

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230190-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Urteil vom 25. Oktober 2023

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ [Stiftung],

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch C. _____ AG

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 3. Oktober 2023 (EK231473)**

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.1996 im Handelsregister eingetragen, wobei sie seit 2014 unter der heutigen Firma im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist. Sie bezweckt gemäss Handelsregisterauszug den Handel mit Motorfahrzeugen und deren Zubehör, ... (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 3. Oktober 2023 (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar]), mit Wirkung ab 14:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 23'865.45 nebst Zins zu 5 % seit 5. Dezember 2022, Fr. 500.– Administrationskosten, Fr. 206.60 Betreuungskosten, mithin für eine Forderung von insgesamt Fr. 25'559.35 (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 8 [nachfolgend: Betreibungsamt]).

1.3. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 5. Oktober 2023 Beschwerde (act. 2) samt Beilagen (act. 3, 4 und 5/3-6). Sie beantragte, das Konkurseröffnungsurteil sei aufzuheben, sie sei wieder in die Verfügung über ihr Vermögen einzusetzen und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen (act. 2 S. 2).

1.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-14). Mit Verfügung vom 6. Oktober 2023 wurde der Beschwerde einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt, die Schuldnerin jedoch darauf hingewiesen, die Beschwerde innert der Beschwerdefrist ergänzen und weitere Belege einreichen zu können (act. 9). Innert der Beschwerdefrist ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde und reichte weitere Unterlagen ein (act. 12 und 13/7-36; act. 8/10 zur Rechtzeitigkeit). Darin ersuchte sie erneut um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 12 S. 2). Mit Verfügung vom 18. Oktober 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. Zusätzlich ist erforderlich, dass die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sichergestellt werden. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG; BGE 139 III 491 E. 4.4 und BGE 136 III 294 E. 3). Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO).

2.2. Die Schuldnerin weist nach, am 5. Oktober 2023 zugunsten des Obergerichts des Kantons Zürich Fr. 20'000.– unter dem Titel "KK Forderung Gläubiger" und Fr. 6'517.– unter dem Titel "Bearbeitungsgebühren" überwiesen zu haben (act. 5/4). Die insgesamt einbezahlten Fr. 26'517.– decken sowohl die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten (vgl. oben E. 1.2) als auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.–. Zudem hat sie am 5. Oktober 2023 beim Konkursamt Riesbach-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'800.– sichergestellt (act. 5/6). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen.

2.3. Es bleibt zu prüfen, ob die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat. 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, so genügen ihre 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 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Auch das Vorhandensein von Verlustscheinen ist ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. zu Letzterem BGer 5A_470/2012 vom 19. November 2012 E. 3.3). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

2.4.

2.4.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Vorliegend weist der eingereichte Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin vom 12. Oktober 2023 insgesamt 48 eingeleitete Beteiligungen seit 26. Februar 2019 aus. Davon sind 36 erledigt worden. Lässt man die nun hinterlegte Konkursforderung ausser Acht, sind gemäss Betreibungsregisterauszug noch elf Beteiligungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 75'080.– offen. Davon befinden sich zwei Beteiligungen im Stadium der Pfändung und fünf im Stadium der Konkursandrohung. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 13/26). Insgesamt geht hervor, dass die Schuldnerin seit Februar 2019 doch einige Beteiligungen – teilweise für Kleinstbeträge – hat auflaufen lassen, einen Grossteil aber dennoch bereits wieder erledigen konnte, wobei zehn der elf offenen Beteiligungen allesamt von diesem Jahr stammen.

2.4.2. Die Schuldnerin führt aus und belegt, die Forderungen der Betreibungen Nr. 2, 3 und 4 im Gesamtbetrag von Fr. 775'50 zwischenzeitlich getilgt zu haben (act. 12 Rz. 21 ff.; act. 13/34-36). Somit bestehen noch offene Betreibungen im Umfang von rund Fr. 74'300.–. Die Schuldnerin anerkennt sämtliche Forderungen dieser acht noch offenen Betreibungen und bringt vor, dass einige dieser Zahlungen momentan gestundet seien (act. 12 Rz. 14 ff.). Dass entsprechende Stundungen bzw. Zahlungsaufschübe gewährt wurden, legt die Schuldnerin zwar dar (act. 13/27-28, 30-33). Die betreffenden Betreibungen befinden sich jedoch allesamt im Stadium der Konkursandrohung und werden aufgrund der verabredeten Stundungsdauer in den nächsten Monaten (zwischen November und Mitte Januar 2024) zu bezahlen sein. Sodann macht sie geltend, die Forderung aus der Betreibung Nr. 5 in der Höhe von Fr. 42'500.– habe sich aufgrund einer Anzahlung von Fr. 20'000.– auf Fr. 22'500.– reduziert. D._____ habe sich privat verpflichtet, den noch offenen Betrag bis 1. November 2023 und 1. Dezember 2023 in Teilbeträgen zu bezahlen, wofür eine öffentlich beurkundete Bürgschaft errichtet worden sei (act. 12 Rz. 17). Zwar zederte die ursprüngliche Gläubigerin Fr. 20'000.– an D._____ (act. 13/31 S. 1 f.), jedoch ändert das an der bestehenden Schuld in der Höhe von Fr. 20'000.– nichts; die in Betreibung gesetzte Forderung, welche sich ebenfalls im Stadium der Konkursandrohung befindet, hat sich zwar verringert, die Schuld besteht jedoch nach wie vor, nur gegenüber einem neuen Gläubiger. Sodann bleibt die Schuldnerin bis zur Bezahlung auch mit der Bürgschaft (vgl. act. 13/31 S. 5 f.) Solidarschuldnerin für den Restbetrag, weshalb sich der Umfang der offenen Schulden bisher nicht verringert hat.

2.4.3. Die Schuldnerin anerkennt, gemäss Kreditorenliste Ausstände von insgesamt Fr. 277'000.– zu haben, welche ihrer Ansicht nach bis Mitte 2024 getilgt werden könnten (act. 12 Rz. 12; act. 13/25). In dieser Schuldenaufzählung ebenfalls enthalten sind die offenen Betreibungen gemäss Betreibungsregisterauszug, wovon – wie gesehen (vgl. obige E. 2.4.2) – noch Fr. 74'300.– (bzw. Fr. 54'300.– tatsächlich noch offene Betreibungen sowie Fr. 20'000.– zugunsten eines neuen Gläubigers) und nicht mehr Fr. 104'500.– offen sind. Die entsprechenden Schulden haben sich demnach um Fr. 30'200.– verringert. Der Bilanz per 30. September 2023 ist kurzfristiges Fremdkapital von rund Fr. 205'800.– zu ent-

nehmen (act. 13/9 S. 1). Es ist zugunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass es sich hierbei – zumindest teilweise – um dieselben Positionen handelt, mithin offene Gesamtschulden in der Höhe von Fr. 246'800.– (Fr. 277'000.– abzüglich Fr. 30'200.–) bestehen. In diesem Betrag ist der Covid-Kredit in der Höhe von Fr. 84'610.50 enthalten. Die Schuldnerin geht davon aus, dass sie den Covid-Kredit im März 2024 entweder durch den guten Geschäftsumsatz oder sonst durch eine Kapitalaufstockung oder ein weiteres Darlehen wird amortisieren können (act. 12 Rz. 5). Die monatlich zu begleichenden Kosten von Fr. 21'000.– könnten offenbar vorübergehend um den Lohn von D. _____ in der Höhe von Fr. 4'200.–, der zurückgestellt werden könnte, reduziert werden (act. 13/25).

2.5.

2.5.1. Mit Blick auf die eingereichten Kontoauszüge (act. 13/12-13) ist der Schuldnerin zuzustimmen, dass diesen teilweise hohe Gutschriften zu entnehmen sind, jedoch sind sie auch in Relation zu den Belastungen zu setzen. Im Zeitraum von März bis September 2023 bzw. April bis Mitte Oktober 2023 hielten sich die Gutschriften und die Belastungen ungefähr die Waage. Auf dem Konto Nr. 5 stehen den Gutschriften von insgesamt rund Fr. 607'700.– Belastungen von rund Fr. 605'100.– gegenüber (act. 13/12). Dem Konto Nr. 6 sind insgesamt Gutschriften von rund Fr. 142'600.– und Belastungen von rund Fr. 130'000.– zu entnehmen (act. 13/13). Gemäss Kontoauszug der ZKB vom 14. Oktober 2023 verfügt die Schuldnerin – wie in der Beschwerdeergänzung geltend gemacht – aktuell über einen Betrag von rund Fr. 22'500.– an flüssigen Mitteln (act. 12 Rz. 5; act. 13/11).

2.5.2. Ferner macht sie geltend, dass bis Ende 2023 mit Debitoren von Fr. 293'000.– zu rechnen sei (act. 12 Rz. 11). Dabei stützt sie sich auf die unterzeichnete "Aufstellung der Aufträge in Arbeit", in der sie von aktuell pendenten Arbeiten von Fr. 107'500.–, Fahrzeugen im Handel von Fr. 7'500.–, aktuell zu fakturierenden Aufträgen von Fr. 60'000.–, fakturierten Rechnungen von Fr. 18'000.– und erwarteten Eingängen Nov/Dez von Fr. 100'000.– ausgeht (act. 13/23 S. 3 f.). Der eingereichten, unterzeichneten Debitorenliste per 14. Oktober 2023 sind Debitoren von rund Fr. 18'000.– (act. 13/21) zu entnehmen bzw. aus der Bilanz per

30. September 2023 gehen Debitoren in der Höhe von Fr. 23'441.63 (act. 13/9 S. 1) hervor. Ebenso geht aus der unterzeichneten Liste "Aufträge noch nicht fakturiert" ein Betrag von rund Fr. 41'400.– hervor (act. 13/22), womit im Vergleich zur Übersicht in der "Aufstellung der Aufträge in Arbeit" (act. 13/23 S. 3) ein um Fr. 18'600.– tieferer Betrag aufgeführt ist. Auf diesen ist abzustellen. Die penden- ten Arbeiten in der Höhe von Fr. 107'000.– gehen sodann aus der unterzeichne- ten "Auflistung der Aufträge in Arbeit vom 10. Oktober 2023" hervor (act. 13/23), worauf abzustellen ist. Mit Blick auf den bisherigen Ertrag der letzten neun Mona- te gemäss Erfolgsrechnung sowie die Kontogutschriften dieses Jahres (vgl. act. 13/9 S. 2 sowie act. 13/12-13) erscheint es plausibel, dass die Schuldnerin nebst diesen Einnahmen noch weitere Eingänge im geltend gemachten Umfang von Fr. 100'000.– wird verzeichnen können. Zusammenfassend ist glaubhaft, dass vorliegend auf der Aktiven-Seite in naher Zukunft Debitoren von insgesamt Fr. 274'400.– (Fr. 293'000.– abzüglich Fr. 18'600.–) zu berücksichtigen sind.

2.6. Zur Darlegung der allgemeinen finanziellen Lage bzw. der Geschäftsfähig- keit des Unternehmens reicht die Schuldnerin einen Zwischenabschluss per 30. September 2023 ein (act. 13/9). Aus der Erfolgsrechnung ist gegenüber dem letztjährigen Verlust von - Fr. 296'000.– ein Gewinn von momentan rund Fr. 270'000.– ersichtlich. Dem Ertrag von rund Fr. 671'100.– steht ein Aufwand von rund Fr. 400'000.– gegenüber. Der Erfolgsrechnung sind im Vergleich zum Vorjahresabschluss insbesondere viel höhere Handelserlöse per 30. September 2023 von rund Fr. 540'000.– gegenüber rund Fr. 366'750.– im ganzen Jahr 2022, ein um einiges tieferer Handelswarenaufwand von rund - Fr. 106'000.– gegenüber rund - Fr. 318'240.– und ein geringerer Personalaufwand von rund Fr. 67'000.– gegenüber rund Fr. 206'000.– zu entnehmen (act. 13/9 S. 2). Insbesondere zu den beiden erstgenannten Positionen äussert sich die Schuldnerin nicht. Ebenso fehlen Angaben der Schuldnerin dazu, weshalb in den letzten beiden Jahren solch hohe Verluste entstanden sind und wie sie es im laufenden Jahr schafft bzw. künftig schaffen wird, einen doch beträchtlichen Gewinn zu erwirtschaften. Zugunsten der Schuldnerin sind die guten Zahlen des bisherigen Jahres und der momentan verzeichnete hohe Gewinn jedoch zu berücksichtigen, wenngleich bei

einem solchen Unternehmensergebnis wohl mit einem höheren Abzug für Steuern zu rechnen sein wird.

2.7. Zugunsten der Schuldnerin nicht ausser Acht zu lassen ist sodann auch das Darlehen von E. _____ in der Höhe von Fr. 200'000.–, deren Auszahlung die Schuldnerin bzw. deren Geschäftsführer jederzeit verlangen könnte (act. 13/15). Gleichwohl bleibt fraglich, ob die Schuldnerin sich künftig nur durch jährliche Erhöhungen der Darlehenssumme vor einer Überschuldung wird retten können (vgl. die Jahresvergleiche "Darlehen gegenüber Aktionär", act. 13/9 S. 1) und was für einen Einfluss dies auf ihre Überlebensfähigkeit hat.

2.8. Zusammenfassend erscheint es durch die glaubhaft gemachten, zu erwartenden Zahlungseingänge, den momentan ausgewiesenen hohen Gewinn und die langjährige Geschäftstätigkeit glaubhaft, dass die Schuldnerin ihre Altlasten innert absehbarer Zeit, d.h. innert längstens zwei Jahren, wird abtragen und ihren aktuell dringendsten und laufenden Verpflichtungen wird nachkommen können. Ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint einstweilen gegeben, auch wenn durchaus gewisse Zweifel bestehen bleiben. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies insbesondere, da es sich um die erstmalige Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Die Schuldnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde und an das Glaubhaftmachen ihrer Zahlungsfähigkeit deutlich höhere Anforderungen zu stellen wären. Insbesondere hätte sie sich mit Blick auf die Bilanz zu auffallenden Positionen wie "Vorräte und nicht fakturierte Dienstleistungen", zum Verhältnis des dort aufgeführten kurzfristigen Fremdkapitals und der Kreditorenliste sowie zum sich wiederum erhöhten Darlehen wie auch zu den in obiger E. 2.6 erwähnten Positionen, mithin insbesondere zum diesjährigen Gewinn im Vergleich zu den letztjährigen Verlusten, näher zu äussern.

2.9. Aufgrund des Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

3. Obschon die Beschwerde gutzuheissen ist, sind die Gerichtsgebühren bei-der Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, da sie das Verfahren durch ihre Zah- lungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Kon- kursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Oktober 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 ver- rechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidge- bühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbe- zahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleis- teten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom von der Schuldnerin hinterleg- ten Betrag von insgesamt Fr. 26'517.– im Umfang von Fr. 25'559.35 der Gläubigerin und den Restbetrag (nach Abzug des Vorschusses bzw. der Entscheidgebühr von Fr. 750.–) in der Höhe von Fr. 207.65 der Schuldnerin auszubezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Jauch

versandt am:
26. Oktober 2023