

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140222-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

## Urteil vom 22. Oktober 2014

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Eidgenossenschaft,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV

betreffend

## **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-  
gerichtes Winterthur vom 28. August 2014 (EK140131)

## Erwägungen:

### I.

Das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 28. August 2014 über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs ohne vorgängige Betreuung gestützt auf Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (Einstellung der Zahlungen durch Schuldner; act. 3 = act. 6/11). Dies nachdem die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) bereits mit Schreiben vom 29. April 2014 die Eröffnung des Konkurses ohne vorgängige Betreuung beantragt hatte (act. 6/1), hernach aber (offenbar telefonisch und erst nach Ablauf der Frist zur Stellungnahme durch die Schuldnerin, act. 6/5a) an das Konkursgericht gelangte mit dem Ersuchen, mit einem Entscheid noch bis zum Abschluss der mit dem Schuldner laufenden Vergleichsgespräche zuzuwarten. Die Vergleichsbemühungen der Parteien sind aus Sicht der Gläubigerin in der Folge gescheitert, denn sie ersuchte das Konkursgericht mit Eingabe vom 30. Juli 2014 darum, "das Verfahren zu eröffnen" (act. 7). Gestützt darauf setzte die Vorinstanz der Schuldnerin mit Verfügung vom 12. August 2014 erneut eine Frist zur Stellungnahme an (act. 8), welche ungenutzt verstrich, worauf die Vorinstanz mit eingangs erwähntem Urteil schliesslich den Konkurs über die Schuldnerin eröffnete (act. 3 = act. 6/11).

Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 5. September 2014 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung aufschiebender Wirkung ihrer Beschwerde (act. 2). Beides begründete sie damit, dass sie ihre Zahlungen gar nicht eingestellt habe. Ebenfalls am 5. September 2014 hinterlegte die Schuldnerin beim Konkursamt Wülflingen-Winterthur zwecks Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes den Betrag von Fr. 800.– (act. 4/6) und überwies der Kasse des Obergerichtes als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren Fr. 750.– (act. 4/7). Mit Verfügung vom 8. September 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Gläubigerin Frist zur Be-

schwerdeantwort angesetzt (act. 7). Die Gläubigerin erstattete mit Eingabe vom 15. September 2014 rechtzeitig die Beschwerdeantwort (act. 9), welche der Schuldnerin übermittelt wurde (act. 11).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-12). Das Verfahren ist heute in sämtlichen Belangen spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist in der Folge – soweit entscheidrelevant – einzugehen.

## II.

1. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem angefochtenen erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind (Art. 194 SchKG i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass der (konkursfähige) Schuldner seine Zahlungen im Vorfeld der Konkurseröffnung gar nicht eingestellt hatte, was nach Art. 190 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens ohne vorgängige Betreuung geführt hätte, wenn dieser Umstand dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre.

Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen, wenn der Konkurs gestützt auf Art. 174 Abs. 1 SchKG aufgehoben wird, weil der Schuldner nachweist, dass die Schuld bereits vor der Konkurseröffnung getilgt wurde (vgl. OGer ZH PS110095-O vom 6. Juli 2011, zugänglich über [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch), Rubrik: Entscheide). Dasselbe muss auch für Fälle wie den vorliegenden gelten, wenn der Schuldner dartun kann, dass er seine Zahlungen nicht eingestellt hat und der Konkurs damit zu Unrecht ohne vorgängige Betreuung eröffnet wurde.

2. Der Gläubiger öffentlich-rechtlicher Forderungen kann die Konkurseröffnung wegen Zahlungseinstellung verlangen (vgl. etwa BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Aufl. 2010, N 19 zu Art. 190 m.w.H.). Das stellt die Schuldnerin richtigerweise nicht in Abrede.

3. Die Schuldnerin bringt in ihrer Beschwerde hingegen im Wesentlichen vor, die vorinstanzliche Feststellung, es sei keine Einigung betreffend Abzahlung der noch ausstehenden Forderungen erzielt worden, wie die Gläubigerin das dargelegt habe, sei ebenso unwahr wie die weitere Feststellung der Vorinstanz, die Schuldnerin habe ihre Zahlungen eingestellt. Die Gläubigerin habe zugesagt, "das Verfahren zurückzuziehen, wenn zeitnah eine Zahlung von Fr. 10'000.– geleistet werde." Diese Zahlung habe sie (die Schuldnerin) am 16. Mai 2014 geleistet. Auch die Erwägung der Vorinstanz, seit dem 5. November 2012 sei keine einzige in Betreuung gesetzte Forderung mehr bezahlt worden, sei unzutreffend. Dies ergebe sich auch aus den von ihr eingereichten MWST-Kontoauszügen act. 4/1 und act. 4/2. Zudem habe Herr B. \_\_\_\_\_ von der Gläubigerin die Zusendung eines Zahlungsplanes bzw. einer Abrechnung zugesagt, welche sie (die Schuldnerin) jedoch nicht erhalten habe (dies wegen einer Ferienabwesenheit der Buchhalterin der Schuldnerin, wie die Schuldnerin selber einräumt, act. 2 S. 3). Stattdessen sei der Konkurs eröffnet worden (act. 2 S. 2 f.). Die Schuldnerin vertritt weiter die Auffassung, die Gläubigerin habe sie mittels unwahren Angaben in den Konkurs getrieben, obschon sich ihre (der Schuldnerin) wirtschaftliche Lage derzeit (offenbar auch wegen eines Wechsels der Geschäftslokalität) erhole und sie willens und bemüht sei, ihre "Verpflichten aufzuarbeiten". Der Gläubigerin könne sie ab sofort Zahlungen in der Höhe von Fr. 5'000.– monatlich (bis zur Tilgung der Restschuld) zusagen (act. 2 S. 3).

4. Die Gläubigerin führt in ihrer Beschwerdeantwort aus, sie habe sich dazu bereit erklärt gehabt, ihr Konkursbegehren zurückzuziehen, falls die Schuldnerin bei der Begleichung ihrer Zahlungsausstände Nägel mit Köpfen gemacht hätte (Überweisung eines grösseren Geldbetrages und Einreichung noch ausstehender MWST-Abrechnungen sowie eines verbindlichen Abzahlungsvorschlages; act. 9 S. 2). Die Schuldnerin habe dann am 16. Mai 2014 auch tatsächlich eine Zahlung von Fr. 10'000.– geleistet. Die von der Schuldnerin zugesagten noch ausstehenden MWST-Abrechnungen seien ihr aber bis Ende August 2014 nicht vorgelegt worden, sondern erst als Beilage der Beschwerdeschrift eingegangen. Ebenso wenig habe ihr die Schuldnerin einen Abzahlungsvorschlag unterbreitet. Zudem sei aus den MWST-Kontoauszügen, welche die Schuldnerin eingereicht habe, er-

sichtlich, dass diese, abgesehen von der erwähnten einmaligen Zahlung von Fr. 10'000.–, letztmals am 17. Januar 2014 (kleinere) Zahlungen an die Gläubigerin geleistet habe (act. 9 S. 2). Gestützt auf die neusten ihr mit der Beschwerde zugegangenen MWST-Abrechnungen seien die Zahlungsausstände der Schuldnerin von insgesamt rund Fr. 52'000.– aktuell sogar noch höher als die ursprünglichen Ausstände von rund Fr. 37'000.– per Einreichung des Begehrens im April 2014. Die Schuldnerin könne auch diese neu aufgelaufenen Schulden nicht begleichen (act. 9 S. 3). Dass die Schuldnerin zudem in der Lage sein solle, inskünftig monatlich Fr. 5'000.– abzahlen, treffe nicht zu. Seit der Zahlung im Mai 2014 sei auch keine weitere Zahlung mehr erfolgt. Im Weiteren seien im Betreibungsregister der Schuldnerin seit April 2014 fünf neue Betreibungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 13'000.– und neun neue Verlustscheine (ausschliesslich betreffend öffentlich-rechtliche Forderungen) im Gesamtbetrag von über Fr. 38'000.– hinzugekommen (act. 10/2). Dies alles belege die dauerhafte und tiefgreifende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin und müsse zur Abweisung der Beschwerde führen (act. 9 S. 3).

5. Weiterungen zum Inhalt und der Auslegung der von der Schuldnerin behaupteten aussergerichtlichen Vereinbarung (betr. Rückzug des Begehrens durch die Gläubigerin etc.) sind nicht angezeigt, nachdem die Schuldnerin selbst zugibt, es sei zu keinem Abzahlungsplan gekommen. Nach dem Entscheid der Vorinstanz ist einzig zu prüfen, ob diese zu Recht von einer Zahlungseinstellung durch die Schuldnerin ausging oder nicht.

Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG verlangt praxisgemäss keine vollständige Einstellung aller Zahlungen. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, dass die Zahlungsverweigerung wesentliche Teile der geschäftlichen Aktivitäten des Schuldners betrifft. Unzureichend ist eine bloss vorübergehende Illiquidität. Das Konkursgericht hat aufgrund der notwendigen Würdigung der Umstände des Einzelfalls und wegen der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffes "Zahlungseinstellung" einen weiten Ermessensspielraum (KUKO-SchKG-Huber, 2. Aufl. 2014, N 8 zu Art. 190 m.w.H.). Um von einer Zahlungseinstellung ausgehen zu können, ist z.B. genügend, dass der Schuldner während längerer Zeit einen erheblichen Anteil der laufenden und unbestrittenen Forderungen nicht bezahlt. Auf eine Zahlungsein-

stellung in diesem weiteren Sinne kann dabei insbesondere die Nichtbezahlung von öffentlich-rechtlichen Forderungen hindeuten (BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. Aufl. 2010, N 11 ff. zu Art. 190 m.w.H.)

6. Aus einem Vergleich der im Recht liegenden Betreibungsregisterauszüge (act. 6/2/3, 6/10a und 10/2) ergibt sich, dass die Schuldnerin von den zahlreichen im April 2014 offenen und in Betreibung gesetzten (bzw. bereits durch einen Pfändungsverlustschein dokumentierten) Forderungen bis Ende August 2014 lediglich folgende zwei (beide auf Konkursandrohung hin) aktenkundig getilgt hat (vgl. act. 6/2/3 S. 5 und act. 6/10a S. 5):

Fr. 432.– zu Gunsten C.\_\_\_\_\_, Bern

Fr. 13'286.25 zu Gunsten Stiftung Auffangeinrichtung BVG Zürich

Aus den Auszügen betreffend das MWST-Konto der Schuldnerin (act. 4/1, 4/2 und 10/1) geht hervor, dass die Schuldnerin der Gläubigerin von April bis und mit August 2014 lediglich einmal (im Mai 2014) Fr. 10'000.– überwies und davor zuletzt am 17. Januar 2014 Fr. 1'150.– sowie Fr. 41.50. Dies bei MWST-Ausständen, welche allein schon im April 2014 über Fr. 36'000.– betrogen, und die seither (sogar unter Berücksichtigung der erwähnten Zahlung von Fr. 10'000.–) offenbar auf über Fr. 50'000.– angewachsen sind.

Auch wenn die Schuldnerin im Mai 2014 eine einmalige Teilzahlung an die Gläubigerin geleistet hat – was sie belegen konnte und auch nicht bestritten ist – schliesst dies gemäss dem eben unter Erwägung II.5. Gesagten die Annahme eines Zahlungseinstellung nicht aus, und es kann daher aus der Teilzahlung insofern auch nicht eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz hergeleitet werden; wie die Schuldnerin das fälschlicherweise tut. Einen gewichtigen Hinweis darauf, dass die Vorinstanz den Konkurs aus gutem Grund eröffnet hat, liefert allein schon ein Blick in den Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin. Hiezu kann auf die vorinstanzliche Auswertung des Betreibungsregisterauszuges verwiesen werden (act. 3 = act. 6/11, je Erw. II.3.b ff.). Das Betreibungsregister der Schuldnerin dokumentiert zudem eindrücklich, dass sie sich nicht in einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass befinden kann, sondern sie ihren Zahlungs-

verpflichtungen seit langem schleppend bis gar nicht nachkommt. Auch scheint sich – aus welchen Gründen auch immer – darüber hinaus vor allem öffentlich-rechtlichen Gläubigern gegenüber die teilweise Einstellung von Zahlungen gewissermassen als Dauerzustand eingestellt zu haben. Die öffentlich-rechtlichen Forderungen werden von der Schuldnerin (mit Ausnahme der erwähnten einmaligen Zahlung im Mai) offenbar systematisch nicht mehr bedient und die Beteiligungen dafür enden nach erfolgloser Pfändung seit März 2014 jeweils mit einem Verlustschein nachdem es schon zuvor zu diversen Verlustscheinen gekommen war (vgl. dazu auch act. 6/2/4-6/2/7; siehe zudem act. 10/1-2). Die einmalige Zahlung an die Gläubigerin deutet endlich wie auch die erwähnten Zahlungen an den C.\_\_\_\_\_ und die Stiftung Auffangeinrichtung BVG – darauf hin, dass erst der (hier nach Art. 190 SchKG) drohende Konkurs für die Schuldnerin Motivation genug war, (Teil-)Zahlungen zu leisten. Weitere Zahlungen an die prozessbeteiligte Gläubigerin (oder an eine der diversen anderen öffentlich-rechtlichen Gläubigerinnen) hat die Schuldnerin überdies weder behauptet noch belegt. Sie hat sich vielmehr damit begnügt, die Gläubigerin dafür verantwortlich zu machen, dass keine Abzahlungsvereinbarung zustande gekommen ist – was erstaunt, weil es ja Sache der Schuldnerin ist, sich darum ernsthaft zu bemühen. Wenn die Schuldnerin sich hier als zahlungswillig und -fähig präsentieren will und die Auffassung vertritt, sie habe die Zahlungen an ihre Gläubiger nicht eingestellt, kann sie es nicht bei solchen Ausflüchten, Schuldzuweisungen und Versprechen bewenden lassen, sondern hätte sie ihre behaupteten guten Vorsätze in die Tat umsetzen und das Resultat – mindestens in Form von Teilzahlungen – vor Vorinstanz oder spätestens im Beschwerdeverfahren vor der Kammer auch belegen müssen. Dazu hatte die Schuldnerin im Übrigen (seit April 2014) reichlich Zeit zur Verfügung.

Aufgrund des Ausgeführten ist von einer Zahlungseinstellung der Schuldnerin (zumindest, aber nicht nur) gegenüber den öffentlich-rechtlichen Gläubigern auszugehen und eine Abänderung oder Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides ist nicht angezeigt. Der Konkurs ist zu Recht eröffnet worden, und die Beschwerde ist abzuweisen. Da letzterer aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist das Datum der Konkurseröffnung neu festzusetzen.

### III.

Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens hat ausgangsgemäss die Schuldnerin zu tragen (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. 52 GebV SchKG und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auf die Festsetzung einer Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist zu verzichten, da nicht ersichtlich ist, inwiefern der Gläubigerin i.S.v. Art. 95 Abs. 3 ZPO ersatzfähige Umtriebe entstanden wären (Art. 105 ZPO bzw. Art. 62 GebV SchKG e contrario).

Gestützt auf Art. 116 Abs. 2 ZPO und § 200 lit. a GOG wäre die Schweizerische Eidgenossenschaft als Gläubigerin von der Vorinstanz nicht zu kautonieren gewesen (vgl. Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, N. 7-9 zu § 200), weshalb der Gläubigerin der Vorschuss (von der Vorinstanz bzw. vom Konkursamt) zu retournieren und der angefochtene Entscheid in diesem Sinne zu berichtigen ist.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Schuldnerin wird per **22. Oktober 2014, 13.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 28. August 2014 (EK140131) wird teilweise aufgehoben und lautet neu wie folgt:  

"3. Die Spruchgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Der Gläubigerin wird ihr Vorschuss von Fr. 1'800.– erstattet."
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Schuldnerin auferlegt und mit dem geleisteten Barvorschuss verrechnet.
5. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung festgesetzt.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: