

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 1. März 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Januar 2016 (EK152229)

Erwägungen:

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche die Führung von Gastronomiebetrieben sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen bezweckt (act. 12).
2. Am 20. Januar 2016, 11:45 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 8/8). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 8. Februar 2016 beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; vgl. act. 8/11). Zusammen mit der Beschwerdeschrift reichte sie zahlreiche Beilagen ein (act. 5/1-24). Die Kammer erkannte der Beschwerde mit Verfügung vom 9. Februar 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zu (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. 5/24 = act. 6). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.
3. 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294, BGE 139 III 491).
4. Die Schuldnerin hat die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung von Fr. 6'362.30 samt aufgelaufenen Zinsen und Kosten nach Konkursöffnung bei der Obergerichtskasse sichergestellt (act. 5/20). Im Weiteren weist sie nach, beim Konkursamt Fr. 1'500.– für die zu erwartenden Konkurskosten und die erstinstanzliche Entscheidgebühr einbezahlt zu haben (act. 5/23). Damit hat sie den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2

SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen. Der Konkurs ist aufzuheben, sofern die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

5.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Anstehende Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. 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). Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt oder systematisch Rechtsvorschlag 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).

5.2 Die Schuldnerin führt aus, dass das von ihr betriebene Lokal "C._____" Restaurant, Café und Bar in einem sei, weshalb es von mittags bis abends Leute anziehe. Insbesondere von Donnerstag- bis Sonntagabend sei es ein gut laufender Treffpunkt von jungen serbischen Leuten. Damit werde sie auch in Zukunft genügend Umsätze generieren können, um ihren Verpflichtungen nachzukommen (act. 2 S. 4). Sie beschäftige zurzeit ca. 10 Mitarbeiter auf Stundenbasis, deren Einsätze nach Absprache und unregelmässig erfolgten. Die Löhne bezahle sie jeweils termingerecht bis spätestens am vierten Tag des Folgemonats aus. Der

monatliche Mietzins für das Lokal belaufe sich auf Fr. 6'250.– (act. 2 S. 5). Zu den Gründen, weshalb sie in Zahlungsschwierigkeiten gekommen ist, macht die Schuldnerin hingegen keine Ausführungen und behauptet in diesem Zusammenhang auch keine bloss vorübergehende Illiquidität.

5.3 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt das Betreibungsregister. Im vorgelegten Registerauszug des Betreibungsamts Zürich 12 (act. 5/18) sind seit der Gründung der Schuldnerin vor zweieinhalb Jahren insgesamt 17 Betreibungen gegen sie aufgeführt, die erste bereits ein Jahr nach der Gründung. Zusätzliche drei Betreibungen ergeben sich aus der Zahlungsliste des Betreibungsamts (act. 5/16); diese sind in der Zwischenzeit jedoch durch Abzahlungen der Schuldnerin getilgt und daher auf Begehren der betreffenden Gläubiger gelöscht worden. Diese Ausgangslage lässt vorderhand auf nicht unerhebliche und immer wieder auftauchende Liquiditätseingpässe der Schuldnerin schliessen. In sieben Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger resultierte – nach erfolgter Konkursöffnung – eine Pfändung mit ungenügender Deckung (Code 202). In zwei Betreibungen nebst derjenigen, die der Konkursöffnung zugrunde liegt, erfolgte bereits die Konkursandrohung. Allerdings stellte die Schuldnerin bei einer davon (Betreibung Nr. 1) immerhin den Grundbetrag der Forderung von Fr. 646.– (d.h. ohne Zinsen und übrige Kosten) mit Zahlung vom 5. Februar 2016 bei der Obergerichtskasse sicher (act. 5/22). In zwei Fällen wurde Rechtsvorschlag erhoben und lief die einjährige Fortsetzungsfrist ungenutzt ab (Betreibung Nr. 2 und 3), eine weitere Forderung (Betreibung Nr. 4) wurde direkt an die Gläubigerin bezahlt.

5.4 Der Auszug über offene Betreibungen des Betreibungsamts Zürich 12 weist per 3. Februar 2016 einen Saldo von Fr. 95'505.70 aus. Dieser ist um den in der Zwischenzeit beim Obergericht sichergestellten Betrag in der Höhe von total Fr. 7'711.– (act. 5/20 und 5/22), die glaubhafterweise getilgte Schuld gegenüber der D. _____ SA von Fr. 1'603.40 (Betreibung Nr. 3) sowie eine dem Betreibungsamt geleistete Teilzahlung von Fr. 7'000.–, welche noch nicht berücksichtigt wurde (vgl. act. 5/17), zu korrigieren. Zu diesem Betrag sind gemäss Aufstellung der Schuldnerin die Kreditorenausstände von Fr. 25'393.30 hinzuzuzählen (act. 5/10,

vgl. act. 2 S. 12), womit eine Gesamtschuld von etwas mehr als Fr. 100'000.– resultiert. Der Saldo auf dem Firmenkonto der ZKB beläuft sich lediglich auf rund Fr. 4'000.– (act. 5/12). Die Schuldnerin macht geltend, dass sie wie im vergangenen Jahr weiterhin jeden Monat Zahlungen in der Höhe von Fr. 5'000.– bis Fr. 8'000.– ans Betreibungsamt leisten und so die bestehenden Schulden in einem bis maximal zwei Jahren vollständig abbezahlen könne (act. 2 S. 7 und 12).

5.5 Tatsächlich ist aus den Unterlagen ersichtlich, dass die Schuldnerin im Verlauf des vergangenen Jahres in Betreuung gesetzte Schulden von total Fr. 38'734.45 via stetige Bezahlungen ans Betreibungsamt abbezahlt hat. Die Einzelzahlungen variierten von Fr. 20.– bis Fr. 7'000.–, wobei der überwiegende Teil im guten vierstelligen Bereich lag (act. 5/16). Die Bemühung um Schuldentilgung zeigt sich auch aus dem Zahlungsplan, welchen die Schuldnerin mit ihrer Hauptschuldnerin, der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Hauptabteilung Mehrwertsteuern, vereinbarte: Bereits zwei der fünf vorgesehenen Ratenzahlungen wurden per Dezember 2015 und Januar 2016 in der Höhe von zusammengesamt Fr. 10'000.– beglichen. Die übrigen drei Raten von insgesamt rund Fr. 15'000.– werden auf Ende der Monate Februar bis April 2016 fällig (vgl. act. 5/11).

Aus dem Jahresabschluss 2014 (Erfolgsrechnung für die Zeit ab der Gründung bis 31. Dezember 2014) resultierte ein geringer Gewinn von Fr. 5'381.30 (act. 5/13). Für das Jahr 2015 gab die Schuldnerin lediglich die Einnahmen und Ausgaben der Monate November und Dezember an. Aus diesen Angaben sowie aus den ebenfalls eingereichten Zahlen für den Januar 2016 ergeben sich Einnahmen in der Höhe von ca. 70'000.– bis ca. 96'000.–, welchen Ausgaben von Fr. 60'000.– bis 80'000.– gegenüberstehen (act. 5/15). Auch wenn es die Schuldnerin unterliess, für die dazwischen liegenden Monate Gewinnaufstellungen einzureichen, ist anzuerkennen, dass sie während dieser Zeit immerhin Abzahlungsleistungen erbringen konnte. Zugunsten der Schuldnerin ist somit davon auszugehen, dass dieser Trend von monatlichen Reingewinnen ab Fr. 10'000.– anhalten wird. Dies erlaubt es ihr, die offenen Betreibungen – allen voran diejenige, für welche ebenfalls der Konkurs angedroht wurde – innerhalb einer Frist von längs-

tens eineinhalb Jahren zu begleichen, was noch im Rahmen der von der Kammer praxisgemäss anerkannten Zeitspanne liegt (vgl. oben E. 4.1).

5.6 Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist nach dem Gesagten für den Moment zu bejahen. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Januar 2016, 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. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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 auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Gläubigerin Fr. 7'065.– und der E. _____ (Betreibung Nr. 1) Fr. 646.– auszubezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 12, 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:

Dr. M. Isler

versandt am: