

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230106-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 23. Juni 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 25. Mai 2023 (EK230640)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 25. Mai 2023 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 46'872.95 nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2023 zuzüglich Fr. 1'050.-- Bearbeitungsgebühren sowie Fr. 225.90 Betreuungskosten (act. 6). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 12. Juni 2023 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Zudem leistete die Beschwerdeführerin bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht usanzgemäss erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 4/10). Mit Verfügung vom 13. Juni 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11).

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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3.1 Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten beim Betreibungsamt zuhanden der Beschwerdegegnerin bezahlt zu haben (act. 2 S. 4 und S. 6). Zum Nachweis legt sie einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 5 vom 8. Juni 2023 vor, woraus hervorgeht, dass die Konkursforderung im Betreibungsverfahren Nr. ... vollständig bezahlt wurde (act. 4/4). Zudem bezahlte die Beschwerdeführerin am 12. Juni 2023 beim Konkursamt Aussersihl-Zürich Fr. 1'200.-- (act. 4/9). Dieser

Betrag reicht aus, um im Falle der Gutheissung der Beschwerde die zu erwartenden Konkurskosten (Gebühren und Auslagen, inkl. des erstinstanzlichen Konkursgerichts) zu decken (vgl. act. 10). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat die Beschwerdeführerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.2. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

3.3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH seit dem tt.mm.2018 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im ...-bereich sowie ...-entwicklung, den Handel mit ... Produkten aller Art sowie das Erbringen der damit zusammenhängenden Dienstleistungen (act. 5). Zu ihrer Zahlungsfähigkeit gibt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an, die Mittel zur Tilgung der Schuld seien durch ein Gesellschaftsdarlehen von C._____ in der Höhe von Fr. 110'000.-- beibracht worden. C._____ habe das Gesellschafterdarlehen aus den Mitteln des Verkaufs der Eigentumswohnung D._____-Strasse ... in E._____ per 31. Mai 2023 finanziert. Im Jahr 2020 und 2021 sei es infolge der Corona-Massnahmen immer wieder zu Verzögerungen und Absagen von Aufträgen als auch zu Zahlungsverzögerungen der Auftraggeber gekommen, was starke Auswirkungen auf die Liquidität gehabt und zu Zahlungsverzögerungen geführt habe. Mitte 2022 habe die Beschwerdeführerin beschlossen, sich zu redimensionieren. Der Personalbestand sei per Ende 2022 reduziert und die Personaladministration inklusive PK und Sozialversicherungen sei an einen Dienstleister ausgelagert worden. Zusätzlich sei für Mitte 2023 zur Sicherung der Liquidität eine Kapitalerhöhung durch den Gesellschafter geplant. Mit den aktuellen Aufträgen und dem Gesellschafterdarlehen von C._____, welches nach Aufhebung des Konkurses mittels Kapitalerhöhung in Stammkapital umgewandelt werde, sei die zukünftige Liquidität sichergestellt (act. 2 S. 4 f.).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 5 (act. 4/4) weist per 8. Juni 2023 keine Verlustscheine und 14 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 94'757.40 aus, wovon (inklusive der Konkursforderung) elf Betreibungen über Fr. 89'771.20 durch Bezahlung an Betreibungsamt/Gläubiger erledigt worden sind. Im Übrigen bestehen derzeit noch drei offene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 4'986.20, in welchen allerdings Rechtsvorschlag erhoben worden ist. Demnach bestehen aktuell keine offenen und durchsetzbaren Betreibungen. Darüber hinaus besteht gemäss eingereicherter Kreditorenliste aktuell lediglich eine offene Verbindlichkeit in Höhe von Fr. 660.-- (act. 4/8/1).

3.5. Des Weiteren reicht die Beschwerdeführerin den notariell beglaubigten Kaufvertrag vom 27. Februar 2023 über den Verkauf der genannten Eigentumswohnung in E. _____ zum Preis von Fr. 1.7 Mio. (act. 4/5), einen Kreditkarten-Kontoauszug der PostFinance vom 10. Juni 2023 mit einem Saldo von Fr. 37'669.55 zu Gunsten der Beschwerdeführerin (act. 4/6), eine Debitorenliste per 11. Juni 2023 mit zwei offenen Forderungen in Höhe von insgesamt Fr. 11'514.20 (act. 4/8/2) sowie die Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 2022 mit einem Gewinn von Fr. 879.56 (act. 4/7) ein.

3.6. Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen war, zumal die Beschwerdeführerin offenbar in der Lage war, alle in Betreuung gesetzten und durchsetzbaren Forderungen zu tilgen. Zudem ist glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin mit den flüssigen Mitteln und den genannten Aktiven in der Lage ist, den laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Somit erscheint insgesamt die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin wahrscheinlicher als das Gegenteil. Daher gilt die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

4. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Mai 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'200.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
26. Juni 2023