

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170120-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller
sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 13. Juli 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 15. Juni 2017 (EK170773)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 15. Juni 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (act. 3 = act. 6 = act. 8/9). Diese beantragte mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 26. Juni 2017 die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2, act. 8/12). Mit Verfügung vom 26. Juni 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-13). Da die Beschwerdeführerin den Kostenvorschuss für das hiesige Rechtsmittelverfahren mit Zahlung vom 20. Juni 2017 an die Obergerichtskasse bereits geleistet hat (act. 5/B03), erweist sich die Sache nunmehr als spruchreif.
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner 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 zehn 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 ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294 und 139 III 491).
3. Die Beschwerdeführerin belegt, die dem Konkursbegehren zugrunde liegenden Forderungen (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Zürich 11) von Fr. 480.30 nebst Zins zu 5 % seit dem 23. November 2016 und Fr. 84.40 ohne Zins sowie Fr. 106.60 Betreibungskosten (total Fr. 684.70) durch die am 20. Juni 2017 bei der Obergerichtskasse einbezahlte Kautions von Fr. 690.– sichergestellt zu haben (act. 5/B02). Im Weiteren weist sie nach, dass beim Konkursamt Oerlikon-Zürich Fr. 1'500.– für die Kosten des Konkursverfahrens inkl. des erstinstanz-

lichen Konkursgerichts einbezahlt wurden (act. 5/A04). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist erfüllt. Der Konkurs ist aufzuheben, sofern die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht ist.

4.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Deshalb hat der Schuldner aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. 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). 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. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch konkret dargelegt werden, sodass 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.

4.2 Die Beschwerdeführerin wurde von ihrem Geschäftsführer C._____ und dessen Ehefrau D._____ anfangs 2008 gegründet. Gemäss Handelsregistrauszug bezweckt sie die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Kiosk, Gastronomie, Textil, Autohandel, Import und Export (act. 5/A02 = act. 6). Die Beschwerdeführerin betreibt an der E._____ -Strasse ... in ... Zürich ein Kiosk-/Bistroununternehmen (act. 2 S. 3).

4.3 Einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit und des Zahlungsverhaltens eines Schuldners gibt der Auszug aus dem Beteiligungsregister. Der vorgelegte Auszug umfasst den Zeitraum August 2012 bis Juni

2017. In diesen knapp fünf Jahren wurde die Beschwerdeführerin 19 Mal betrieben. Es handelt sich insbesondere um (öffentlich-rechtliche) Steuerforderungen, Versicherungsforderungen sowie Forderungen der B._____ (Ausgleichskasse und Pensionskasse). Von den 19 Betreibungen sind vier erloschen und sieben wurden durch Zahlung ans Betreibungsamt erledigt. Abzuziehen ist ferner die der vorliegenden Konkursöffnung zugrunde liegende sichergestellte Forderung. Gegenwärtig sind also noch sieben Betreibungen in der Höhe von Fr. 13'415.60 (exkl. Zinsen und Kosten) ausstehend. Die namhafteste Forderung in der Höhe von Fr. 5'570.– wurde bereits im Jahr 2013 durch Rechtsvorschlag gestoppt. In einer Betreibung (in der Höhe von Fr. 281.60) ist bereits die Konkursandrohung erfolgt, bei den restlichen wurde erst die Betreibung eingeleitet. Der Betreibungsregisterauszug deutet darauf hin, dass die Beschwerdeführerin vor allem in den letzten zwei Jahren Schulden anhäufen liess bzw. in Zahlungsschwierigkeiten geraten sein muss oder eine nachlässige Zahlungsmoral an den Tag legte.

4.4 Die Beschwerdeführerin trägt vor, dass der Geschäftsbetrieb (Kiosk und Bistro) die Existenzgrundlage beider Gesellschafter darstelle, weshalb sie alles daran setzten, diesen fortzuführen (act. 2 S. 4). Zum Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit reicht die Beschwerdeführerin die Jahresrechnung (Bilanz und Erfolgsrechnung) 2016 sowie einen Zwischenabschluss (Bilanz und Erfolgsrechnung) per Mai 2017 ein (act. 5/B04, act. 5/B05). Sie führt aus, dass sie jährlich einen Umsatz von etwas mehr als Fr. 400'000.– erziele und im Geschäftsjahr 2016 einen Gewinn von rund Fr. 48'000.– generiert habe. Die Umsatz- und Ertragsgrößen des laufenden Jahres seien vergleichbar; dem Umsatz von Fr. 137'535.15 stehe ein provisorischer Gewinn von Fr. 21'216.35 gegenüber. Ausserdem sei sie kapitalmässig gut ausgestattet. Die Aktiven seien durch Eigenkapital unterlegt, d.h. die Gesellschaft sei weitgehend durch Geld der Geschäftsinhaber finanziert (act. 2 S. 3).

4.5 Diese Ausführungen decken sich mit den Zahlen der eingereichten Buchhaltungsauszüge. Diese sind von einer F._____ GmbH gestempelt und von zwei Personen visiert. Gemäss Art. 957a Abs. 2 OR müssen die Bücher vollständig, wahrheitsgetreu und systematisch geführt werden. Bei einem Verstoß gegen

diese Grundsätze liegt ein strafrechtlich relevantes Verhalten vor (Art. 325 Abs. 1 StGB). Es ist vorderhand also von einer ordnungsgemässen Buchführung auszugehen. Dennoch ergeben sich einige Unklarheiten: Das Buchhaltungskonto "Bank - ZKB" weist in der Zwischenbilanz per 31. Mai 2017 einen Saldo von Fr. 6'414.90 auf (act. 5/B05). Der eingereichte ZKB Kontoauszug lautend auf die Beschwerdeführerin zeigt jedoch am 1. Juni 2017 lediglich einen Saldo von Fr. 702.45 (act. 5/B06). Das zweite von der Beschwerdeführerin angegebene und auf sie lautende Konto bei der PostFinance ist in der Buchhaltung gar nicht aufgeführt. Es ist per 20. Juni 2017 um Fr. 140.35 im Minus. Das Buchhaltungskonto "Kasse" weist per 31. Mai 2017 einen Bestand von Fr. 57'111.84 aus. Bei so viel liquiden Mitteln ist äusserst fraglich, weshalb die offenen Schulden – erst recht vor dem Hintergrund der drohenden Konkursöffnung – nicht sogleich beim Betreibungsamt getilgt wurden.

Die reinen Buchhaltungszahlen zeigen sowohl für das Jahr 2016 als auch die ersten Monate 2017 ein solides Bild der Beschwerdeführerin: Das Verhältnis des Umlaufvermögens zum kurzfristigen Fremdkapital weist eine überaus grosse Liquidität aus. Das Anlagevermögen ist ferner durch das Eigenkapital vollständig gedeckt. Für die ersten fünf Monate 2017 resultiert wie erwähnt ein provisorischer Gewinn von Fr. 21'216.35. Insofern stehen die Buchhaltungszahlen im Widerspruch zu den nicht beglichenen Schulden, aber auch zum Kontostand der beiden Bankkonti der Beschwerdeführerin. Eine Erklärung dafür bleibt die Beschwerdeführerin schuldig.

Sie führt aus, dass auf dem Konto bei der PostFinance als Gutschriften hauptsächlich die Kreditkarteneingänge vermerkt seien. Mit diesen Einnahmen würden die Geschäftsaufwendungen (Warenaufwand etc.) in etwa gleicher Höhe beglichen (act. 2 S. 4). Aus besagtem Kontoauszug lassen sich regelmässige und konstante (wenn auch eher geringe) Erträge ablesen, die sich mit den Ausgaben etwa die Waage halten (act. 5/B07). Ein gleiches Bild zeigt sich auf dem ZKB-Konto: Es erfolgen regelmässige Gutschriften aber auch ebensolche Belastungen in tiefer vierstelliger Höhe durch die Swisslos (act. 5/B06).

Gesamthaft erweckt es den Anschein, dass die Beschwerdeführerin ihre laufenden Verpflichtungen (Wareneinkauf, Personal-, Betriebs-, Verwaltungsaufwand) durch ihre Einnahmen bedienen kann und zusätzlich anfallende Schulden (Steuern, Pensions- und Ausgleichskassenbeiträge) nicht mehr beglich. Sie macht geltend, dass sie bei Weiterbestand einen monatlichen Gewinn in der Grössenordnung von Fr. 4'000.– erwirtschaftete, womit die angefallenen Schulden getilgt werden könnten (act. 2 S. 4). Ein Gewinn in dieser Höhe ergibt sich wie erwähnt aus den eingereichten Buchhaltungsauszügen.

4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin als Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit dargebrachten Unterlagen einige Fragen aufwerfen. Für das vorliegende Verfahren ist aber von der Ordnungsmässigkeit der Buchführung auszugehen. Angesichts des beständigen monatlichen Durchschnittsgewinns, der eine Schuldenabtragung innert der nächsten Zeit wahrscheinlich macht und der Tatsache, dass es sich um das erste Konkursverfahren der Beschwerdeführerin handelt, ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

5. Der von der Beschwerdeführerin bei der Obergerichtskasse zuhanden der Beschwerdegegnerin hinterlegte Betrag ist dem Betreibungsamt Zürich 11 zur Tilgung der Konkursforderung weiterzuleiten.

6.1 Durch die verspätete Zahlung hat die Beschwerdeführerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Konkursgerichts zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Beschwerdegegnerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Juni 2017, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Parteientschädigungen für das Beschwerdeverfahren werden keine zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 690.– zur Tilgung der Konkursforderung dem Betreibungsamt Zürich 11 zu überweisen.
5. Das Konkursamt Zürich-Oerlikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich-Oerlikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, je gegen Empfangsschein.
7. 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 Be-

schwerde 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: