

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180093-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach so-
wie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 11. Juni 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 22. Mai 2018 (EK180694)

Erwägungen:

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) vom 22. Mai 2018 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 7'724.50 nebst Zins zu 5 % seit 13. Dezember 2017 sowie Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 196.39 5 % Verzugszins vor Betreuung und Betreuungskosten von Fr. 100.– sowie Fr. 206.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 6 = act. 7/7; nachfolgend zitiert als act. 6). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 30. Mai 2018 (Datum Poststempel) fristgerecht (vgl. act. 7/9) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 31. Mai 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Mit Eingabe vom 3. Juni 2018, hierorts am 4. Juni 2018 eingereicht, legte die Schuldnerin – ebenfalls noch innert Beschwerdefrist (vgl. act. 7/9) – weitere Unterlagen ins Recht (vgl. act. 12, act. 13/1-3 und act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-9). 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 (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Die Schuldnerin reichte einen Beleg ein, wonach sie am 30. Mai 2018 Fr. 14'000.– bei der Obergerichtskasse einbezahlte (act. 4/2). Dieser Betrag deckt die zur Konkureröffnung führende Forderung inklusive Zinsen bis zur Konkureröffnung und Kosten von total Fr. 8'446.79. Ausserdem leistete die Schuldnerin beim Konkursamt Altstetten-Zürich am 28. Mai 2018 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.–, der nach der Bestätigung des Konkursamtes Altstetten-Zürich ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und diejenigen des Konkursamts sicherzustellen (act. 4/3). Im Übrigen leistete die Schuldnerin auch den Kostenvorschuss für die mutmasslichen Kosten des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– (act. 4/4). Die Schuldnerin weist folglich den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Dabei dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen

werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2013 als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Erbringung einer neutralen Dienstleistung im Bereich Versicherung, Vorsorge und Finanzplanung; insbesondere die Vermittlung von Vorsorge- und Versicherungsverträgen zwischen Mandanten und Versicherungsgesellschaften sowie alle angrenzenden Tätigkeiten des Versicherungs-Broker-Geschäfts wie Analyse und Beratung. Einziger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist B._____ (act. 5). Zum Grund ihrer Zahlungsschwierigkeiten führt die Schuldnerin aus, dank der guten Auftragslage sei der Geschäftsführer zu sehr mit den Aufträgen und Projekten sowie mit dem Aufbau des Geschäfts beschäftigt gewesen, weshalb er die Administration vernachlässigt habe. Er werde nun jedoch die Administration und Buchhaltung stärken bzw. ihr die nötige Aufmerksamkeit widmen, er könne und werde sicherstellen, dass keine weiteren Versäumnisse mehr vorkämen und die Zahlungen laufender Verpflichtungen fristgerecht erfolgen werden (act. 2 S. 2).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Daraus ergibt sich vorliegend, dass neben der zum Konkurs führenden Betreuung Nr. ... noch vier weitere Betreibungen im Umfang von Fr. 5'274.70 offen sind. Davon wurden zwei Betreibungen über Fr. 3'259.25 erst eingeleitet, eine Betreuung über Fr. 1'980.45 befindet sich im Stadium der Konkursandrohung und eine weitere über Fr. 35.– im Stadium der Pfändung. Die restlichen zwischen 2016 und 2017 eingeleiteten 12 Betreibungen sind alle durch Zahlungen an das Betreibungsamt erloschen. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 4/5).

Die Schuldnerin führt aus, mit den bei der Obergerichtskasse hinterlegten Fr. 14'000.– liessen sich nebst der zur Konkursöffnung führenden Betreuung auch sämtliche weiteren noch offene Betreibungen decken. Sie ersucht um Überweisung des nach der Tilgung der Konkursforderung verbleibenden Betrages an

die entsprechenden Gläubiger bzw. an das Betreibungsamt, damit dieses die Zahlungen vornehmen könne (act. 2 S. 2). In der Tat reichen die hinterlegten Fr. 14'000.– aus, um sowohl die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten als auch die den noch offenen Betreibungen zugrunde liegenden Forderungen zu decken (Fr. 8'446.79 + Fr. 5'274.70 = Fr. 13'721.50). Der nach der Tilgung der zum Konkurs führenden Forderung verbleibende Betrag ist dazu an das Betreibungsamt Zürich 9 zu überweisen. Im Übrigen leistete die Schuldnerin dem Betreibungsamt Zürich 9 gemäss einer mit diesem getroffenen Absprache eine Zahlung von Fr. 195.–, um die laufende Pfändung inklusive Zinsen und Kosten zu tilgen (act. 2 S. 2 und act. 4/6). Es steht somit fest, dass die Schuldnerin sämtliche in Betreibung gesetzten Forderungen beglich bzw. die nötigen Mittel bereitstellte, damit diese in Kürze getilgt sein werden.

4.4. Es bleibt die finanzielle Situation der Schuldnerin und insbesondere der Geschäftsgang ihres Unternehmens zu prüfen. Die Schuldnerin bringt vor, sie sei ein finanziell gesundes Unternehmen und komme grundsätzlich ihren laufenden Zahlungsverpflichtungen nach. Dies gehe aus der provisorischen Erfolgsrechnung 2017 hervor (act. 2 S. 2). Bei besagter Erfolgsrechnung handelt es sich um eine simple Auflistung der Einnahmen und Ausgaben in einer Excel-Tabelle, die aber immerhin von B._____ unterschrieben ist. Die aufgeführten Ausgabenpositionen, die gesamthaft rund Fr. 322'000.– betragen, erscheinen angesichts der von der Schuldnerin erbrachten Dienstleistungen als plausibel. Eingenommen hat die Schuldnerin im Jahr 2017 rund Fr. 342'000.–; mithin erwirtschaftete sie einen Gewinn von Fr. 20'000.– (act. 4/7). Weitere Hinweise ergeben sich aus der von der Schuldnerin nachgereichten Bilanz per 4. Juni 2018, die ebenfalls nur aus einer rudimentären Auflistung in einer Excel-Tabelle besteht, aber vom Geschäftsführer der Schuldnerin unterschrieben ist. Dieser Bilanz lässt sich auf der Aktivseite ein Kontoguthaben von rund Fr. 4'800.– und ein Anlagevermögen von knapp Fr. 600.– (Büromobiliar) entnehmen. Auf der Passivseite ist als einzige Schuld ein Darlehen von rund Fr. 6'500.– aufgeführt (act. 13/3). Weiter liegt ein Kontoauszug des Kontokorrentkontos der Schuldnerin bei der C._____ AG vor, wonach der Saldo per 4. Juni 2018 Fr. 6'047.75 betrug (act. 15).

Die Schuldnerin führt sodann aus, seit Ende 2017 hätten weitere Verträge mit namhaften Versicherungen abgeschlossen werden können, welche regelmässige Erträge in Form von Provisionen einbringen würden (act. 2 S. 2 f.). Als Beispiel legt die Schuldnerin dar, die D._____ SA vermittele ihr durchschnittlich zwei bis drei Beratungstermine pro Tag, zusätzlich erhalte sie eine jährliche Courtage von circa Fr. 20'000.– (act. 12). Letzteres geht aus der Abrechnung für den Februar 2018 der D._____ SA hervor. Zudem ist ersichtlich, dass die Schuldnerin für diesen Monat knapp Fr. 11'000.– an Agenturprovisionen erhielt (act. 13/1). Weiter liegt ein Ausdruck vom 3. Juni 2018 über Beratungstermine betreffend die D._____ SA von Ende März 2018 bis Anfang Juni 2018 vor, welcher zwar nicht nachweist, dass die Schuldnerin daraus tatsächlich Einnahmen generierte, aber immerhin darauf hindeutet, dass tatsächlich im Durchschnitt zwei bis drei Beratungstermine pro Tag vermittelt wurden (act. 13/2).

4.5. Auch wenn nur recht dürftige Angaben zur finanziellen Lage der Schuldnerin vorhanden sind, entsteht doch der Eindruck, dass die Schuldnerin grundsätzlich in der Lage ist, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. So verfügt sie über gewisse flüssige Mittel und erzielte zumindest im letzten Jahr Einnahmen, welche ihre Ausgaben überstiegen. Zudem bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sie auch aktuell Einnahmen erzielt. Auch sind nach der vollständigen Tilgung der in Betreuung gesetzten Forderungen keine namhaften Schulden mehr vorhanden. Angesichts des von der Schuldnerin glaubhaft vorgebrachten Grundes für ihre Schulden – die Vernachlässigung der Führung der administrativen Angelegenheiten –, ihrer Versicherung, sich künftig besser darum zu kümmern, und des Umstandes, dass es erst seit September 2016 zu Betreibungen kam und die Schuldnerin diese alle tilgen konnte, ohne dass Verlustscheine ausgestellt werden mussten oder es früher schon zu Konkursöffnungen kam, können ihre Zahlungsschwierigkeiten als vorübergehend qualifiziert werden. Die Schuldnerin scheint auch ernsthaft darum bemüht, ihre Gläubiger zu befriedigen, erhob sie doch nicht systematisch Rechtsvorschlag, liess es nicht zu einer Anhäufung von Konkursandrohungen kommen und tilgte letztendlich alle Schulden. Die Schuldnerin erscheint nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid und ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit kann nicht ausgeschlossen werden; die Zahlungsfähigkeit er-

scheint damit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Es ist jedoch nicht zu verhehlen, dass es sich um einen Grenzfall handelt, vor allem weil die Schuldnerin nur dürftige Angaben macht und weil vor allem Forderungen sozialversicherungsrechtlicher Art bzw. Steuern in Betreibung gesetzt werden mussten, was ein Zeichen für grössere Zahlungsschwierigkeiten sein kann. Die Schuldnerin ist darauf hinzuweisen, dass im Fall einer neuerlichen Konkurseröffnung an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären. Es ist der Schuldnerin zudem dringendst anzuraten, Ordnung in ihre Buchhaltung zu bringen und nötigenfalls einen Dritten hierfür beizuziehen.

5. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungs säumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Gläubigerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Mai 2018, 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. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom für die Forderung hinterlegten Betrag von Fr. 14'000.– der Gläubigerin Fr. 8'446.79 auszubezahlen und den Restbetrag dem Betreibungsamt Zürich 9 zu überweisen.

5. Das Konkursamt Altstetten-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– 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.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 sowie einer Kopie von act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Altstetten-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an die Betreibungsämter Zürich 9 und 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 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:

MLaw C. Funck

versandt am:
11. Juni 2018