

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160031-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Urteil vom 11. April 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster
vom 23. Februar 2016 (EK150284)

Erwägungen:

I.

Am 23. Februar 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster auf Begehren der Gläubigerin vom 8. Dezember 2015 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 29. Februar 2016 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss, die Konkurseröffnung aufzuheben (act. 2; Beilagen: act. 4/1–19).

Mit Präsidialverfügung vom 2. März 2016 wurde die Schuldnerin über die Voraussetzungen einer erfolgreichen Beschwerde informiert und darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerdeschrift bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist am 7. März 2016 ergänzen könne. Gleichzeitig wurde ihr Frist angesetzt, um die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu bevorschussen (act. 8).

Noch am gleichen Tag zahlte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 1'988.85 ein: Fr. 1'238.85 für die Gläubigerin und Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 10 und 11/1–2). Mit vom 29. Februar 2016 datierter, am 7. März 2016 der Post übergebener Eingabe ergänzte sie ihre Beschwerde (act. 14; Beilagen: act. 15/1–8).

Mit Präsidialverfügung vom 3. März 2016 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1–12).

II.

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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 Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491).

III.

Die Schuldnerin hat am 2. März 2016 bei der Obergerichtskasse für die Gläubigerin einen Betrag von Fr. 1'238.85 hinterlegt (act. 10 und 11/1). Damit ist die von der Gläubigerin in Betreuung gesetzte Forderung samt Zinsen und Betreuungskosten gedeckt. Weiter hat die Schuldnerin dem Konkursamt Dübendorf einen Kostenvorschuss von Fr. 500.– geleistet. Zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des diesem von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses von Fr. 2'000.– ist dieser Betrag hinreichend, um im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die konkursamtlichen Kosten zu decken und der Gläubigerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss zurückzuerstatten (act. 4/1). Somit liegt ein Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

IV.

1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu

erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

2.

Die Akten geben über die Schuldnerin folgenden Aufschluss:

2.1. Die A._____ GmbH ist seit Dezember 2011 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Als Unternehmenszweck registriert sind primär der Betrieb einer Gastronomieunternehmung samt Hauslieferdienst, Take-Away, Bar und Partyservice sowie Import und Export von Waren aller Art; ferner Planung, Lieferung und Montage von Gastronomieeinrichtungen jeglicher Art. Laut Beschwerdebegründung bereitet die Schuldnerin Speisen wie Döner Kebab, Pizza und weitere Snacks zu und bietet zusätzlich Getränke an (act. 14). Als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ist C._____ im Handelsregister eingetragen (act. 6). Die Schuldnerin macht geltend, in den letzten Jahren wegen mehrmaligem Wechsel in der Geschäftsführung – gemeint ist offensichtlich nicht die Person des registrierten Geschäftsführers, welche unverändert blieb – viele "Unregelmässigkeiten" gehabt zu haben. Seit einigen Monaten habe sie nun eine neue Geschäftsführung und "viele Sachen" im Betrieb funktionierten wieder, die Rechnungen würden wieder regelmässig bezahlt (act. 2).

2.2. Die Bilanz der Schuldnerin per Ende 2014 und ihre provisorische Bilanz per Ende 2015 präsentieren sich wie folgt (act. 15/3–4, act. 15/7 Anhang; Beträge in Fr.):

	<u>31. Dez. 2014</u>		<u>31. Dez. 2015</u> (prov.)	
	<i>Soll</i>	<i>Haben</i>	<i>Soll</i>	<i>Haben</i>
AKTIVEN				
Kasse	2'534.35		18'808.88	
Kontokorrent ZKB	120.19		-44.78	
Vorräte Handelswaren	7'848.72		10'848.72	

Mobilien und Einrichtung	25'600.00		20'479.00
Fahrzeuge	640.00		512.00
PASSIVEN			
Verbindlichkeiten für Material		6'056.80	6'056.80
Kreditor AHV		6'000.00	4'480.05
Kreditor BVG		3'152.32	1'992.87
Geschuldete MWST			243.90
Kreditor MWST		8'570.25	10'590.30
Darlehen D. _____		70'000.00	70'000.00
Darlehen E. _____		33'000.00	33'000.00
Kapital/Stammkapital		20'000.00	20'000.00
Privatkonto		-252.61	-662.61
Gewinnvortrag/Verlustvortrag		-118'195.53	-109'783.50
Gewinn		8'412.03	14'686.01
TOTAL	<u>36'743.26</u>	<u>36'743.26</u>	<u>50'603.82</u> <u>50'603.82</u>

Die entsprechenden Erfolgsrechnungen der Schuldnerin sehen – grob zusammengefasst – wie folgt aus (act. 15/5–7; Beträge in Fr.):

	<u>2014</u>		<u>2015 (prov.)</u>	
	<i>Aufwand</i>	<i>Ertrag</i>	<i>Aufwand</i>	<i>Ertrag</i>
		323'921.67		332'617.58
	315'509.64		317'931.57	
Gewinn	<u>8'412.03</u>		<u>14'686.01</u>	
Tabellentotal	323'921.67	323'921.67	332'617.58	332'617.58

2.3. Den eingereichten Akten ist zu entnehmen, dass die Schuldnerin kurz vor der Konkursöffnung mit Posteingängen vom 10. Februar 2016 12 offene, nicht in Betreuung gesetzte Rechnungen über insgesamt Fr. 7'626.70 beglichen hat (act. 4/7, 4/9–19):

<i>Gläubiger</i>	<i>Betrag</i> <i>(in Fr.)</i>
Gemeindeverwaltung ...	200.00
Kanton Zürich	120.00
Gemeindeverwaltung ...	480.00
F. _____ Versicherungen AG	560.25
Strassenverkehrsamt	458.00
Strassenverkehrsamt	158.00
G. _____ Versicherungen AG	415.90
G. _____ Versicherungen AG	1'037.00
Werke ...	1'300.00
H. _____ GmbH	962.30
I. _____ AG	379.00
Eidg. Steuerverwaltung	<u>1'556.25</u>
	7'626.70

2.4. Die von der Schuldnerin eingereichte Auskunft des Betreibungsamtes Dübendorf vom 7. März 2016 weist für die Zeit ab September 2012 – einschliesslich der abgestellten Betreibungen – 59 gegen die Schuldnerin gerichtete Verfahren über Forderungen von insgesamt Fr. 129'617.90 (ohne Zinsen und Kosten) aus (act. 15/2):

<i>Anzahl</i>	<i>Gläubiger</i>	<i>Forderung (in Fr.)</i>
2	G. _____ Versicherungen	3'350.30
7	B. _____ Ausgleichskasse	49'108.25
12	B. _____ Pensionskasse	18'465.20
6	Kanton Zürich	5'577.65
4	Polit. Gmde ...	1'215.00
15	Schweiz. Eidgenossenschaft	19'554.00
1	J. _____ GmbH	3'980.00
7	Sozialversicherungsanstalt	13'328.00
4	K. _____ Krankenversicherung	9'734.35
1	K. _____ Versicherungen	5'305.15
<u>59</u>		<u>129'617.90</u>

In der Betreuung der B. _____ Pensionskasse Nr. ... (Fr. 1'050.40 ohne Zinsen und Kosten), die dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegt, hat die Schuldnerin den geschuldeten Betrag am 2. März 2016 hinterlegt (vorn Erw. I und III). In der Betreuung Nr. ... der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 1. Februar 2016 über Fr. 710.35 (ohne Zinsen und Kosten) hat die Schuldnerin offenbar am 10. Februar 2016 bei der Post Fr. 710.35 für die Gläubigerin einbezahlt (act. 4/19).

Alle übrigen 57 Betreibungsverfahren sind in der Betreuungsauskunft als erledigt vermerkt: 29 Verfahren durch Bezahlung an das Betreibungsamt, 2 Verfahren durch Zahlung an den Gläubiger, 26 durch Abstellung (act. 15/2).

2.5. Die folgenden 11 Betreibungsverfahren wurden im Jahre 2016 abgeschlossen (act. 15/2):

<i>Eingang</i>	<i>Gläubiger</i>	<i>Forderung (in Fr.)</i>	<i>Erledigung</i>	<i>Stand</i>
25.06.2015	Sozialversicherungsanstalt (SVA)	2'564.20	15.01.2016	Zahlung an das Betreibungsamt (Z)
14.09.2015	K. _____ Krankenversicherung	3'359.45	01.02.2016	Z
30.10.2015	G. _____ Versicherungen	2'800.00	15.02.2016	Zahlungsmeldung des Gläubigers (ZG)
10.06.2013	B. _____ Pensionskasse	2'621.90	07.03.2016	Z

26.08.2013	B._____ Pensionskasse	2'240.00	07.03.2016	Z
10.10.2014	J._____ GmbH	3'980.00	07.03.2016	Z
30.09.2015	SVA	1'318.05	07.03.2016	Z
13.11.2015	B._____ Pensionskasse	1'194.20	07.03.2016	Z
04.01.2016	B._____ Pensionskasse	1'184.55	07.03.2016	Z
25.01.2016	SVA	32.25	07.03.2016	Z
25.01.2016	SVA	1'418.35	07.03.2016	Z
		<u>22'712.95</u>		

Offene Verlustscheine sind laut Betreibungsregistrauszug nicht registriert (act. 15/1).

2.6. Das Kontokorrentkonto der Schuldnerin bei der Zürcher Kantonalbank wies am 1. März 2016 einen Saldo von Fr. 12'400.46 auf, am 4. März 2016, bevor die Schuldnerin am 7. März 2016 diverse Betreibungsforderungen beglich (Erw. IV/2.5 oben), einen solchen von Fr. 16'536.97 (act. 4/3, 15/8).

2.7. Zwischen 29. Januar und 12. Februar 2016 hat die Schuldnerin Warenbezüge (Fleisch, Pommes Frites u.a.m.) für rund Fr. 3'700.– – offensichtlich bar – bezahlt (act. 4/4–6, 4/8).

3.

Aufgrund der vorstehend dargelegten Behauptungen und Fakten bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu beurteilen:

Die eingereichten Bilanzen und Erfolgsrechnungen (act. 15/3–7) sprechen nicht für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Laut Bilanz 2014 standen am 31. Dezember 2014 kurzfristigen Verbindlichkeiten von Fr. 23'779.37 kurzfristig verfügbare Mittel von lediglich Fr. 2'654.54 gegenüber (act. 15/3–4). Per Ende 2015 sind kurzfristige Verbindlichkeiten von Fr. 23'363.92 und kurzfristig verfügbare Mittel von Fr. 18'808.88 bilanziert. Der Gewinn 2014 wurde mit Fr. 8'412.03 ausgewiesen, derjenige des Folgejahres mit Fr. 14'686.01. Die Bilanz und die Erfolgsrechnung 2015 sind aber nur provisorisch. Die Rechnung 2015 dürfte noch beträchtliche Lücken aufweisen. Beispielsweise steht dem Sozialversicherungsaufwand von Fr. 16'701.45 im Jahre 2014 (bei Löhnen von Fr. 85'867.61) ein solcher von lediglich Fr. 2'305.50 im Jahre 2015 (bei Löhnen von Fr. 94'968.75) gegenüber. Der Kreditor "BVG" ist per Ende 2015 mit nur Fr. 1'992.87 bilanziert,

obwohl am 4. Januar 2016 5 Beteiligungen der B._____ Pensionskasse über Forderungen von insgesamt Fr. 8'291.05 offen waren (act. 15/2). In der Erfolgsrechnung 2015 fehlen sodann im Unterschied zur Vorjahresrechnung die Positionen für AHV, IV, EO, ALV, FAK und berufliche Vorsorge (act. 15/7). Die Position "Verbindlichkeiten für Material" schliesslich scheint in der Bilanz 2015 einfach aus der Vorjahresbilanz übernommen worden zu sein.

Positiv zu vermerken ist demgegenüber, dass laut Beteiligungsregister nur zwei offene Beteiligungsverfahren bestehen und die Schuldnerin mittlerweile auch die den beiden verbleibenden Beteiligungsgläubigern geschuldeten Beträge hinterlegt bzw. (ohne Beteiligungskosten) bezahlt hat. Zudem hat die Schuldnerin kurz vor der Konkursöffnung noch 12 offene, nicht in Beteiligung gesetzte Rechnungen über insgesamt Fr. 7'626.70 bezahlt (Erw. IV/2.3 oben).

Der Umstand, dass die Schuldnerin alle offenen Beteiligungen zu begleichen vermochte und sich ihre Geschäftsführung in der letzten Zeit verbessert zu haben scheint, rechtfertigt es, die Glaubhaftigkeit ihrer Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG trotz gewisser Bedenken zu bejahen. Sollte es erneut zu einer Konkursöffnung kommen, müsste die Schuldnerin damit rechnen, dass höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt würden.

V.

1.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

2.

Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie die Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 23. Februar 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 1'238.85 an die Gläubigerin auszusahlen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 450.– wird bestätigt und ebenfalls der Schuldnerin auferlegt.
4. Das Konkursamt Dübendorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dübendorf, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: