

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Tanner

Urteil vom 10. März 2023

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Sammelstiftung B._____,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil
vom 6. Februar 2023 (EK230010)

Erwägungen:

I.

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2020 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt im Wesentlichen, ein Bowlingcenter mit Bar und Bistro sowie einen Bowlingshop zu betreiben. C._____ ist einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführungsvorsitzender dieser Gesellschaft. D._____ ist ein weiterer einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter (act. 6/4).

1.2. Am 9. Januar 2023 stellte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) beim Bezirksgericht Hinwil (fortan Vorinstanz) gegen die Schuldnerin in der Betreuung Nr. ... ein Konkurseröffnungsbegehren (act. 6/1). Antragsgemäss eröffnete die Vorinstanz am 6. Februar 2023 mit Wirkung ab 09:30 Uhr den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 5 = act. 6/10).

2.

2.1. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 7. Februar 2023 (gleichentags überbracht) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Darin beantragte sie sinngemäss die Aufhebung des Konkurses. Zugleich ersuchte sie in prozessualer Hinsicht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2; act. 8). Etwas später am selben Tag überbrachte C._____ der Kammer unter anderem einen Betreibungsregister- sowie einen UBS-Kontoauszug (act. 11). Zugleich zahlte C._____ einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren sowie Fr. 10'000.– zur Sicherstellung der Konkursforderung bei der Obergerichtskasse ein (act. 12 f.).

2.2. Mit Präsidialverfügung vom 8. Februar 2023 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung erteilt. Zugleich wurde der Schuldnerin mitgeteilt, sie könne ihre Beschwerde bis zum Ende der Rechtsmittelfrist mit weiteren Bele-

gen ergänzen (act. 14). In der Folge reichte die Schuldnerin keine weiteren Rechtsschriften oder Unterlagen mehr ein. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1.

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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (vgl. BGer, 5A_1005/2020 vom 19. Januar 2021, E. 3.1.2; BGE 139 III 491; BGE 136 III 294).

2.

Die Schuldnerin hat am 7. Februar 2023 bei der Obergerichtskasse einen Vorschuss von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 12). Weiter zahlte sie am selben Tag Fr. 10'000.– bei der Obergerichtskasse ein (act. 13). Mit diesem zweiten Betrag ist die Konkursforderung in der Betreuung Nr. ... vollständig sichergestellt. Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) ist folglich nachgewiesen.

3.

3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, genügt es nicht, die Konkursforderung sicherzustellen. Überdies hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der

Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGer, 5A_108/2021 vom 29. September 2021, E. 2.2; BGE 140 III 610 E. 4.1). Nach der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden seine früher entstandenen Verbindlichkeiten wird abtragen können (OGer ZH, PS210178 vom 20. Oktober 2021, E. 3.2.2; OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2).

3.2. Das Betreibungsregister ermöglicht einen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners. Die Schuldnerin reichte einen Auszug des Betreibungsamtes Wetzikon vom 7. Februar 2023 ein (act. 11/1). Darin sind zehn Beteiligungen eingetragen, von denen die Schuldnerin sechs bezahlt hat. Wie oben dargelegt, hat die Schuldnerin mittlerweile auch diejenige Forderung sichergestellt, die zur Konkursöffnung geführt hat. Offen bleiben somit noch drei Forderungen in einem Gesamtbetrag von Fr. 20'383.–. Davon entfallen Fr. 1'800.– auf einen Gläubiger namens E._____, Fr. 14'183.– auf die F.____ AG sowie Fr. 4'400.– auf die Steuerverwaltung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

3.3. Der Gesellschafter D.____ stellt in einem an die Kammer gerichteten Schreiben in Aussicht, er werde mit seinem Privatkonto bei der Raiffeisenbank (act. 4/2) offene Rechnungen der Schuldnerin bezahlen, sollte diese dereinst erneut in eine finanzielle Notlage geraten (act. 11/2). D.____ hat die eingereichte Zusicherung nicht unterschrieben. Es erscheint daher zweifelhaft, ob er sich tat-

sächlich verpflichten will. Deshalb ist die Erklärung von D. _____ im vorliegenden Verfahren unbeachtlich.

3.4. Mit Verfügung vom 8. Februar 2023 teilte die Kammer der Schuldnerin mit, welche Unterlagen für die Beurteilung ihrer Zahlungsfähigkeit erforderlich seien, nämlich aktuelle Bankkontoauszüge, Debitoren- und Kreditorenlisten, Jahres- bzw. Zwischenabschlüsse sowie Belege über das Auftragsvolumen (act. 14 E. 5.1). Die Schuldnerin reichte keine weiteren Unterlagen ein. Sie äussert sich weder zu den einzelnen betriebenen Forderungen noch setzt sie sich substantiiert mit ihren finanziellen Verhältnissen auseinander. Die Schuldnerin wurde im mm.2020 ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Es wäre ihr daher möglich gewesen, zumindest Rechnungsabschlüsse für die Jahre 2020 und 2021 vorzulegen. Auch dem eingereichten Auszug des UBS-Kontos (act. 11/3) lassen sich die geschäftlich bedingten Ausgaben und Einnahmen nicht verständlich entnehmen. Es bleibt somit unklar, wie hoch die aktuellen monatlichen Einnahmen und Ausgaben der Schuldnerin sind sowie, ob ihr Geschäftsmodell tragfähig ist.

3.5. Zusammenfassend vermag die Schuldnerin mit dem eingereichten Kontoauszug nicht glaubhaft zu machen, dass sie grundsätzlich zahlungsfähig und in Zukunft in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und sämtliche bestehende Schulden innert absehbarer Zeit abzuführen. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung nicht gegeben.

4.

Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Mit Verfügung vom 8. Februar 2023 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14). Entsprechend ist der Konkurs neu zu eröffnen.

5.

Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch

die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkursein-gabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

III.

1.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen (Art. 52 lit. b i.V.m. Art. 61 Abs. 1 GebV SchKG) und mit dem von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

2.

Die Schuldnerin unterliegt im vorliegenden Rechtsmittelverfahren. Ausgangsgemäss hat sie daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der Beschwerdegegnerin ist durch das Rechtsmittelverfahren kein nennenswerter Aufwand entstanden. Folglich ist auch ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

3.

Die bei der Obergerichtskasse sichergestellte Konkursforderung von Fr. 10'000.– (act. 13) ist an das Konkursamt Wetzikon zu überweisen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Freitag, 10. März 2023, 11.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Wetzikon wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
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. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, die bei ihr hinterlegte Konkursforderung von Fr. 10'000.– an das Konkursamt Wetzikon zu überweisen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wetzikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wetzikon, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
10. März 2023