

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 5. April 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt X._____,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 2. März 2023 (EK230040)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 2. März 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 13'249.30 einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7). Dagegen erhob diese mit zwei Eingaben vom 20. März 2023 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 und 9). Weiter reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 4/1-5).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn die Schuldnerin ihre 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 der Gläubigerin hinterlegt worden sein (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes sind praxisgemäss (ebenfalls vor Ablauf der Beschwerdefrist) beim zuständigen Konkursamt sicherzustellen (vgl. OGer PS110095 vom 6. Juli 2011).

3. Mit Einreichung der Beschwerde hinterlegte die Schuldnerin die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten in der Höhe von Fr. 13'249.30 bei der Obergerichtskasse (act. 6/1). Somit liegt der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Weiter hatte die Schuldnerin rechtzeitig die Kosten des Konkursamtes in der Höhe von Fr. 800.– sichergestellt (act. 4/1). Schliesslich leistete sie einen Vorschuss von Fr. 750.– für das zweit-

stanzliche Verfahren (act. 6/2). Nach Durchsicht der eingereichten Unterlagen wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit Verfügung vom 21. März 2023 einstweilen verweigert (act. 12).

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).

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt (act. 4/2) wurden seit dem 11. Juli 2019 bis zum 20. März 2023 48 Beteiligungen eingeleitet, wovon vier erloschen und 29 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen sowie die Umstände, dass es in sechs Fällen zur Konkursandrohung kam und sich sieben Beteiligungen im Stadium der Pfändung befinden, lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde die dem

aktuellen Konkursbegehren zugrunde liegende Betreuung Nr. ... inzwischen bei der Gerichtskasse hinterlegt. Damit sind noch 14 Betreibungen über total knapp Fr. 20'150.– offen. Zu deren Stand äusserte sich die Schuldnerin nicht und legte insbesondere keine weiteren Zahlungsbelege vor (act. 2 und 9). Somit verbleiben offene in Betreuung gesetzte Forderungen von rund Fr. 20'150.–.

b) Die Schuldnerin betreibt seit Sommer 2019 ein Restaurant. Dieses habe bereits Ende 2019 einen Gewinn abgeworfen, sei dann aber wegen der Corona-Pandemie in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Mit den gesteigerten Umsätzen nach dem Ende der Pandemie könne sie aber die offenen Betreibungen bezahlen und die laufenden Kosten tragen (act. 9 S. 3 f.). Rückschlüsse auf den Geschäftsgang sind angesichts der spärlichen Unterlagen und der pauschalen Vorbringen der Schuldnerin kaum möglich. Sie reichte weder eine Kreditorenliste noch eine Bilanz oder wenigstens einen Zwischenabschluss ein. In der Steuererklärung 2021, deren Beilagen sich nicht bei den Akten befinden, wies die Schuldnerin ein negatives Eigenkapital von Fr. 127'981.– aus (act. 4/4). Somit lagen Ende 2021 Schulden gegenüber Dritten in dieser Höhe vor. Ob es sich dabei um kurz- oder langfristige Verbindlichkeiten handelt, ist unbekannt. Da die Schuldnerin aber nach eigenen Angaben erst im Oktober 2022 massgeblich mit dem Schuldenabbau beginnen konnte (act. 9 S. 3), muss angenommen werden, dass die aktuellen Ausstände bedeutend höher als die betriebenen Forderungen von Fr. 20'150.– ausfallen. Es finden sich sodann auch keine Debitorenliste oder andere Hinweise auf kurzfristig verfügbare Guthaben in den Akten. Das Konto der Schuldnerin bei der Bank Raiffeisen wies per 28. Februar 2023 einen Saldo von Fr. 6'097.35 aus (act. 4/5). Damit vermögen die Barmittel die Verbindlichkeiten nicht annähernd zu decken.

Wie gesehen, lag gemäss der Steuererklärung 2021 zumindest per Ende 2021 eine Überschuldung vor (act. 4/4). Dass diese inzwischen überwunden ist, scheint unwahrscheinlich. Zwar sind auf dem genannten Konto bei der Bank Raiffeisen im Zeitraum vom September 2022 bis Ende Februar 2023 regelmässige Gutschriften verzeichnet, welche die Belastungen aber um lediglich rund Fr. 4'000.– übersteigen (act. 4/5). Weitere Anhaltspunkte, die für eine Verbesse-

rung der Eigenkapitalsituation sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Entgegen der Einschätzung der Schuldnerin scheint aufgrund der dargelegten Verhältnisse ihre Möglichkeit, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen und ihre Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, selbst dann als nicht gegeben, wenn nicht alle Kreditoren auf einmal befriedigt werden müssen. Zwar lässt es die Kammer genügen, wenn eine Schuldnerin glaubhafterweise die dringendsten Verbindlichkeiten bedienen kann und innerhalb von längstens zwei Jahren nebst den laufenden Verbindlichkeiten auch ihre Altlasten wird bereinigen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Dies erscheint vorliegend jedoch unrealistisch. Während der besagten sechs Monate fielen Belastungen von rund Fr. 137'800.– an. Diese Ausgaben betrafen namentlich den Wareneinkauf, Löhne und Bargeldbezüge (act. 4/5). Da keine Erfolgsrechnung vorliegt, ist darüber hinaus über die Kostenseite nichts bekannt. Es ist aber davon auszugehen, dass diese weitere Positionen wie Steuern, Sozialabgaben, Miet- und Energiekosten sowie Versicherungen umfasst. Solche Zahlungen lassen sich dem Kontoauszug nicht entnehmen. Der Gesamtaufwand der Schuldnerin dürfte somit beträchtlich höher sein. Dass die Schuldnerin angesichts des geringen Überschusses von Fr. 4'000.– in sechs Monaten bei nur teilweise ausgewiesenem Aufwand schliesslich einen Jahresgewinn erzielen und damit ihre Verbindlichkeiten in absehbarer Zeit massgeblich reduzieren kann, ist deshalb nicht glaubhaft. Zu allfälligen zusätzlichen – im Kontoauszug nicht verzeichneten – Einnahmen aus Barzahlungen äussert sie sich nicht; solche vermöchten ihre finanzielle Situation aber kaum wesentlich zu verbessern. So erzielte sie bereits in den Jahren 2020 und 2021 einen Verlust von knapp Fr. 50'000.– bzw. Fr. 98'000.–, welcher allerdings auch auf die Pandemie zurückzuführen sein dürfte. Den behaupteten Aufschwung (act. 2) konkretisierte die Schuldnerin schliesslich in keiner Weise; ebenso wenig zeichnet sich dieser aufgrund der Akten ab. Unter diesen Umständen kann entgegen der Ansicht der Schuldnerin gegenwärtig nicht von einem rentablen Betrieb ausgegangen werden (act. 9 S. 4). Ihr Hinweis auf ihre Bekanntheit im Quartier, ihren Kundenstamm und die zahlreichen positiven Rezensionen im Internet (act. 9 S. 3 f.) ist nicht entscheidend.

6. Zusammenfassend kann somit nicht davon ausgegangen werden, die Schuldnerin befinde sich in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass. Sie vermochte mithin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
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. 13'249.30 dem Konkursamt Wülflingen-Winterthur zuhanden der Konkursmasse der Schuldnerin zu überweisen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2 und 9, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, 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

i. V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: