

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230228-O/U01

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Gautschi

Urteil vom 6. Dezember 2023

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Sammelstiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 7. November 2023 (EK230352)**

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 7. November 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 4'426.35 nebst Zins zu 3.75 % seit 24. Mai 2023, Zinsen bis 23. Mai 2023 von Fr. 68.78, Umtriebsspesen von Fr. 500.– und Betreuungskosten von Fr. 267.90 (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar] = act. 8/8). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 23. November 2023 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2; act. 8/9/2 zur Rechtzeitigkeit). Sie beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 24. November 2023 wurde der Antrag auf aufschiebende Wirkung einstweilen abgewiesen und die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist die Beschwerde noch ergänzen könne. Zudem wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 9). Mit Eingabe vom 27. November 2023 ergänzte die Schuldnerin die Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist und teilte mit, an ihren Anträgen festzuhalten (act. 11). Der Kostenvorschuss ging ebenfalls fristgerecht mit Valuta vom 27. November 2023 ein (act. 13). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-10). 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. Urkunden zum Nachweis des Konkurshinderungsgrundes sind Schriftstücke. Diese müssen nicht zwingend von der Gläubigerin unterzeichnet worden sein, es genügt bspw. auch ein Bankbeleg für

den Nachweis der Tilgung (GIROUD/THEUS SIMONI, in: Staehelin/Bauer/Lorandi [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, 2021, Art. 174 N 24 mit Verweis auf Art. 81 N 4). Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei sie auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

2.2. Die Schuldnerin reichte der Kammer zum Nachweis des Konkurshinderungsgrundes eine E-Mail der Gläubigerin vom 27. November 2023 ein, wonach die Schuldnerin die Konkursforderung inklusive Zins und Kosten mit einer Zahlung von Fr. 6'475.85 getilgt habe (act. 12/13). Mit diesem eingereichten Dokument weist die Schuldnerin die Tilgung der vollständigen Konkursforderung inklusive Zinsen innert der Beschwerdefrist nach. Ebenfalls fristgerecht reichte die Schuldnerin eine E-Mail des Konkursamtes Thalwil (nachfolgend: Konkursamt) vom 27. November 2023 ein. Das Konkursamt bestätigt darin, der am 23. November 2023 beim Schalter des Konkursamtes einbezahlte Betrag von Fr. 1'000.– reiche aus, um die vorinstanzlichen Gerichtskosten und die Kosten für das Konkursverfahren sicherzustellen (act. 5/4, act. 12/14 und act. 12/15). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nach.

3.

3.1. Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin 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 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). Nach der 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 (statt vieler: OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018, E. 2.3.).

3.2. Bei der Schuldnerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche seit dem tt.mm.2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist und den Handel mit Fahrzeugen aller Art, insbesondere von Occasionsautos sowie die Erbringung von Dienstleistungen in diesem Bereich bezweckt (act. 5/2 und act. 6).

3.3. Die Schuldnerin führt zu ihrer Zahlungsfähigkeit aus, dass aufgrund der Abwesenheit des Geschäftsinhabers, C._____, das Tagesgeschäft derzeit durch dessen Kollegen, D._____, geführt werde. Dabei sei die Forderung der Gläubigerin trotz Betreuung und Konkursandrohung nicht beglichen worden. Es handle sich jedoch um eine vorübergehende Nachlässigkeit (act. 2 Rz. 5).

Hinsichtlich ihrer finanziellen Lage macht die Schuldnerin geltend, dass die Zwischenbilanz per 30. Juni 2023 flüssige Mittel in der Höhe von Fr. 44'909.12 ausweise (act. 5/5). Bis Ende Juni 2023 habe sie aus dem Verkauf von Occasions-Fahrzeugen bereits einen Erlös von über Fr. 100'000.– und damit einen Reingewinn von über Fr. 10'000.– erwirtschaftet. Auch aktuell seien diverse Occasions-Fahrzeuge der Schuldnerin über ... [Website] inseriert (act. 5/6). Dies belege, dass die Schuldnerin weiterhin geschäftsfähig sei und über leicht zu veräussernde Vermögenswerte verfüge (act. 2 Rz. 5 ff.). Zu den Kontoauszügen des

Geschäftskontos für die Monate Januar bis Oktober 2023 (act. 12/10) legt sie dar, das Geschäftskonto weise einen erheblichen Minussaldo auf. Dieser stehe jedoch im Zusammenhang mit einem COVID-19-Kredit von Fr. 50'000.–. Bei der PostFinance seien die COVID-19-Kredite so ausgestaltet, dass die Schuldnerin nicht eine Zahlung von Fr. 50'000.– erhalten habe, sondern es ihr aufgrund des Kredites ermöglicht worden sei, das Konto bis auf -Fr. 50'000.– zu überziehen (vgl. act. 12/11 und 12/12). In der Zwischenbilanz per 30. Juni 2023 sei deshalb dieser Kredit noch mit einem Betrag von Fr. 35'000.– als langfristige Verbindlichkeit aufgeführt (act. 5/5). Der Rest sei bereits amortisiert worden (act. 11 Rz. 1 ff.).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Im von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 20. November 2023 sind drei Betreibungen verzeichnet (act. 5/7). Die Forderung von Fr. 2'176.75 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich ist als bezahlt vermerkt. Zur Betreibung der E._____ AG von Fr. 1'807.– führte die Schuldnerin aus, dass diese ebenfalls vollumfänglich getilgt worden sei (act. 2 Rz. 10). Als Nachweis reichte sie eine E-Mail der E._____ AG vom 22. November 2023 ein. Darin bestätigt das Inkasso der E._____ AG die Tilgung der Forderung (act. 5/9). Beim dritten Eintrag handle es sich um die Konkursforderung der Gläubigerin. Dieser Betrag ist – wie bereits oben erwähnt – mit einer Zahlung von Fr. 6'475.85 ebenfalls vollständig getilgt worden (act. 5/8 und act. 12/13). Damit hat die Schuldnerin sämtliche im Betreibungsregister aufgeführte Forderungen getilgt.

Eine aktuelle Debitoren- und Kreditorenliste reichte die Schuldnerin nicht ein. Die Zwischenbilanz vom 30. Juni 2023 weist keine offenen Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen aus. Hinsichtlich des aufgenommenen Covid-19-Kredites von total Fr. 50'000.– sind per 30. Juni 2023 noch kurzfristige verzinsliche Verbindlichkeiten von Fr. 2'683.08 offen sowie eine langfristige verzinsliche Verbindlichkeit von Fr. 35'000.–. Neben dem Abrechnungskonto MWST von Fr. 2'320.50 weist die Zwischenbilanz kein weiteres Fremdkapital aus. Im Vorjahr ist in der Bilanz ein Jahresverlust von Fr. 7'846.40 aufgeführt. Per 30. Juni 2023

geht demgegenüber ein Gewinn von Fr. 10'413.78 hervor. Die Erfolgsrechnung vom 1. Januar bis 30. Juni 2023 weist – wie von der Schuldnerin behauptet – ein Erlös aus den Fahrzeugverkäufen von Fr. 105'200.– aus. Der Erlös für die ersten sechs Monate im Jahr 2023 entspricht jedoch lediglich einem Fünftel des Erlöses im gesamten Jahr 2022 (Fr. 564'075.94; vgl. act. 5/5 S. 3). Weshalb der Erlös gegenüber dem Vorjahr erheblich tiefer ausfiel, wird von der Schuldnerin nicht ausgeführt. Dem Erlös wird in der Erfolgsrechnung vom 1. Januar bis 30. Juni 2023 unter anderem ein Materialaufwand (inkl. Einkauf von Fahrzeugen) von Fr. 74'556.95 und ein übriger betrieblicher Aufwand (inkl. Mietzinsaufwand, Fahrzeug- und Transportaufwand etc.) von total Fr. 24'971.62 gegenübergestellt (act. 5/5 S. 3 ff.). Hinsichtlich des Personalaufwandes ist festzustellen, dass vom 1. Januar bis 30. Juni 2023 keine Auszahlungen von Löhnen oder Gehältern ausgewiesen sind. Im Vorjahr wurden demgegenüber Löhne und Gehälter von Fr. 43'175.20 ausbezahlt (act. 5/5 S. 3). Es stellt sich somit die Frage, ob für die Monate Januar bis Juni 2023 noch – in der Zwischenbilanz nicht ausgewiesene – Lohnforderungen offen sind. Es wäre insbesondere denkbar, dass D._____, welcher gemäss der Schuldnerin zurzeit das Tagesgeschäft für den Geschäftsinhaber C._____ führt (vgl. act. 2 S. 3), Lohnforderungen zustehen. Die Schuldnerin äussert sich hierzu nicht und lässt auch offen, wann der Geschäftsinhaber wieder zurückkehren wird. Zudem geht die Schuldnerin mit keinem Wort auf die Aktivposition in der Bilanz "Kontokorrent C._____" im Betrag von Fr. 118'454.13 ein. Es kann weder aus der Bilanz noch der Erfolgsrechnung eruiert werden, ob es sich hierbei um ein Darlehen an den Geschäftsinhaber handelt.

Weiter weisen die Kontoauszüge des Geschäftskontos bei der PostFinance für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Oktober 2023 Gutschriften von total Fr. 35'769.– und Belastungen von total Fr. 31'740.44 auf (act. 12/10). Diese Gutschriften und Belastungen stimmen betragsmässig bei weitem nicht mit dem in der Erfolgsrechnung ausgewiesenen Erlös (Fr. 105'200.–) und den Aufwänden (Fr. 94'155.02) überein. Diese erhebliche Differenz lässt sich weder durch die eingereichten Unterlagen erklären noch äussert sich die Schuldnerin dazu.

Hinsichtlich des negativen Saldos des Geschäftskontos per 31. Oktober 2023 von Fr. 34'464.– hat die Schuldnerin hingegen glaubhaft gemacht, dass es sich hierbei um den Covid-19-Kredit handelt, welchen sie bereits teilweise amortisiert hat. Gemäss der von der Schuldnerin eingereichten Informationenübersicht zu den Covid-19-Krediten bei der PostFinance (act. 12/12) hat sie diesen Kredit vom 31. März 2022 bis 30. September 2027 in vierteljährlichen linearen Tranchen vollumfänglich zu amortisieren. Somit ist festzuhalten, dass das Geschäftskonto per 31. Oktober 2023 abgesehen vom Covid-19-Kredit (von Fr. 35'000.– per 30. Juni 2023) keinen negativen Saldo aufwies.

Mangels aussagekräftiger Behauptungen und Unterlagen der Schuldnerin ist es nicht möglich, ihre wirtschaftliche Situation auch nur summarisch zu beurteilen. Sie reichte weder Steuerelemente noch eine aktuelle Kreditoren- und Debitorenliste ein. Ebenso fehlen detaillierte und nachvollziehbare Angaben zu den monatlichen Einnahmen und Ausgaben sowie insbesondere Angaben zu dem in der Erfolgsrechnung vom 1. Januar bis 30. Juni 2023 nicht ausgewiesenen Lohn- und Gehaltsaufwand. Zugunsten der Schuldnerin ist immerhin der Umstand zu berücksichtigen, dass sämtliche Betriebsforderungen beglichen wurden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich mit ihren Vorbringen und den eingereichten Unterlagen kein nachvollziehbares Gesamtbild über ihre Vermögenslage, insbesondere die Einnahmen und Ausgaben, verschaffen lässt. Eine verlässliche Einschätzung der aktuellen und zukünftigen Situation ist dadurch nicht möglich. Damit erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aufgrund der Vorbringen der Schuldnerin und der vorgelegten Akten nicht hinreichend glaubhaft. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind somit nicht gegeben.

3.5. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gegen den am 7. November 2023 eröffneten Konkurs abzuweisen.

3.6. Schliesslich ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass nach Art. 195 SchKG frühestens nach Ende der Eingabefrist die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind (also auch die, für wel-

che noch keine Betreuung eingeleitet wurde) oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist (vgl. DIGGELMANN, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar SchKG, 2. Auflage, 2014, Art. 195 N. 3).

4.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Antrag der Schuldnerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 bis act. 5/2-9, act. 11 und act. 12/10-14, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Thalwil, mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Sihlthal, 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:

M^{Law} O. Guyer

versandt am:
7. Dezember 2023