

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170235-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-
richtsschreiberin Dr. M. Isler

Urteil vom 30. Oktober 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Diels-
dorf vom 10. Oktober 2017 (EK170323)

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 10. Oktober 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirks Dielsdorf den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (act. 3 = act. 7 = act. 8/5). Diese beantragte mit Eingabe vom 23. Oktober 2017 die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 24. Oktober 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die Beschwerdeführerin zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren verpflichtet (act. 9). Der Vorschuss ging rechtzeitig ein (act. 13 und act. 10/1). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-7). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. 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 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 werden hingegen keine gewährt (BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3.1 Die Beschwerdeführerin weist nach, die dem Konkursbegehren zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamts Rümlang - Oberglatt) samt Zinsen, Verzugszinsen und Kosten (insgesamt Fr. 5'250.55) am 20. Oktober 2017 direkt an die Beschwerdegegnerin bezahlt zu haben (act. 5/5 und 5/6). Ausserdem hat sie ihr gleichentags den für das konkursgerichtliche Verfahren geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– vollständig ersetzt (act. 2 S. 8, act. 5/5 und 5/6). Weil das Konkursamt somit über die ihm vom Konkursgericht überwiesenen Fr. 1'600.– vollständig verfügen und davon seine Kosten beziehen kann, hat die

Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden rechtsgenügend nachgewiesen (vgl. act. 9).

3.2 Mit Schreiben vom 24. Oktober 2017 reichte die Beschwerdeführerin eine Bestätigung ins Recht, wonach sie am 13. Oktober 2017 beim Konkursamt Niderglatt ein Kostendepot von Fr. 500.– geleistet habe (act. 11, act. 12). Diese Eingabe erfolgte nicht mehr innert der Rechtsmittelfrist (vgl. act. 7/1), weshalb sie an sich unbeachtlich bleibt. Anzumerken ist darüber hinaus, dass die blosser Bestätigung eines Kostendepots von Fr. 500.–, selbst wenn es in dieser Höhe offenbar vom Konkursamt verlangt worden war, für den Tilgungsnachweis nicht genügt, weil aus der Formulierung nicht erkennbar ist, ob damit sämtliche Kosten des Konkursverfahrens inklusive des Konkursgerichts gedeckt wären. Da der Konkursaufhebungsgrund innert Rechtsmittelfrist aber bereits nachgewiesen wurde (vgl. E. 3.1), schadet der Beschwerdeführerin die verspätete Eingabe nicht. Trotz der Verspätung ist das nachweislich geleistete Depot im Rahmen der Kostenregelung zu berücksichtigen.

4. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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, damit glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien bloss vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.1 Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die die Führung eines Restaurationsbetriebs sowie die Erbringung von Dienstleistungen im Gastronomiebereich bezweckt (act. 6). Die Beschwerdeführerin erklärt, sie habe anfänglich nur das Restaurant C. _____ in D. _____ [Ortschaft] geführt. Anfang 2017 habe sie zusätzlich das Restaurant E. _____ in F. _____ [Ortschaft] übernommen. Der zweite Restaurationsbetrieb habe für das Familienunternehmen vor allem während der Anfangsphase eine erhebliche Mehrbelastung in finanzieller und in administrativer Hinsicht bedeutet. Dies habe dazu geführt, dass administrative Aufgaben teilweise vernachlässigt worden seien und sie mit der Begleichung der Pensions- und Ausgleichskassenrechnungen in Rückstand geraten sei (act. 2 S. 6).

5.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt das Betreibungsregister. Gemäss dem vorgelegten Registerauszug des Betreibungsamts Rümlang - Oberglatt (act. 5/7) wurden sämtliche der 18 aufgeführten Betreibungen im Jahr 2017 angehoben. Das stützt die These der Beschwerdeführerin, dass die Zahlungsausstände wesentlich auf die Eröffnung des zweiten Restaurants zurückzuführen seien (act. 2 S. 10). Von den 18 Betreibungen sind gegenwärtig (abzüglich der nunmehr beglichenen Konkursforderung) noch neun offen; dies in einem nicht unerheblichen Totalbetrag von rund Fr. 73'000.-. Gläubigerin ist in praktisch allen Fällen die Beschwerdegegnerin oder die B. _____ Ausgleichskasse; es handelt sich also überwiegend um sozialversicherungsrechtliche Schulden.

5.3 Die Beschwerdeführerin führt aus, sie sei in der Lage, einen Grossteil der offenen Forderungen per Ende Oktober zu begleichen (act. 2 S. 10). Hierfür reicht sie eine Bestätigung ihrer Buchhalterin vom 23. Oktober 2017 ins Recht, wonach per 30. September 2017 mit einem Reingewinn von Fr. 90'000.- zu rechnen sei

und sich die flüssigen Mittel gegenwärtig auf Fr. 50'000.– beliefen. Bestätigt wird ferner, dass die Beschwerdeführerin keine Mietzinsausstände hat (act. 5/9; vgl. auch den Kontoauszug der Beschwerdeführerin per 17. Oktober 2017 in der Höhe von rund Fr. 35'000.– [act. 5/8]).

5.4 Die Konkursforderung sowie die damit verbundenen Kosten wurden gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin aus dem Privatvermögen ihres Geschäftsführers, G._____, beglichen (act. 2 S. 8). Dies führt letztlich nicht zu einer Bereinigung der Schuldensituation, sondern zu einer blossen Umschichtung, und kann in Bezug auf die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht positiv gewichtet werden. Positiv zu berücksichtigen ist hingegen ihr doch einigermaßen solides Liquiditätspolster, das der Beschwerdeführerin – vorausgesetzt die monatlichen Umsatzzahlen bleiben stabil – die Abtragung der bestehenden Schulden innert nützlicher Frist erlaubt. Hier kommt der Beschwerdeführerin, wie sie nachvollziehbar geltend macht (act. 2 S. 12), das bevorstehende Weihnachtsgeschäft noch entgegen. Positiv zu vermerken ist ferner, dass die Beschwerdeführerin, abgesehen von den erwähnten sozialversicherungsrechtlichen Schulden, ihren laufenden Verpflichtungen (Löhne, Mietzins, Warenaufwand etc.) zuverlässig nachzukommen scheint. Wie erwähnt, lassen vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten, wie sie mit einer Expansion bzw. Eröffnung eines neuen Geschäftsbetriebs verbunden sein können, einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig scheinen, solange die Liquiditätslage eine Bedienung der dringendsten Verpflichtung nebst der stetigen Abtragung von Altlasten erlaubt. Vor diesem Hintergrund ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs über die Beschwerdeführerin aufzuheben.

6.1 Die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch ihre Zahlungssäumnis verursacht worden sind. Das Konkursgericht hat seine Kosten aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogen. Indem die Gläubigerin den ganzen Vorschuss von der Schuldnerin bereits zurück erhielt, ist ihr der Betrag ersetzt. Der Schuldnerin wird das Konkursamt das überweisen, was von den bei ihm einbezahlten Beträgen (Fr. 1'600.– vom Konkursgericht unter Abzug seiner Kosten überwiesen, Fr. 500.– von der Schuldnerin bezahlt) nach

Abzug seiner Kosten übrig bleibt – so gehen auch die Kosten des Konkursgerichtes zu Lasten der Schuldnerin.

Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.– festzusetzen und mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6.2 Der Beschwerdegegnerin 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 Dielsdorf vom 10. Oktober 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. 200.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Niederglatt wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.– (Fr. 500.– Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt, je gegen Empfangsschein.

5. 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:
30. Oktober 2017