

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220124-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur. R.
Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Latic

Urteil vom 22. August 2022

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch B._____

gegen

C._____, D._____,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 12. Juli 2022 (EK221025)

Erwägungen:

1.1. Die Schuldnerin betreibt einen Rohstoffhandel, während die Gläubigerin eine Vorsorgeeinrichtung ist. Mit Urteil vom 12. Juli 2022 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 15'707.30 nebst Zins zu 5 % seit 14. Dezember 2021 zuzüglich Gläubigerkosten von gesamthaft CHF 600.– sowie Betriebskosten von CHF 242.70 (act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 22. Juli 2022 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 25. Juli 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist im Sinne der Erwägungen ergänzen könne (act. 10). Am 3. August 2022 reichte die Schuldnerin innerhalb der Beschwerdefrist eine Ergänzung ein (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

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 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 hat mit Einzahlung vom 22. Juli 2022 für die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten einen Betrag von CHF 15'071.10 beim Obergericht hinterlegt (act. 5/4). Dieser Betrag deckt die vorstehend dargelegten Forderungen der Gläubigerin – unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen (act. 5/3) – samt Kosten. Weiter hat sie die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt

(act. 5/7). Damit hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass sie den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinterlegt hat.

4.1. Die Schuldnerin konnte nicht beweisen, dass zwischen ihr und der Gläubigerin eine Abzahlungs- und Stundungsvereinbarung vereinbart wurde (vgl. act. 10 S. 4 f. i.V.m. act. 13 Rz. 3 f.). Da die Zahlung erst nach der Konkursöffnung geleistet wurde, bleibt damit 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 liegen Auszüge der Betreibungsämter der früheren Sitze in E._____, F._____ und G._____ sowie des aktuellen Sitzes in H._____, die den Zeitraum vom 31. Oktober 2018 bis 29. Juli 2022 umfassen (act. 5/8, act. 14/1-3). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin – nebst der vorliegenden Konkursforderung – fünfmal be-

trieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 4'220.–. Zwei Forderungen wurden durch Zahlungen an das Betreibungsamt getilgt (act. 5/8 und act. 14/2). Betreffend die restlichen drei Betreibungsverfahren – in denen in zwei bereits der Konkurs angedroht wurde – hat die Schuldnerin (lediglich) den jeweils eingetribenen Forderungsbetrag an das Obergericht überwiesen (CHF 1'111.– in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamts H.____ ZH, act. 2 Rz. 11 i.V.m. act. 5/9 und act. 12; CHF 677.– in der Betreibung Nr. 2 und CHF 200.– in der Betreibung Nr. 3 des Betreibungsamts F.____, act. 13 Rz. 10 i.V.m. act. 14/4-5 und act. 15). Frühere Konkursöffnungen oder Verlustscheine sind keine registriert.

Die drei Betreibungen sind zwar nach wie vor offen, zumal aus der Zahlung auch die Betreibungskosten zu decken sind, welche die Schuldnerin zu tragen hat (vgl. Art. 68 Abs. 1 SchKG), und unbekannt ist, ob und in welcher Höhe Verzugszinsen zu zahlen sind. Dennoch sind sie aufgrund der Überweisung der betriebenen Hauptforderung an das Obergericht in der nachstehenden Berechnung nicht zu berücksichtigen.

4.2.2. Im Recht liegen ferner eine definitive Jahresrechnung von 2020 sowie eine provisorische von 2021 (act. 5/10 und act. 14/6). Aus der provisorischen Bilanz von 2021 geht hervor, dass die Schuldnerin gegenüber Vorsorgeeinrichtungen und Sozialversicherungen kurzfristiges Fremdkapital von CHF 34'479.70 aufweist (act. 14/6 S. 2 der Bilanz; dieses ist im Vergleich zum Vorjahr um knapp CHF 18'500.– gestiegen, vgl. act. 5/10 S. 2 der Bilanz). In ihrer Beschwerde äussert sich die Schuldnerin nicht über die Umstände dieser Schulden. Weitere Schulden sind aus den Bilanzen nicht ersichtlich.

4.3. Als Aktivum ist zunächst das Bankguthaben der Schuldnerin bei der Postfinance in Höhe von CHF 5'400.– zu berücksichtigen (act. 2 Rz. 17; belegt sind CHF 6'111.18 per 30. Juni 2022, act. 5/12 S. 5). Das behauptete Guthaben gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung von rund CHF 4'200.– ist hingegen nicht belegt (die als Beilage 13 und 14 offerierten Abrechnungen wurden nicht eingereicht, act. 2 Rz. 18; vgl. Beweismittelverzeichnis, das lediglich zwölf Beilagen aufweist, act. 2 S. 6). Weitere Aktiven macht die Schuldnerin nicht gel-

tend (vgl. auch nachstehend die Erwägungen unter E. 4.4. zum Aktivdarlehen). Aktuell verfügt die Schuldnerin damit nicht über genügend finanzielle Mittel, um ihre Schulden zu tilgen.

4.4. Die Schuldnerin schrieb im Jahr 2020 einen Verlust von CHF 1'569.51 (act. 5/10). Sie gibt an, dieser Verlust sei vor allem darauf zurückzuführen, dass sie ihre Waren vorwiegend an im Ausland ansässige Kunden verkaufe. Die Geschäfte hätten während der Pandemie aufgrund der verschiedenen internationalen Beschränkungen leider nicht im gewohnten Umfang abgewickelt werden können. Der geschäftlichen Zukunft blicke sie sehr optimistisch entgegen, und sie sei überzeugt, sie könne wieder gewinnbringend handeln und arbeiten, nachdem die angeordneten Einschränkungen mittlerweile grösstenteils wieder aufgehoben seien (act. 2 Rz. 13 und 15). Aus der provisorischen Erfolgsrechnung für 2021 geht hervor, dass die Schuldnerin einen Gewinn (vor Steuern) von CHF 13'833.75 verbuchte (act. 14/6 S. 4 der Erfolgsrechnung). Dieser Gewinn ist allerdings insofern stark zu relativieren, da im gleichen Zeitraum – wie dargelegt – auch das kurzfristige Fremdkapital um rund CHF 18'500.– gestiegen ist (s. E. 4.2.2.). Schliesslich ist festzuhalten, dass die Schuldnerin im Jahr 2020 einen Verlustvortrag von rund CHF 5'000.– verbuchte, was kein gutes Licht auf die Wirtschaftlichkeit auch vor der Zeit der Pandemie wirft (vgl. act. 5/10 S. 2 der Bilanz).

Unklar sind ferner die Umstände betreffend die Anlageposition "1440 Darlehen", die 2020 mit CHF 27'215.85 und 2021 gar mit CHF 57'261.25 verbucht wurde (act. 5/10 S. 1 der Bilanz sowie act. 14/6 S. 1 der Bilanz). Weder ist etwas über den Darlehensnehmer bekannt noch weshalb die Position – trotz Verlust und Schulden – um mehr als das Doppelte (rund CHF 30'000.–) gestiegen ist. Die Schuldnerin äussert sich auch nicht darüber, wann mit der Rückzahlung zu rechnen ist. Dies hinterlässt offene Fragen in Bezug auf die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin.

In Bezug auf die aktuelle Tätigkeit erklärt die Schuldnerin, sie habe am 21. Juli 2022 eine Bestellung ihres Stammkunden I. _____ erhalten, der Rohmaterial für total EUR 18'400.– bestellt habe (act. 2 Rz. 16). Im Recht liegt eine E-Mail auf Türkisch samt Übersetzung, woraus die behauptete Bestellung hervorgeht

bzw. hervorgehen soll (act. 5/11). Allerdings ist unklar, wieviel Gewinn die Schuldnerin aus dieser Bestellung erwirtschaften kann. Aus dem eingereichten Auszug des Geschäftskontos für den Monat Juni 2022 gehen ferner diverse Zahlungseingänge von J._____ sowie ein Eingang von K._____ im Gesamtbetrag von über CHF 35'000.– hervor (act. 5/12). Ob es sich dabei um Einkünfte aus der Geschäftstätigkeit oder um Rückzahlungen der Darlehen handelt (vgl. Anlagevermögen Position 1440), lässt sich der Beschwerde nicht entnehmen. Damit bleibt sowohl die vergangene als auch die aktuelle Geschäftstätigkeit unklar. Über ihre geschäftliche Zukunft äussert sich die Schuldnerin nur pauschal.

4.5. Zusammenfassend gelingt es der Schuldnerin nicht, glaubhaft darzulegen, dass sie über ausreichend liquide Mittel verfügt, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Sie äussert sich nicht darüber, wie sie die Schulden gegenüber den Vorsorgeeinrichtungen und Sozialversicherungen abbauen will. Mit einem aktuellen liquiden Guthaben von lediglich CHF 5'400.– und Schulden von rund CHF 34'500.– ist nicht ersichtlich, wie die Schuldnerin in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Den Verlusten in den vergangenen Jahren steht lediglich ein stark zu relativierender Gewinn im Jahr 2021 gegenüber, weshalb grosse Zweifel an der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit der Schuldnerin bestehen. Zwar ist es nachvollziehbar, dass die Pandemie in einem internationalen Geschäftsfeld – wie demjenigen der Schuldnerin – negative Auswirkungen hatte; dies erklärt jedoch nicht, dass die Schuldnerin bereits vor der Pandemie Verluste schrieb. Sie konnte nicht glaubhaft machen, dass die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Es bestehen auch keine Anzeichen, dass sich die finanzielle Situation in naher Zukunft verbessern wird. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid gilt.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkurseröffnung sind daher nicht gegeben. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Da ihr am 25. Juli 2022 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 10), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Spruchgebühr 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 **22. August 2022, 16:30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Oerlikon-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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von insgesamt CHF 17'059.75 an das Konkursamt Oerlikon-Zürich zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Schuldnerin,
 - die Gläubigerin (unter Beilage des Doppels von act. 13),
 - das Konkursamt Oerlikon-Zürich,
 - das Betreibungsamt H. _____ ZH (mit besonderer Anzeige),
 - das Betreibungsamt F. _____ (mit besonderer Anzeige),
 - das Betreibungsamt G. _____ (mit besonderer Anzeige),
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich (mit besonderer Anzeige) und
 - die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lacic

versandt am: