

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240056-O/U

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

Urteil vom 18. April 2024

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. März 2024 (EK240056)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur eröffnete mit Urteil vom 12. März 2024 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 872.35 einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten (act. 11/6 = act. 3). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 25. März 2024 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. 5/4 und act. 7). Mit Verfügung vom 26. März 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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 geltend, die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten an die Gläubigerin bezahlt zu haben (act. 2 S. 4). Zum Nachweis legt sie einen Empfangsschein der Post vor, woraus hervorgeht, dass sie der Gläubigerin am 22. März 2024 Fr. 872.35 überwiesen hat (act. 5/4). Zudem bezahlte die Beschwerdeführerin am 14. März 2024 beim Konkursamt Winterthur-Altstadt Fr. 1'600.--. Dieser Betrag reicht aus, um im Falle der Guttheissung der Beschwerde die zu erwartenden Konkurskosten (Gebühren und Auslagen, inkl. des erstinstanzlichen Konkursgerichts) zu decken (vgl. act. 5/4 und act. 5/5).

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). 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.2005 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Handel mit Waren aller Art, insbesondere auch den Import und Verkauf von ... (act. 6). Zu ihrer Zahlungsfähigkeit gibt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an, sie sei durch die Covid-19-Massnahmen hart getroffen worden und es seien ihr Einnahmen entgangen. Sie habe weder einen Covid-19-Kredit noch eine Härtefallhilfe beantragt. Sie habe nur Kurzarbeitsentschädigung beantragt und erhalten. Weiter sei Anfang 2020 ein Umbau des Ladenlokals geplant gewesen, der sich bis zum September 2020 verzögert habe. Im September 2020 sei daher der Laden geschlossen gewesen, was

nebst den Kosten des Umbaus in Höhe von Fr. 200'000.-- zu einem weiteren Umsatzausfall geführt habe. Daraus hätten sich Liquiditätsengpässe ergeben. Zudem habe nach Beendigung der Covid-19-Massnahmen der Umsatz nicht mehr das Niveau von vor der Pandemie erreicht. Zur Erhöhung des Umsatzes sei in eine Website und Online-Marketing investiert worden, was sich auszahle. Dennoch hätten bestehende Schulden nicht schnell genug abgetragen werden können. Sie sei aber stets um Zahlungen an das Betreibungsamt und Abbau der Schulden bemüht gewesen. Zur Konkursöffnung sei es nur wegen einer Unachtsamkeit gekommen, weil sie den Termin beim Bezirksgericht Winterthur verpasst habe. Sie könne aus den laufenden Einnahmen ihre laufenden Verpflichtungen erfüllen. Zudem treffe sie durch eine Reduktion der Miet-, Lohn-, Leasing- und Marketingkosten zusätzliche Massnahmen, um ab 1. April 2024 ihre Liquidität zu erhöhen, und ein Gesellschafter sei bereit, Fr. 20'000.-- als zinsloses Darlehen mit Rangrücktritt für die Tilgung von in Betreuung gesetzten Forderungen in die Gesellschaft einzuschiessen. Demnach sei sie mit der monatlich um mindestens Fr. 7'800.-- erhöhten Liquidität in der Lage, die nach bestimmungsgemässer Verwendung des Darlehens verbliebenen, in Betreuung gesetzten Forderungen innerhalb von höchstens sechs Monaten zu tilgen (act. 2 S. 5 ff. und S. 17 ff.).

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 Winterthur-Stadt (act. 5/15) weist per 25. März 2024 keine Verlustscheine und 33 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 92'013.34 aus. Davon sind sieben Beteiligungen über insgesamt Fr. 37'152.35 durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden. Demnach bestehen abzüglich der getilgten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 740.-- vermerkt) derzeit noch 25 offene Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 54'120.99, wobei fünf Beteiligungen über Fr. 14'450.25 sich im Stadium der Pfändung befinden, bei zwölf weiteren Beteiligungen über Fr. 28'328.69 ebenfalls die Konkursandrohung ausgestellt wurde, sieben Beteiligungen über Fr. 10'789.-- neu eingeleitet wurden und bei einer Beteiligung über Fr. 553.05 Rechtsvorschlag erhoben wurde.

3.5. Die Beschwerdeführerin weist nach, die Betreibung Nr. 1 im Stadium der Pfändung durch eine Teilzahlung am 8. März 2024 von Fr. 2'397.95 auf Fr. 767.95 reduziert zu haben (act. 5/17). Zudem ist zu berücksichtigen, dass in einer Betreibung (Nr. 2 über Fr. 553.05) Rechtsvorschlag erhoben wurde. Diese Forderung ist jedenfalls nicht unmittelbar zu bezahlen. Vor allem aber ist sie im Rahmen der Prüfung der Zahlungsfähigkeit vorliegend nicht zu berücksichtigen: Da beim Einleiten einer Betreibung deren materielle Begründung nicht geprüft wird (Art. 67 Abs. 3 und 4 SchKG), muss auch die Betriebene nicht glaubhaft machen und schon gar nicht beweisen, dass sie nicht schulde. Anders verhält es sich, wenn die Konkursitin offenkundig systematisch und nur zur Verzögerung Rechtsvorschlag erhebt; dann darf und muss von ihr verlangt werden, dass sie sich auch zu den durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibungen äussert und ihre Bestreitungen näher darlegt (*BGer*, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3 und 4.3.2; 5A_810/2015 vom 17. Dezember 2015, E. 3.3.2, und 5A_417/2020 vom 27. Oktober 2020 E.4.3.3). Das scheint vorliegend nicht der Fall zu sein. Damit ist von offenen in Betreibung gesetzten Schulden von Fr. 51'937.94 auszugehen. Hinzu kommen gemäss Angaben der Beschwerdeführerin offene Kreditorenforderungen in Höhe von Fr. 12'000.-- und laufende Ausgaben von monatlich Fr. 25'160.-- bzw. ab April 2024 Fr. 17'303.-- (act. 2 S. 9).

3.6. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss Auszügen der auf die Beschwerdeführerin bzw. ihren früheren Namen ("C. _____ GmbH", vgl. act. 6) lautenden Konti bei der Credit Suisse vom 21./25. März 2024 und bei der PostFinance vom 21. April 2024 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 5'976.40, Fr. 3'450.01 und Fr. 361.60 gegenüber (act. 5/12-14). Zudem stehen der Beschwerdeführerin im Falle der Aufhebung des Konkurses für die Schuldentilgung Fr. 20'000.-- aus einem Gesellschafterdarlehen zur Verfügung (act. 5/24). Des Weiteren reicht die Beschwerdeführerin die Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 2023 ein (act. 5/8). Die Beschwerdeführerin erzielte im vergangenen Jahr einen Umsatz von Fr. 392'814.83 bei einem Aufwand von Fr. 390'475.68 und Steuern von Fr. 3'249.65 einen geringen Verlust von Fr. 910.50. Die Beschwerdeführerin beziffert ihre monatlichen Verbindlichkeiten auf rund Fr. 25'000.-- (act. 2 S. 9). Ihre Aufstellung stimmt jedoch in wesentlichen Positionen nicht mit der Jahresrechnung 2023 überein. So

sind darin die Sozialversicherungs-, Vorsorge- und Unfallversicherungsprämien nicht enthalten, welche sich im Jahr 2023 auf insgesamt Fr. 34'861.-- belaufen (act. 4/8). Der von der Beschwerdeführerin angegebene Raumaufwand würde pro Jahr insgesamt Fr. 17'967.-- ausmachen, während im Jahr 2023 Fr. 43'611.-- für Raumaufwand verbucht wurden. Beim Fahrzeugaufwand besteht eine Differenz zwischen den von der Beschwerdeführerin aufgeführten Verbindlichkeiten von monatlich Fr. 1'953.-- bzw. jährlich Fr. 23'436.-- und der Erfolgsrechnung 2023 mit einem Fahrzeug- und Transportaufwand von Fr. 42'051.74. Trotz dieser Diskrepanzen zwischen den laufenden Verbindlichkeiten und dem verbuchten Aufwand in der Jahresrechnung 2023, vermag die Beschwerdeführerin mit den eingereichten Unterlagen glaubhaft zu machen, dass sie den Aufwand ab April 2024 durch die Einsparung von Lohnkosten in Höhe von Fr. 4'500.--, die Reduktion von Mietkosten um insgesamt Fr. 1'137.-- (Fr. 700.-- und Fr. 437.--), den Wegfall der Leasingrate für ein Geschäftsfahrzeug in Höhe von Fr. 1'100.-- sowie die Reduktion der Kosten für das Online-Marketing um Fr. 1'120.-- um rund Fr. 8'000.-- senken konnte (vgl. act. 2 S. 3, S. 7, S. 9 und S. 17 ff.; act. 5/19-23 und act. 5/25). Da keine Anhaltspunkte für eine zu erwartende Umsatzeinbusse bestehen (vgl. act. 2 S. 10 und act. 5/10-11), ist zu Gunsten der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass ihr nebst der Deckung der laufenden Verbindlichkeiten inskünftig monatlich rund Fr. 8'000.-- für die Schuldentilgung zur Verfügung stehen.

3.7. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin mit den vorhandenen flüssigen Mitteln (Fr. 9'788.01) und dem Darlehen (Fr. 20'000.--) die offenen, in Betreuung gesetzten und unmittelbar zu tilgenden Forderungen (Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung in Höhe von Fr. 28'328.69) bezahlen kann, um eine weitere mögliche Konkursöffnung zu verhindern. Darüber hinaus zeigt die Beschwerdeführerin auf, dass es ihr mit den Einnahmen aus der Geschäftstätigkeit gelingt, die laufenden Verbindlichkeiten zu decken, und sie macht glaubhaft, dass sie durch die umgesetzten Massnahmen zur Erhöhung der Liquidität in der Lage ist, monatlich rund Fr. 8'000.-- für die Schuldentilgung aufzubringen. Damit ist einstweilen davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin neben den laufenden Verbindlichkeiten sowohl die weiteren in Betreuung gesetzten Forderungen (Fr. 23'609.25) als auch die offenen Kreditoren (Fr. 12'000.--) in

rund fünf Monaten und damit innert angemessener Zeit wird abbezahlen können. Es rechtfertigt sich daher insgesamt, trotz der zahlreichen Beteiligungen im Stadium der Konkursandrohung, die Zahlungsfähigkeit im heutigen Zeitpunkt als glaubhaft zu erachten und von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt.

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. Aus dem gleichen Grund ist der Beschwerdeführerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen und auch der Beschwerdegegnerin ist bei diesem Ausgang sowie mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. März 2024 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. 300.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Winterthur-Altstadt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.-- (Fr. 1'600.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'500.-- Rest des von der Beschwerdeführerin 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 Bezirksamtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Winterthur-Altstadt, ferner im Urteils-Dispositiv 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
22. April 2024