

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150193-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

Urteil vom 4. November 2015

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Sammelstiftung BVG B._____ Lebensversicherungs-Gesellschaft,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin ,

vertreten durch B._____ Lebensversicherungs-Gesellschaft AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 20. Oktober 2015 (EK150429)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in C._____, welche im Wesentlichen die Ausführung von Fassadenisolationen, Fassadenrenovationen und Malerarbeiten bezweckt (act. 6).

2. Am 20. Oktober 2015, 13:45 Uhr, eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirkes Bülach für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 11'917.10 inklusive Zins, Umtriebsspesen und Betreuungskosten (vgl. act. 9/4) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 9/7 = act. 3 = act. 8, nachfolgend zitiert als act. 8). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin am 2. November 2015 rechtzeitig (vgl. act. 9/8) Beschwerde bei der Kammer und liess die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragen (act. 2 S. 2). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 3. November 2015 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits geleistet hatte (act. 5/6). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 9/1-9). 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von

10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine 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 er 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).

2.1 Die Schuldnerin belegt, die der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes C.____; vgl. act. 9/2) im Umfang der Grundforderung von Fr. 10'820.95 mit Zahlungen vom 17. September 2015 und 10. Oktober 2015 bereits vor der Konkursöffnung getilgt zu haben (act. 5/4). Im Zeitpunkt der Konkursöffnung waren dementsprechend noch die Betreuungskosten von Fr. 206.60, die Forderung der Gläubigerin für Umtriebs-spesen in Höhe von Fr. 500.– sowie die Zinsforderung offen (vgl. act. 9/1; 9/4). Letztere beträgt – wie die Schuldnerin zu Recht vorbringt (act. 2 S. 3) – Fr. 372.–, womit die noch offene Forderung der Gläubigerin Fr. 1'078.60 (Fr. 206.60 + Fr. 500.– + Fr. 372.–) beträgt. Die Schuldnerin belegt, diese Forderung sowie die Kosten des obergerichtlichen Konkursverfahrens von Fr. 750.– mit einer Zahlung von Fr. 1'900.– bei der Obergerichtskasse sichergestellt zu haben (act. 5/6). So-dann belegt sie, dass sie am 30. Oktober 2015 mit einer Zahlung von Fr. 600.– beim Konkursamt Bassersdorf die Kosten des Konkursverfahrens sowie die Kos-ten des Konkursgerichts sichergestellt hat (act. 5/7). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähig-keit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substanti-erte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältni-se zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Aus-gaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden be-zahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt bewei-sen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein

nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Namentlich muss der Schuldner nachweisen, dass gegen ihn kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkurs- oder in einer Wechselbetreibung hängig ist und dass keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen. Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvor-schlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_912/2013 E. 3). Nach 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 Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.2.1 Die Schuldnerin bringt zu ihrer Zahlungsfähigkeit vor, sie habe im Sommer 2015 vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten gehabt, weil eine Auftraggeberin (D._____ AG) eine Rechnung nicht bezahlt habe; konkret sei per Anfang Oktober 2014 eine Forderung von Fr. 87'300.– ausstehend gewesen. Zwar habe danach eine Zahlungsvereinbarung geschlossen werden können, gemäss der die D._____ AG monatlich Fr. 5'000.– zur Abzahlung dieser Forderung hätte leisten müssen (act. 2 S. 4; act. 5/7), doch seien diese Zahlungen nur bis Dezember 2014 erfolgt, weshalb die Betreibung gegen die D._____ AG eingeleitet worden sei. Mittlerweile sei bezüglich dieser Forderung das Schlichtungsverfahren vor dem zuständigen Friedensrichteramt anhängig gemacht worden (act. 2 S. 4; act. 5/9). Weiter seien Zahlungen der E._____ AG ausstehend, welche inzwischen ebenfalls in Betreibung gesetzt worden seien (act. 2 S. 4; act. 5/11). Auf-

grund dieser ausgebliebenen Zahlungen aus den Jahren 2014 und 2015 habe sich ihre Liquidität verschlechtert, sodass sie ihre Mitarbeiterzahl habe reduzieren müssen. Dies habe wiederum dazu geführt, dass die nicht mehr im selben Umfang wie bisher habe Aufträge annehmen und ausführen können. So hätten die monatlichen Einnahmen zwischen Januar und Mai 2015 maximal Fr. 10'000.– betragen. Vor diesem Hintergrund sei es auch zu den weiteren im Betreibungsregis-terauszug aufgeführten Betreibungen gekommen. Der Hauptteil der Forderungen habe aber – wie die Forderung der Konkursgläubigerin – am 10. Oktober 2015 bezahlt werden können (act. 2 S. 5). Die Schuldnerin weist in diesem Zusammen- hang sodann darauf hin, dass sie vor Mai 2015 nie betrieben worden sei und nun seit Ende dieses Sommers wieder in der Lage sei, die ihr gestellten Rechnungen fristgerecht zu bezahlen (act. 2 S. 5). Ihre finanzielle Situation habe sich inzwi- schen merklich verbessert. Sie sei als Subunternehmerin in grössere Bauprojekte involviert und könne dadurch regelmässige Einnahmen generieren. Dem Konto- auszug per 28. Oktober 2015 könnten für den Monat Oktober 2015 Einnahmen von über Fr. 45'000.– entnommen werden. Per 8. November 2015 werde zudem eine bereits in Rechnung gestellte Forderung über Fr. 38'880.– fällig. Zudem werde in den kommenden Wochen der F. _____ AG, für die sie als Subunternehmerin tätig sei, Rechnung für erbrachte Leistungen gestellt. Darüber hinaus sei aufgrund des laufenden Schlichtungsverfahrens in näherer Zukunft auch wieder mit Zah- lungen der D. _____ AG zu rechnen (act. 2 S. 5).

Zu ihren Ausgaben führt die Schuldnerin sodann aus, diese bestünden im Wesentlichen aus den Ausgaben für die Löhne von zwei Angestellten und des geschäftsführenden Gesellschafters G. _____ sowie den damit verbundenen So- zialversicherungsabgaben. Die Nettokosten hätten sich im Oktober 2015 auf Fr. 14'383.35 belaufen. Weitere Ausgaben würden Leasingkosten für zwei Ge- schäftsfahrzeuge in Höhe von ca. Fr. 1'000.– pro Monat sowie die üblichen Versi- cherungsprämien betreffen. Mietzinse für Geschäftsräume würden hingegen kei- ne anfallen, da die Schuldnerin von der Wohnung des Gesellschafters aus geleitet werde. Das Baumaterial für die Bauaufträge werde ihr sodann von den jeweiligen Auftraggebern zur Verfügung gestellt, weshalb auch diesbezüglich keine Ausga- ben anfallen würden (act. 2 S. 5 f.).

2.2.2 Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes C. _____ vom 2. November 2015 ergeben sich neben der Forderung der Konkursgläubigerin insgesamt 5 weitere Betreibungen mit einem Gesamtbetrag von Fr. 16'357.– (act. 5/12). Neben der von der Konkursgläubigerin eingeleiteten Betreibung wurde der Schuldnerin dabei noch in drei weiteren Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 8'804.55) der Konkurs angedroht (act. 5/12 S. 2), wobei die Schuldnerin belegt, von diesen drei Betreibungen inzwischen eine beglichen zu haben. Wie bei der zur Konkursöffnung führenden Forderung wurde auch hier jedoch nicht an das Betreibungsamt, sondern am 13. Oktober 2015 direkt an die Gläubigerin "Stiftung H. _____" bezahlt, wobei nicht die in Betreibung gesetzte Forderung inklusive Betreibungskosten sondern offenbar nur die Grundforderung (ohne Betreibungskosten, Zins, etc.) bezahlt worden ist (vgl. act. 5/12 S. 2; act. 5/13). Wie bei der der Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderung scheint dementsprechend eine Konkursöffnung für die Differenz zwischen der in Betreibung gesetzten Forderung (Fr. 6'314.60) zzgl. Betreibungskosten und Zins sowie der bezahlten Grundforderung (Fr. 5'619.60) nach wie vor möglich. Zur Tilgung der anderen beiden Betreibungen (Nr. ... und Nr. ...; Gesamtbetrag Fr. 2'489.95), in welchen der Schuldnerin bereits der Konkurs angedroht worden ist, macht die Schuldnerin keine weiteren Angaben. In den übrigen beiden Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 7'552.45), welche noch nicht bis zur Konkursandrohung fortgeschritten sind, wurde der Schuldnerin der Zahlungsbefehl zugestellt (vgl. act. 2/12 S. 2), wobei die Schuldnerin belegt, eine dieser beiden Forderung inzwischen bezahlt zu haben (act. 5/13); indes wurde auch in diesem Fall nicht die in Betreibung gesetzte Forderung (Fr. 5'848.55) zzgl. Zins und Betreibungskosten, sondern offenbar nur die Grundforderung von Fr. 5'736.55 an die Gläubigerin bezahlt (vgl. act. 5/13). Insgesamt ist damit davon auszugehen, dass von den offenen Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 16'357.– durch die beiden erwähnten Zahlungen Fr. 11'356.15 (Fr. 5'619.60 + Fr. 5'736.55; vgl. act. 5/13) getilgt worden sind, womit offene Betreibungsforderungen von rund Fr. 5'000.– (Fr. 16'357.– ./ Fr. 11'356.15) verbleiben.

2.2.3 Vorliegend ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aufgrund der von ihr glaubhaft dargestellten verbesserten Finanzlage zu bejahen, zumal den glaubhaft

dargestellten Geschäftsausgaben von rund Fr. 16'000.– pro Monat derzeit wesentlich höhere Einnahmen gegenüberstehen. So hat die Schuldnerin belegt, im Monat Oktober 2015 Einnahmen von rund Fr. 46'000.– generiert zu haben (act. 5/14). Sodann hat sie durch Einreichung einer von ihr am 25. Oktober 2015 gestellten Rechnung glaubhaft gemacht, dass am 8. November 2015 eine Forderung von Fr. 38'880.– zur Zahlung an sie fällig wird (act. 5/15). Damit ist glaubhaft, dass die aktuellen Einnahmen der Schuldnerin ausreichen, um neben den laufenden Geschäftsausgaben noch die bestehenden Schulden innert nützlicher Frist, jedenfalls innerhalb von zwei Jahren, abzutragen. Dies umso mehr, als den offenen Betreibungsforderungen von derzeit rund Fr. 5'000.– erheblichen Debitoren der Schuldnerin bei der Firma D._____ AG gegenüberstehen. Zwar kann im Falle der Schuldnerin eine weitere Konkursöffnung aufgrund dessen, dass neben der Konkursforderung drei weitere Betreibungen bis zur Konkursandrohung fortgeschritten sind, nicht gänzlich ausgeschlossen werden, zumal zumindest in einem Fall – wie bereits bei der dieser Konkursöffnung zugrunde liegenden Forderung – zwar die Grundforderung, nicht aber die Forderungsneben- und Betreibungskosten bezahlt worden sind. Die Schuldnerin ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Gläubiger einer unbestrittenen Forderung nach Einleitung der Betreibung durch Zahlung der in Betreibung gesetzten Forderung samt Betreibungskosten zu befriedigen ist (vgl. Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Insgesamt ist aber die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu bejahen bzw. zumindest als wahrscheinlicher einzustufen, als ihre Zahlungsunfähigkeit. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung 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.

2. 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 Bülach vom 20. Oktober 2015, 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'200.-- (Fr. 600.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.-- 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 auszuführen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Gläubigerin Fr. 1'078.60 auszuführen. Ein nach Auszahlung dieses Betrages sowie nach Abzug der zweitinstanzlichen Gerichtsgebühr noch verbleibender Rest des von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschusses ist – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – der Schuldnerin auszubehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C._____, 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 N. Seebacher

versandt am:

5. November 2015