Rz 16). Dies bedeutet, dass die Schuldnerin monatlich mehr als Fr. 2'100.– für die Schuldentilgung aufwenden müsste, was nicht realistisch erscheint. Denn zu berücksichtigen ist auch, dass sie zwar derzeit nach eigenen Angaben kaum Wareneinkäufe tätigen muss, da das Lager voll sei (act. 2 Rz 9). Will sie aber einen Umsatz in bisheriger Höhe erwirtschaften, so hat sie ihr Lager mit einem aktuellen Wert von Fr. 105'000.– in absehbarer Zeit zumindest teilweise wieder aufzufüllen. Die dafür benötigten Barmittel kann sie nicht zum Abbau der Schulden heranziehen. Dass die Schuldnerin kaum einen Gewinn erzielt, wird durch die Kontoauszüge untermauert. Zwar sind regelmässige Zahlungseingänge ersichtlich (act. 2 Rz 9), aber auch Belastungen in ähnlicher Höhe. Auf dem ZKB-Konto übersteigen die Gutschriften die Belastungen seit Oktober 2023 bis 5. Mai 2024 um insgesamt lediglich rund Fr. 1'300.– (act. 5/8). Kein anderes Bild ergibt das Konto bei der PostFinance: Hier stehen im gleichen Zeitraum Ausgaben von Fr. 17'204.– Gutschriften von Fr. 17'099.– gegenüber (act. 5/9 S. 74). Entgegen ihrer Einschätzung ist somit nicht plausibel dargetan, dass die Schuldnerin mit ihren Barmitteln und Einnahmen nebst den laufenden Verpflichtungen ihre Schulden innert weniger Monate (act. 2 Rz 16), aber auch nicht in innerhalb von längstens zwei Jahren wird abtragen können.

6. In Gesamtwürdigung der finanziellen Lage der Schuldnerin kann demnach nicht von einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass ausgegangen werden. Die Schuldnerin vermochte mithin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

7. Ausgangsgemäss wird die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig. Die Kosten sind aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen. Entschädigungen sind keine zuzusprechen; der Schuldnerin nicht weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab Donnerstag, 20. Juni 2024, 08.00 Uhr, der Konkurs eröffnet.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 8'163.55 dem Konkursamt Oerlikon-Zürich zuhanden der Konkursmasse der Schuldnerin zu überweisen.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner im Dispositiv 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Schmidt

versandt am:
20. Juni 2024