

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS130195-O/ U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf

## Urteil vom 16. Dezember 2013

in Sachen

**A. \_\_\_\_\_ AG,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B. \_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_,

betreffend

### **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Oktober 2013 (EK130253)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur eröffnete mit Urteil vom 15. Oktober 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 3). Mit Beschwerde vom 31. Oktober 2013 (Datum Poststempel 1. November 2013) beantragte die Beschwerdeführerin innert Frist (vgl. act. 7/9) die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Fristerstreckung bis Ende Jahr 2013 (act. 2). Mit Verfügung vom 4. November 2013 wurde das Fristerstreckungsgesuch der Beschwerdeführerin abgewiesen (die Rechtsmittelfrist nach Art. 174 SchKG resp. Art. 321 ZPO ist eine gesetzliche und daher nach Art. 144 Abs. 1 ZPO nicht erstreckbar) und Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8). Mit Eingabe vom 4. November 2013 (Datum Poststempel) reichte die Beschwerdeführerin zusätzliche Unterlagen ein, welche jedoch – weil verspätet – nicht berücksichtigt werden können (act. 11 und 12/1-30). Der Vorschuss ging am 18. November 2013 bei der Obergerichtskasse ein (act. 13).

2. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-9). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (vgl. Art. 322 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### **II.**

1. Die Vorinstanz erwog, es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ihre Zahlungen im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eingestellt habe. Die Gläubigereigenschaft der Beschwerdegegnerin sei rechtsgenügend dargetan und von Seiten der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden. Aus dem Register des Betreibungsamtes C. \_\_\_\_\_ vom 23. August 2013 (act. 7/3/5) gehe hervor, dass gegen die Beschwerdeführerin im Jahre 2012 für 29 Forderungen (insgesamt Fr. 213'591.40) die Betreibung eingeleitet worden sei, wobei davon 20 Beitreibungen durch Rechtsvorschlag gehemmt worden seien. In vier Fäl-

len sei die Forderung nach Einleitung der Betreuung von der Beschwerdeführerin ans Betreibungsamt bezahlt worden (Gesamtbetrag Fr. 16'928.50 oder rund 7,9 % der 2012 in Betreuung gesetzten Forderungen). Eine Betreuung sei inzwischen erloschen, in drei Betreibungen sei das Fortsetzungsbegehren gestellt und in einer Betreuung der Konkurs angedroht worden. Im Jahre 2013 sei gegen die Beschwerdeführerin für 24 Forderungen (insgesamt Fr. 279'455.20) die Betreuung eingeleitet worden, wobei 20 Betreibungen durch Rechtsvorschlag gehemmt worden seien und in einer Betreuung das Fortsetzungsbegehren gestellt worden sei. Damit sei rechtsgenügend dargetan, dass die Beschwerdeführerin systematisch Rechtsvorschlag erhebe, zumal von den 53 in den letzten zwei Jahren eingeleiteten Betreibungen 40 zum Zeitpunkt der Ausstellung des dem Gericht vorliegenden Betreibungsregisterauszeuges durch Rechtsvorschlag gehemmt gewesen seien. Auffallend sei, dass sich unter den in den letzten zwei Jahren gegen die Beschwerdeführerin angehobenen Betreibungen 15 Forderungen unter Fr. 1'000.– befänden; die Beschwerdeführerin scheine dementsprechend auch Betreibungen für betragsmässig geringe Forderungen systematisch auflaufen zu lassen. Es erscheine überwiegend wahrscheinlich, dass bei der Beschwerdeführerin nicht ein blosser Zahlungsunwille, sondern eine objektive Illiquidität vorliege, welche die Beschwerdeführerin ausserstande setze, ihre Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen – und zwar selbst bei geringen Beträgen – zu befriedigen.

Daran ändere nichts, dass die Beschwerdeführerin selbst geltend mache, sie glaube mit Beginn der Wintersaison wieder leisten zu können, zumal sich anhand des Betreibungsregisterauszeuges nicht belegen lasse, dass sich die Zahlungsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin saisonbedingt entschärfen könnten. Es seien in den letzten zwei Jahren nur 4 von 53 in Betreuung gesetzte Forderungen durch Zahlung ans Betreibungsamt getilgt worden, womit nur gerade Forderungen im Wert von Fr. 16'928.50 bzw. rund 0.34 % der in den Jahren 2012 und 2013 in Betreuung gesetzten Forderungen bezahlt worden seien. Die Beschwerdeführerin könne auch daraus, dass sie vorbringe, über grosse Lagerbestände zu verfügen, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es sei zwar nicht nachgewiesen, dass den Passiven der Gesellschaft keine genügenden Aktiven mehr gegenüberstehen. Ein Schuldner der zahlungsunfähig sei, müsse aber nicht über-

schuldet sein. Es genüge im vorliegenden Verfahren darzulegen, dass der Schuldner mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zahlungsunfähig sei, was aufgrund der vorgelegten Unterlagen rechtsgenügend dargetan erscheine (act. 3 S. 3 ff.).

2. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es seien noch erhebliche Lagerbestände und Debitoren vorhanden. Sie habe zudem bedeutend mehr an die Beschwerdegegnerin bezahlt, als im angefochtenen Entscheid aufgeführt werde. Insgesamt seien an die Beschwerdegegnerin Fr. 20'000.–, an D.\_\_\_\_\_ Fr. 30'000.– sowie an diverse andere Gläubiger mindestens Fr. 50'000.– geleistet worden. Das ergebe fast 50 % der betriebenen Beträge. Ausserdem entsprächen Fr. 17'000.– 5 % und nicht 0.34 % der in Betreuung gesetzten Beträge. Überdies seien von ihrem Verwaltungsrat Fr. 125'000.– neu eingebracht worden. Aktuell sei die Wintersaison angelaufen, und es können sowohl bezüglich Lagerwerte als auch der Debitoren Einnahmen generiert werden (act. 2).

3. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG im angefochtenen Entscheid zutreffend dargelegt, so dass – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – darauf verwiesen werden kann (act. 3 S. 2 ff.). Sodann setzte sich die Vorinstanz einlässlich mit dem Register des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_\_ vom 23. August 2013 auseinander (act. 7/3/5, act. 3 S. 4 f.). Dazu ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz um Fr. 1'000.– verrechnete; der Gesamtbetrag der im Jahre 2013 eingeleiteten Betreibungen beträgt Fr. 278'455.20. Ansonsten kann grundsätzlich auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden, unter Berücksichtigung, dass – wie von der Beschwerdeführerin zurecht moniert – die bezahlten Forderungen im Umfang von Fr. 16'928.50 rund 3.4 % (anstatt 0.34 %) der in den Jahren 2012 und 2013 in Betreuung gesetzten Forderungen (insgesamt Fr. 492'046.60) entsprechen. Dies allein vermag am vorinstanzlichen Ergebnis allerdings nichts zu ändern, denn auch bei 3.4 % bezahlter Betreibungen handelt es sich noch um eine sehr geringfügige Menge.

Die Beschwerdeführerin führt aus, ihr Verwaltungsrat habe Fr. 125'000.– neu eingebracht (act. 2). Ein Beleg dazu wurde nicht eingereicht. Es wurde ledig-

lich (in der ohnehin verspäteten Eingabe) auf einem Kontenblatt vom 7. März 2013 von Hand vermerkt, dass der Verwaltungsrat einen solchen Betrag einbezahlt habe (vgl. act. 12/30). Der Nachweis über die geltend gemachte Zahlung von Fr. 125'000.– (was nach Art. 174 Abs. 1 SchKG ausnahmsweise und entgegen der Regel von Art. 326 Abs. 1 ZPO bis zum Ablauf der Beschwerdefrist hätte geltend gemacht werden können) ist damit nicht erbracht.

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, über erhebliche Lagerbestände und Debitoren zu verfügen (act. 2). Aus der von ihr eingereichten Debitorenliste geht hervor, dass Forderungen im Umfang von Fr. 1'061'999.70 offen sind (act. 4/11). Es fällt jedoch auf, dass die eingereichte Liste eine beträchtliche Anzahl Forderungen enthält, die seit Jahren fällig sind; sie reichen bis ins Jahr 2006 zurück. Es kann daher nicht angenommen werden, dass nächstens mit Zahlungseingängen im dargelegten Umfang von rund einer Million zu rechnen ist. Mit wie vielen Zahlungseingängen innert nützlicher Frist zu rechnen ist und wie hoch die gegenwärtigen Lagerbestände sind, ist für das vorliegende Verfahren allerdings ohnehin nicht von Belang, weil – wie die Vorinstanz bereits zutreffend ausführte – beim Konkursgrund der Zahlungseinstellung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nicht ausschlaggebend ist, wie viele Aktiven den Passiven gegenüberstehen; ein Schuldner der zahlungsunfähig ist, muss nicht überschuldet sein – die Überschuldung stellt dann auch einen eigenen Konkursgrund dar (BSK SchKG II-ALEX BRUNNER/FELIX H. BOLLER, Art. 190 N 11).

Die Beschwerdeführerin belegt, mehrere Forderungen beglichen bzw. in einigen Fällen Zahlungsvereinbarungen geschlossen zu haben (vgl. act. 4/2-10 wie auch in der verspätet erfolgten Eingabe act. 12/1-30). Die von der Beschwerdeführerin nachgewiesenen Zahlungen lassen sich indes nicht den im Betreibungsregister aufgelisteten Betreibungen zuordnen. Es lässt sich auch nicht nachvollziehen, ob damit betriebene Forderungen bezahlt und dadurch bestehende Schulden abgebaut oder laufende Rechnungen beglichen worden sind. Gemäss dem Betreibungsregisterauszug vom 23. August 2013 (act. 7/3/5) ist aktuell (für die Jahre 2012 und 2013) von offenen in Betreuung gesetzten Forderungen von insgesamt Fr. 464'472.10 auszugehen. Selbst wenn von den von der Beschwer-

deführerin geltend gemachten Zahlungen von Fr. 100'000.– (vgl. act. 2) auszugehen wäre, vermag dies nichts daran zu ändern, dass die Beschwerdeführerin anscheinend während längerer Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden Forderungen nicht bezahlte bzw. bezahlt und somit keine bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeit vorliegt. In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen erscheint es überwiegend wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin ausserstande ist, ihre Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen, und dass sie in diesem Sinne ihre Zahlungen eingestellt hat. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

4. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist auf Fr. 750.– festzulegen und aus dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Vorschuss zu beziehen. Eine Parteientschädigung ist der Beschwerdegegnerin mangels ihr entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichts in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Oktober 2013 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_, 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. Graf

versandt am: