

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 24. März 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwältin lic. iur.,
LL.M. X2._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 24. Februar 2016 (EK160108)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 21. Mai 1999 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie die Beratung von Unternehmungen der öffentlichen und privaten Hand in Umweltfragen (act. 6).

1.2. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) vom 24. Februar 2016 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/6). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 14. März 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/8). Mit Präsidialverfügung vom 15. März 2016 wurde der Beschwerde 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. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. 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 Konkursaufhebungsgründe (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 Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

2.2. Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung von Fr. 6'106.35 nebst Zins zu 5 % seit 3. September 2015 (abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 86.87 vom 3. September 2015), Betreuungskosten von Fr. 100.00, Mahnkosten von Fr. 50.00, zuzüglich Betreuungskosten. Nach Art. 68 Abs. 2 SchKG ist die Gläubigerin berechtigt, von der Teilzahlung der Schuldnerin vom 3. September 2015 vorab die Betreuungskosten zu beziehen. Dies ergibt eine noch offene Forderung von insgesamt Fr. 6'500.58 (Fr. 6'106.35 + Fr. 143.50 Zinsen + [Fr. 100.00 + Fr. 187.60 ./ Fr. 86.87] + Fr. 50.00). Die Schuldnerin belegt, am 14. März 2016 Fr. 7'701.30 bei der Obergerichtskasse einbezahlt zu haben. Damit hat sie die Konkursforderung samt Zinsen, Betreibungs- sowie Mahnkosten zuhanden der Gläubigerin hinterlegt und einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 2 S. 3 f.; act. 5/3; act. 9). Im Weiteren hat die Schuldnerin mit Zahlung vom 11. März 2016 beim Konkursamt Aussersihl-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'100.00 sichergestellt (act. 5/4). Somit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Nebst einem Konkursaufhebungsgrund hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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, in näherer Zukunft 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. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012

von 10. Juli 2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden 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).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 5 vom 7. März 2016 umfasst den Zeitraum vom 9. April 2010 bis 7. März 2016 (act. 5/5). In der Periode vom 1. April 2011 bis 26. Februar 2016 wurde die Schuldnerin insgesamt 27 Mal betrieben. Davon ist eine Betreibung erloschen (Code 501). 16 Betreibungen im Betrag von Fr. 51'315.40 wurden durch Bezahlung an das Betreibungsamt (Code 105) erledigt. Neben der Betreibung der nun hinterlegten Konkursforderung bestehen damit noch neun Betreibungen. In zwei Fällen wurde erst die Betreibung eingeleitet (Code 101), in einem der Zahlungsbefehl zugestellt (Code 102), in dreien wurde die Fortsetzung eingeleitet (Code 201) und in drei weiteren Fällen ist die Betreibung bereits bis zur Konkursandrohung gelangt (Code 207). Der Gesamtbetrag der noch offenen, in Betreibung gesetzten Forderungen beläuft sich auf Fr. 22'662.70.

2.3.3. Die Schuldnerin erklärt, das von ihr an den Tag gelegte Zahlungsverhalten ab dem Jahr 2012 und insbesondere ab dem Jahr 2015 sei massgeblich auf die familiären und gesundheitlichen Probleme ihrer einzigen Gesellschafterin und Geschäftsführerin, B._____, sowie deren Mitarbeiterin zurückzuführen. Im Jahr 2010 sei B._____'s Vater gestorben, woraufhin sie sich intensiv um ihre betagte Mutter habe kümmern müssen. Im April 2014 sei der Vater und im Januar 2015 die Mutter von B._____'s langjährigem Lebenspartner, mit welchem sie eine gemeinsame Tochter habe, gestorben. Zusätzlich sei die einzige Mitarbeiterin von B._____ von Januar bis Juli 2015 krankheitshalber ausgefallen. All dies habe sich auf B._____'s Aufgabenerfüllung als Geschäftsführerin ausgewirkt. Sie habe insbesondere dem administrativen Geschäftsbereich nicht genügend Aufmerksamkeit schenken können, was zur Häufung von Betreibungen geführt habe. Nach-

dem B._____ anfangs des Jahres 2016 zudem an einer Lungenentzündung erkrankt und ein Umzug des Geschäfts von der ...-Strasse ... an die ...-Strasse ... in Zürich erfolgt sei, sei es schliesslich zur Konkursöffnung gekommen (act. 2 Rz. 11-15; act. 5/7).

Die den neun offenen Betreibungen zugrundeliegenden Forderungen bestreitet die Schuldnerin weder im Bestand noch in der Höhe (act. 2 Rz. 10). Sie führt aus, nachdem sie von der Konkursöffnung Kenntnis erlangt habe, habe sie sich unverzüglich bemüht, die finanzielle Situation zu bereinigen und die Forderungen sämtlicher offenen Betreibungen zu begleichen. Ihr sei seitens des Lebenspartners von B._____ sowie der C._____ AG, bei welcher B._____ ebenfalls Geschäftsführerin sei, ein Überbrückungsdarlehen gewährt worden. Am 1. und 8. März 2016 habe sie in Anrechnung an die offenen Betreibungen zwei Zahlungen à je Fr. 5'000.00 an das Betreibungsamt Zürich 5 vorgenommen und beabsichtigt, diesem den noch offenen Betrag der Betreibungsforderungen zu überweisen. Das Betreibungsamt Zürich 5 als auch das Konkursamt Aussersihl-Zürich hätten jedoch mitgeteilt, keinerlei Zahlungen zuhanden der Gläubiger entgegennehmen zu können. Das Betreibungsamt Zürich 5 habe ihr den Betrag von Fr. 10'000.00 zurückerstattet. Den Betrag der noch offenen Betreibungen inklusive Betreibungskosten von Fr. 22'263.45 habe sie daher am 11. März 2016 auf das Firmenkonto überwiesen. Würde der Konkurs aufgehoben, würden diese liquiden Mittel umgehend zur Begleichung sämtlicher noch offener Betreibungen verwendet werden (act. 2 Rz. 16-19).

2.3.4. Die Einzahlung bzw. Rückerstattung der Fr. 10'000.00 belegt die Schuldnerin mittels eines Kontoauszuges des Betreibungsamtes Zürich 5 (act. 5/8). Sodann ist die Gutschrift von Fr. 22'263.45 auf dem Firmenkonto der Schuldnerin bei der Zürcher Kantonalbank ausgewiesen. Der Saldo des Firmenkontos beläuft sich per 14. März 2016 auf Fr. 25'764.13 (act. 5/12). Damit ist grundsätzlich glaubhaft, dass genügend flüssige Mittel zur Begleichung der noch offenen Betreibungsforderung von Fr. 22'662.70 vorhanden sind. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Überbrückungsdarlehen neue Verbindlichkeiten darstellen. Die Schuldnerin macht keine Ausführungen zu den Rückzahlungsmodalitäten der Darlehen, geht

jedoch anhand ihrer Liquiditätsplanung für das Jahr 2016 davon aus, die Darlehen kurz- bis mittelfristig zurückbezahlen und ihre Geschäftstätigkeit über das Jahr 2016 hinaus weiterführen zu können (act. 2 Rz. 26; act. 5/23).

Die Schuldnerin reicht keinen Zwischenabschluss und keine Jahresabschlüsse, Buchhaltungsbelege, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Der eingereichten "Planung 2016 A.____ / Liquiditätsrechnung" zufolge rechnet die Schuldnerin im Jahr 2016 mit einem Total an Aufwänden von Fr. 115'500.00 und einem Gesamtertrag von Fr. 184'228.00. Aus der Berechnung ist ersichtlich, dass sich die monatlichen Fixkosten der Schuldnerin – da neben B.____ nur noch eine weitere Mitarbeiterin/Praktikantin beschäftigt ist, die Büromiete Fr. 2'500.00 und die Kosten für Telefonie/Abonnemente etc. Fr. 1'200.00 betragen – in einem relativ geringen Rahmen halten dürften (act. 5/23). In Bezug auf ihre Auftragslage macht die Schuldnerin geltend, eine regelmässige Lehrtätigkeit im Bereich Umweltmanagement an der ...-Schule ... auszuüben. Hierzu reicht sie eine Honorarabrechnung von Fr. 3'000.00 über die Abrechnungsperiode Januar/Februar 2016 samt entsprechender Gutschriftanzeige auf dem Firmenkonto ein (act. 2 Rz. 20; act. 5/10-11). Des Weiteren führt die Schuldnerin an, seit dem Jahr 2000 am Projekt "D.____" beteiligt und seit dem Jahr 2007 im Rahmen des Projektes "E.____" tätig zu sein. Aus dem Projekt "D.____" bestehende Debitorenforderungen sind mit Rechnungen vom 26. Februar 2016 über insgesamt Fr. 28'836.00 ausgewiesen, was auf den behaupteten diesbezüglichen Zufluss an liquiden Mitteln per Ende März 2016 schliessen lässt (act. 2 Rz. 22-24; act. 5/13-20). Zum Projekt "E.____" führt die Schuldnerin aus, sie habe in Zusammenarbeit mit der Partnerfirma F.____ AG in den letzten Jahren die Installation von rund 20'000 wassersparenden Duschbrausen in Privathaushalten, Gemeinden und Unternehmen veranlasst. Das Projekt sei zwar Ende des Jahres 2013 beendet worden, die Duschbrausen seien jedoch weiterhin im Einsatz und sie habe Anspruch auf Gutschriften auf den CO²-Einsparungen, welche mit den energiesparenden Massnahmen erzielt würden. Anhand der eingereichten Belege zu den Gutschriften auf dem Firmenkonto in den letzten Jahren ist die Einschätzung der Schuldnerin, dass ihr Mitte des Jahres aus dem Projekt "E.____" eine Gutschrift von zirka

Fr. 120'000.00 zukommen sollte (act. 2 Rz. 25; act. 5/22a-22g), als glaubhaft einzustufen.

2.4. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Schuldnerin – nach Überwindung der familiären sowie gesundheitlichen Probleme – wieder in der Lage sein sollte, ihren Geschäftsführungsaufgaben samt (rechtzeitiger) Erledigung der administrativen Aufgaben nachzukommen. Im Weiteren ist mit dem Kontokorrentguthaben der Schuldnerin von Fr. 25'764.13 ein kurzfristig abrufbares Guthaben vorhanden, um insbesondere die Forderungen von insgesamt Fr. 3'757.80 aus den Betreibungen Nr. ..., Nr. ... und Nr. ..., in welchen es bereits zur Konkursandrohung kam, zu begleichen. Vor dem Hintergrund des voraussichtlichen Debitorenzuflusses von Fr. 28'836.00 und der zu erwartenden Gutschrift von Fr. 120'000.00 erscheint glaubhaft, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen wird bedienen können und innert längstens zwei Jahren auch die Überbrückungskredite bzw. die offenen Betreibungen wird abtragen können. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Sollte es jedoch diesen Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

In einer Gesamtbetrachtung erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin folglich noch knapp als glaubhaft gemacht. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des am 24. Februar 2016 über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 24. Februar 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.00 (Fr. 1'100.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 6'951.30 (= Fr. 7'701.30 – Fr. 750.00), Fr. 6'500.60 an die Gläubigerin und den Rest (Fr. 450.70) an die Schuldnerin auszubezahlen.

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

versandt am:
24. März 2016