

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140111-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 20. Juni 2014

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder MLaw X2._____,

gegen

1. **Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

2. **B._____ AG,**

Gläubigerinnen und Beschwerdegegnerinnen,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2014 (EK140696 und EK140706)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 1. August 2001 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt in erster Linie den Betrieb eines Restaurants mit vorwiegend ... Spezialitäten (act. 5 und 13/3).

1.2. Mit Urteil vom 5. Juni 2014, 10:00 Uhr (act. 3 = 7/1/8 = 7/2/8 = 13/1), eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderungen:

Forderungen der Gläubigerin 1 (Betreibung Nr. ...):

Fr.	2'450.20	nebst Zins zu 5 % seit 31.12.2012
Fr.	2'287.60	nebst Zins zu 5 % seit 31.03.2013
Fr.	2'387.60	nebst Zins zu 5 % seit 30.06.2013
Fr.	150.00	Regl. Mahnkosten
Fr.	100.00	Regl. Mahnkosten
Fr.	206.00	Betreibungskosten

Forderungen der Gläubigerin 2 (Betreibung Nr. ...):

Fr.	1'396.60	nebst Zins zu 5 % seit 13.11.2013
Fr.	7.00	Mahngebühren
Fr.	152.60	Betreibungskosten.

Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 6. Juni 2014 rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 7/1/12). Sie verlangt die Aufhebung der Konkurseröffnung. Ferner ersuchte sie darum, es sei ihrer Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 6. Juni 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf eine Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin diesen bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (act. 8).

1.4. Mit Eingabe vom 16. Juni 2014 (Datum Poststempel) und damit innerhalb der Beschwerdefrist (vgl. act. 7/1/12) ergänzte die Schuldnerin ihre Begründung (act. 11, 12 und 13/1-33).

2. Materielles

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre 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.

2.2. Die Schuldnerin hat am 6. Juni 2014 – und damit nach Konkursöffnung – für die Konkursforderungen samt Kosten und Zinsen beim Obergericht Fr. 9'628.15 zuhanden der Gläubigerinnen hinterlegt (act. 2, 4/2, 4/3, 8 und 13/26). Weiter belegt sie, den Betrag von Fr. 2'500.– beim Konkursamt Aussersihl-Zürich zur Deckung der erstinstanzlichen Spruchgebühr und der bis anhin entstandenen und noch entstehenden Kosten des Konkursamtes hinterlegt zu haben (act. 4/1 = 13/31). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen.

An dieser Stelle ist zu bemerken, dass die Forderungen der Gläubigerinnen leicht tiefer sind als der für sie hinterlegte Betrag. Die Zinsforderungen berechnen sich bis zur Konkursöffnung, d.h. dem 5. Juni 2014 (vgl. Art. 209 Abs. 1 SchKG). Zusätzliche Inkassokosten sind – im Unterschied zu Zahlungen beim Betreibungsamt – nicht geschuldet (vgl. act. 4/2 und 4/3). Die konkreten Beträge lauten wie folgt:

Forderungen der Gläubigerin 1 (Betreibung Nr. ...):

Fr.	2'450.20	
Fr.	174.85	5 % Zins auf Fr. 2'450.20 vom 31.12.2012 bis 5.6.2014
Fr.	2'287.60	
Fr.	135.05	5 % Zins auf Fr. 2'287.60 vom 31.3.2013 bis 5.6.2014
Fr.	2'387.60	
Fr.	111.20	5 % Zins auf Fr. 2'387.60 seit 30.6.2013 bis 5.6.2014
Fr.	150.00	Regl. Mahnkosten
Fr.	100.00	Regl. Mahnkosten
Fr.	206.00	Betreibungskosten
Fr.	8'002.50	Total

Forderungen der Gläubigerin 2 (Betreibung Nr. ...):

Fr.	1'396.60	
Fr.	39.05	5 % Zins auf Fr. 1'396.60 vom 13.11.2013 bis 5.6.2014
Fr.	7.00	Mahngebühren
Fr.	152.60	Betreibungskosten
Fr.	1'595.25	Total

Von der hinterlegten Summe sind diese Beträge an die Gläubigerinnen zu überweisen. Der Restbetrag der am 6. Juni 2014 hinterlegten Summe, d.h. Fr. 27.40, ist dem Konkursamt weiterzuleiten.

2.3. Sodann hat die Schuldnerin am 16. Juni 2014 weitere Beträge beim Obergericht hinterlegt:

- Fr. 1'528.80 für die Betreibungen Nr. ... und Nr. ... im Stand Konkurseröffnung (act. 13/24, act. 13/27) sowie
- Fr. 25'584.50 für die Betreibungen Nr. ..., Nr. ..., Nr. ... und Nr. ..., Betreibungen bei denen offene Pfändungsverlustscheine bestehen (act. 13/29).

Diese Beträge sind ans Betreibungsamt Zürich 4 weiterzuleiten, wenn der Konkurs aufgehoben werden kann.

2.4. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl., Art. 174 N 26). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

2.4.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Person vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der eingereichte Auszug der Schuldnerin umfasst den Zeitraum vom 1. März 2011 bis zum 4. Juni 2014. In dieser Periode wurde die Schuldnerin insgesamt 51 Mal betrieben (act. 13/13). Offen sind Forderungen im Gesamtbetrag von Fr. 109'445.05. Dies entspricht der Summe aus den offenen Betreibungen gemäss act. 13/24, nämlich Fr. 84'186.70, sowie Fr. 25'584.50 aus offenen Verlustscheinen (act. 13/28). Die Differenz zu dem von der Schuldnerin vorgebrachten Betrag – Fr. 101'222.45 (act. 11 S. 11) – liegt im Wesentlichen darin, dass der Auszug über die offenen Betreibungen Abrechnungsbeträge enthält. Diese Beträge sind (soweit keine Teilzahlungen erfolgten) jeweils etwas höher als die betriebenen Forderungen gemäss Betreibungsregisterauszug, wohl weil sie bereits aufgelaufene Kosten und Zinsen enthalten. Die Konkursforderungen der Gläubigerinnen 1 und 2, die Forderungen aus offenen Verlustscheinen sowie Fr. 1'528.80 für zwei Betreibungen wurden wie ausgeführt beim Obergericht hinterlegt (act. 13/26, 13/27, 13/29). Vom Gesamtbetrag entfallen ausserdem noch Forderungen im Umfang von rund Fr. 7'500.–: Eine Betreibung aus dem Jahr 2011 blieb im Status Rechtsvorschlag stehen (Betreibung Nr. ..., Art. 88 Abs. 2 SchKG), eine weitere Forderung wurde direkt an die Gläubigerin bezahlt, weshalb diese nun die Löschung der Betreibung

beantragt (Betreibung Nr. ...; act. 13/25). Zu tilgen bleiben somit – nach Abzug der hinterlegten Beträge – noch rund Fr. 65'500.–.

2.4.2. Die Schuldnerin bringt vor, der aktuelle Saldo ihres Geschäftskontos bei der Post betrage Fr. 330.89 (act. 2 S. 7; act. 13/23). Der Kassenbestand per Ende 2013 habe Fr. 61'988.20 betragen (act. 2 S. 6, act. 13/20). Die laufenden Verpflichtungen würden jeweils bar bezahlt. Gemäss provisorischem Jahresabschluss sei ihm Jahr 2013 ein Reingewinn von Fr. 3'229.29 erzielt worden (act. 13/20). Im Jahr 2012 habe noch ein Verlust von Fr. 23'084.80 resultiert (act. 13/21). Der Betriebsertrag im Jahr 2013 betrage Fr. 358'798.16 (act. 11 S. 6, act. 13/21). Für das laufende Jahr werde ein ähnlicher Betrag erwartet, da von Januar 2014 bis Mai 2014 Fr. 169'292.– umgesetzt worden seien und die umsatzstärksten Monate ab Oktober erwartet würden (act. 11 S. 6, act. 13/22). Die laufenden Verpflichtungen, namentlich die Miete von monatlich insgesamt Fr. 7'050.– sowie die Löhne der vier Mitarbeiter von monatlich insgesamt rund Fr. 11'906.–, würde sie jeweils pünktlich bezahlen, was sich daraus ergebe, dass sie hierfür nie betrieben worden sei (act. 11 S. 5, act. 13/13).

Diese Behauptungen der Schuldnerin sind durch die eingereichten Unterlagen glaubhaft gemacht. Es ist aber anzumerken, dass sie zwar in der Tat nicht für die Löhne betrieben wurde, jedoch für die diesbezüglichen Sozialleistungen und Pensionskassenbeiträge (siehe act. 13/13).

2.4.3. Die Schuldnerin führt aus, die aufgelaufenen Schulden aufgrund der erzielten Umsätze innert einem Jahr begleichen zu können. Dies ergebe sich daraus, dass sie seit März 2013 Schulden im Betrag von ca. Fr. 90'000.– beglichen habe (act. 11 S. 12). Zur Glaubhaftmachung dieser Behauptung reicht sie eine Zahlungsliste des Betreibungsamtes Zürich 4 ins Recht (act. 13/30). Aus diesem Dokument ist ersichtlich, dass im Zeitraum vom 1. März 2013 bis zum 19. Mai 2014 total Fr. 78'746.65 beim Betreibungsamt bezahlt worden sind. Der Verwendungsnachweis der Zahlungen weist hingegen ein Total von Fr. 90'101.65 aus. Zwar bleibt unklar, weshalb die effektiven Eingänge tiefer sind als die Summe der Verwendungen, jedoch ist damit glaubhaft gemacht, dass die Schuldnerin im

Jahr 2013 beträchtliche Schulden tilgen konnte, wobei es ihr dennoch gelungen ist, einen gewissen Gewinn zu erwirtschaften.

Aus diesem Grund ist glaubhaft, dass die Schuldnerin neben der Begleichung der laufenden Verpflichtungen im Zeithorizont von rund einem Jahr ihre bestehenden Schulden abtragen kann. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses.

3. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

Die Spruchgebühr für den erstinstanzlichen Entscheid wird auf Fr. 500.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass diese Gebühr aus dem von den Gläubigerinnen vor Vorinstanz geleisteten Vorschuss bereits bezogen wurde.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom hinterlegten Betrag
- der Gläubigerin 1 Fr. 8'002.50 und
- der Gläubigerin 2 Fr. 1'595.25 auszubezahlen.

Der Rest der am 6. Juni 2014 hinterlegten Summe, d.h. Fr. 27.40, ist dem Konkursamt Aussersihl-Zürich zu überweisen.

Die am 16. Juni 2016 hinterlegten Beträge, d.h. Fr. 25'584.50 und Fr. 1'528.80, sind an das Betreibungsamt Zürich 4 zu überweisen, unter Angabe der in Erw. 2.3. genannten Betreibungsnummern.

4. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 5'627.40 (Fr. 27.40 Restbetrag der Hinterlegungssumme, Fr. 2'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 3'100.– Rest des von den Gläubigerinnen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) den Gläubigerinnen je Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerinnen unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Aussersihl-Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.
6. 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:

MLaw D. Weil

versandt am: