

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS140288-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

Urteil vom 19. Januar 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. Dezember 2014 (EK140440)

Erwägungen:

1. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 11. Dezember 2014, 10.00 Uhr, über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 7 = act. 8/5). Mit Valutadatum 22. Dezember 2014 liess die Schuldnerin zuhanden des Obergerichts des Kantons Zürich den Betrag von Fr. 7'070.-- einzahlen (act. 5/4). Damit wurde der Kostenvorschuss für das hiesige Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 750.-- geleistet und die in Betreuung gesetzte Forderung inkl. Zins, Mahngebühren und Kosten hinterlegt (act. 2 S. 3; act. 11-12). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 29. Dezember 2014 (Datum Poststempel) liess die Schuldnerin sodann die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 S. 2; act. 8/6). Mit Präsidialverfügung vom 30. Dezember 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

2. 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 Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die Schuldnerin belegte, am 22. Dezember 2014 zwecks Hinterlegung der Konkursforderung zuhanden des Obergerichts des Kantons Zürich Fr. 6'320.--

einbezahlt zu haben (act. 2 S. 3 f. und act. 5/4; act. 11). Dieser Betrag vermag die Konkursforderung von total Fr. 6'318.20 (= Forderung Fr. 5'368.60 zzgl. Zins zu 5% vom 1. Januar 2014 bis zur Konkurseröffnung am 11. Dezember 2014 bzw. Fr. 253.--, abzüglich Teilzahlung von Fr. 254.30, zzgl. Fr. 146.60 Betriebskosten, Fr. 50.-- Mahngebühren sowie Fr. 500.-- Umtriebsentschädigung, vgl. act. 7 und 13) zu decken. Überdies leistete sie gemäss Bestätigung des Konkursamtes Schlieren vom 17. Dezember 2014 die geforderten Sicherheiten (Gebühren und Auslagen inklusive erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.--) im Umfang von Fr. 1'000.-- (act. 5/5). Der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Die Schuldnerin liess in ihrer Rechtsmittelschrift zusammenfassend geltend machen, sie habe in den Geschäftsjahren 2013 und 2014 eigentlich Gewinne erwirtschaftet, welche aber durch die hohen Anfangsinvestitionen in den Jahren 2010 bis 2012 und den damit zusammenhängenden Verlustvorträgen, welche von Jahr zu Jahr immer kleiner geworden seien, zu Nichte gemacht worden seien. Der Verlustvortrag stamme aus den hohen, für die Praxiseinrichtung

getätigten Investitionen von rund Fr. 70'000.--, welche aufgrund der zu Beginn einer Geschäftstätigkeit immer bestehenden Anlaufschwierigkeiten noch nicht voll hätten gedeckt werden können. Der ausgewiesene Verlust per 31. Dezember 2013 in Höhe von Fr. 45'260.-- und alle weiteren Verbindlichkeiten der Schuldnerin seien aber durch die Rangrücktrittserklärung der beiden Gesellschafter für das von ihnen der Schuldnerin aus privaten Mitteln gewährte Darlehen von Fr. 74'000.-- mehr als gedeckt. Die finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin hätten sich per Dezember 2014 weiter verbessert. Die kurzfristigen Verbindlichkeiten von rund Fr. 20'890.-- seien mit den Bankguthaben und Debitoren mehr als gedeckt. Aufgrund der durch die C._____ GmbH der Schuldnerin attestierten guten Prognose und des erfolgten Rangrücktritts der beiden Gesellschafter könne die Schuldnerin weder als zahlungsunfähig noch als überschuldet bezeichnet werden. Die Beteiligungen und die Konkurseröffnung seien vielmehr auf administrative Unzulänglichkeiten und die wohl mangelnde Erfahrung der Geschäftsführung zurückzuführen (act. 2 S. 6 - 8; act. 15/6).

4.3.1 Gemäss Bilanz per 31. Dezember 2013 wies die Schuldnerin zwar einen Jahreserfolg von Fr. 10'787.97 aus, zufolge des Verlustvortrages aus dem Vorjahr im Umfang von Fr. 56'048.78 resultierte schliesslich ein Verlust von ca. Fr. 45'260.-- (act. 5/11). Die Aktiven beliefen sich auf total Fr. 75'486.64 (liquide Mittel Fr. 4'556.62, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen Fr. 4'300.--, Mietkautionen Fr. 1'430.02, Transitorische Aktiven Fr. 8'600.--, Warenvorräte Fr. 5'000.-- sowie Geräte und Einrichtungen total Fr. 51'600.--), während die beiden Kreditorenforderungen KK D._____ mit Fr. 26'747.45 sowie Darlehen Stammanteihalter mit Fr. 74'000.-- bilanziert wurden (act. 5/11). Dies spricht nicht für gesunde Finanzkennzahlen der Schuldnerin. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass für die Schuld beruhend auf dem Darlehen der beiden Gesellschafter und Stammanteihalter, D._____ und E._____ (vgl. act. 6), ein von diesen Gläubigern per 29. Dezember 2014 erklärter Rangrücktritt im Umfang ihrer gesamten Forderung von Fr. 74'000.-- besteht (act. 5/12). Weiter ist aus den Beilagen ersichtlich, dass die Schuldnerin im Jahre 2013 im Vergleich zum vorhergehenden Geschäftsjahr eine Umsatzsteigerung um ca. 33% bzw. von Fr. 138'960.-- auf

Fr. 184'113.80 sowie eine Aufwandreduktion um 11 % bzw. von Fr. 180'187.-- auf Fr. 162'332.83 verbuchen konnte (act. 5/11 S. 2 und act. 5/16 S. 1).

4.3.2 Die Schuldnerin vermochte sodann glaubhaft darzulegen und mit der Zwischenbilanz per 11. Dezember 2014 zu belegen, dass auch für das Geschäftsjahr 2014 eine positive Geschäftsentwicklung verzeichnet und ein Ertragsüberschuss von Fr. 6'871.60 verbucht werden konnte (act. 5/13), wenn auch dieser im Vergleich zum Vorjahr geringer ausgefallen ist und aufgrund des Verlustvortrags 2013 in Höhe von Fr. 45'260.-- schliesslich ein Verlust von rund Fr. 38'390.-- resultiert. Die Kontokorrentforderung der Geschäftsführerin D. _____ wurde zwischenzeitlich von Fr. 26'747.45 (act. 5/11) auf Fr. 8'794.42 abgebaut (vgl. act. 5/13).

Die Schuldnerin macht geltend, dass die bestehenden kurzfristigen Verbindlichkeiten von total rund Fr. 20'890.-- bestehend aus den Sozialversicherungsbeiträgen 4. Quartal 2014 in Höhe von Fr. 3'362.15, den noch nicht eingelösten Gutscheinen von Fr. 430.--, den Löhnen für Dezember 2014 für die beiden Angestellten F. _____ und D. _____ von Fr. 8'300.-- sowie dem Kontokorrent Geschäftsführerin (D. _____, act. 6) von Fr. 8'794.42 mit den Bankguthaben von 6'002.34, den Debitoren aus Lieferungen und Leistungen von Fr. 5'865.-- sowie mit den als transitorische Aktiven verbuchten, zu viel bezahlten Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern von Fr. 19'600.-- bei weitem gedeckt seien (act. 2 S. 7; act. 5/13-15; act. 5/16 S. 2). Indes kann letztere Position nicht zu den kurzfristig verfügbaren Mitteln gezahlt werden, da die Schuldnerin weder darlegt hat, welche Beitragsperioden diese Gutschriften betreffen noch wann mit der Rückzahlung gerechnet werden kann. Es kann jedoch andererseits zugunsten der Schuldnerin davon ausgegangen werden, dass die Gesellschafterin D. _____, welche bereits einen Rangrücktritt erklärt hat, ihre Kontokorrentforderung im Umfang von Fr. 8'794.42 längerfristig nicht geltend machen wird, da sie als Gesellschafterin zweifellos ein Interesse daran hat, dass die Schuldnerin zunächst ihren anderen laufenden und kurzfristigen Verbindlichkeiten nachkommen und den Betrieb aufrecht erhalten kann. Nach dem Gesagten können die in der Zwischenbilanz per 11. Dezember 2014 verbuchten kurzfristigen Verbindlichkeiten im Umfang von total Fr. 12'092.15

(wie gesagt ohne das KK D._____) mit den Bankguthaben und Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von total Fr. 11'867.34 knapp nicht gedeckt werden.

4.4 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt sodann das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 1 aus dem Register des Betreibungsamtes Birmensdorf vom 19. Dezember 2014 wurden in der Zeit von Juni 2012 bis September 2014 (die Schuldnerin wurde am 16. Dezember 2010 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, act. 6) mit der in Betreuung gesetzten Konkursforderung 14 Betreibungen im Gesamtbetrag von knapp Fr. 45'000.-- gegen die Schuldnerin eingeleitet (act. 5/6). Neun Forderungen (Betreibungs-Nr. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 und 10) von ca. Fr. 33'500.-- sind im vorerwähnten Auszug als bezahlt vermerkt (act. 5/6). Die Schuldnerin konnte sodann mit Urkunden belegen, dass in der Zwischenzeit neben der gegenständlichen Konkursforderung auch alle weiteren in Betreuung gesetzten Forderungen im Umfang von knapp Fr. 5'590.-- (Betreibungs-Nr. 11, 12, 13 und 14) durch Zahlung an das Betreibungsamt vollständig beglichen wurden (act. 5/7-10). Somit bestehen keine offenen Betreibungsforderungen mehr.

4.5 Die finanzielle Situation der Schuldnerin erscheint nach dem Gesagten als angespannt. Sie konnte zwar in den letzten beiden Jahren gewinnbringend wirtschaften. Dies vermochte indes den seit Beginn der Geschäftstätigkeit bestehenden Verlustvortrag nicht zu kompensieren. Sodann sind ihre kurzfristigen Verbindlichkeiten durch die vorhandenen flüssigen Mittel und bestehenden Debitoren knapp nicht gedeckt. Zu Gunsten der Schuldnerin ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie ihren Verlustvortrag immer weiter hat reduzieren können und somit durchaus in der Lage ist, Überschüsse zu erzielen. Es bestehen wie dargelegt Anhaltspunkte für eine anhaltende Verbesserung ihrer finanziellen Situation. Überdies wurden sämtliche noch offenen Betreibungsforderungen getilgt. Demzufolge erweist sich die Beschwerde – obschon es sich um einen Grenzfall handelt und in Zukunft womöglich weitere Kapitaleinschüsse aus den privaten Mitteln der Gesellschafter nötig sein werden – als begründet und ist der über die Schuldnerin am 11. Dezember 2014 eröffnete Konkurs aufzuheben.

5. Durch die verspätete Zahlung bzw. Hinterlegung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkureröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 11. Dezember 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 von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 6'320.-- im Umfang von Fr. 6'318.20 an die Gläubigerin und den Restbetrag an die Schuldnerin zu überweisen.
4. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handels-

registeramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Birmensdorf, 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:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am:
21. Januar 2015