

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180135-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 8. August 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirks-
gerichtes Winterthur vom 9. Juli 2018 (EK180353)

Erwägungen:

1. Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG ("die Gläubigerin") betrieb die A._____ GmbH ("die Schuldnerin") für Beitragszahlungen an die berufliche Vorsorge. Am 9. Juli 2018 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Mit am 20. Juli 2018 rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2, act. 8/6).

Am 23. Juli 2018 gab der Vorsitzende dem Gesuch um aufschiebende Wirkung statt. Er erwog, die Tilgung der Konkursforderung durch eine Zahlung von Fr. 3'604.60 sei auf etwas unübliche Weise, aber fürs Erste ausreichend nachgewiesen. Wenn die Gläubigerin es bestreiten wollte, sollte sie das umgehend tun (act. 10). Diese Verfügung ging der Gläubigerin am 25. Juli 2018 zu (act. 11/2); sie hat sich nicht vernehmen lassen.

Die Akten des Konkursgerichts wurden beigezogen (act. 8). Den ihr auferlegten Vorschuss für die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin auf erste Anforderung hin geleistet (act. 12). Weitere Massnahmen der Prozessleitung sind nicht erforderlich.

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind in der Beschwerde ausnahmsweise unbeschränkt zugelassen (Art. 326 ZPO und Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG).

2.2 Die Schuldnerin beruft sich wie gesehen auf den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung. Die noch der Konkursandrohung zugrunde liegende Forderung von Fr. 11'073.85 nebst Zinsen und Kosten hatte sich gemäss Angaben der Gläubigerin im Konkursbegehren als Folge einer Berichtigung und mehrerer Teil-

zahlungen erheblich reduziert, nämlich auf eine Forderung von nominal Fr. 2'992.95; mit Einschluss der Zinsen und Kosten bis zum Datum der Konkursöffnung errechnete das Konkursgericht einen Betrag von gesamthaft Fr. 3'584.60 (act. 8/1, drittes Blatt, act. 3). Die Schuldnerin behauptet und belegt eine Zahlung an die Gläubigerin von Fr. 3'604.60, was die letztere stillschweigend anerkennt. Die erste Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses ist damit erfüllt.

2.3 Die Schuldnerin ist dann zahlungsfähig, wenn sie in der Lage ist, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und zudem allfällige Altlasten innert längstens zweier Jahre abzutragen. Naturgemäss kann sie das nicht strikte beweisen, und darum lässt das Gesetz Glaubhaftmachen genügen - was mehr erfordert als blosses Behaupten, aber auch weniger ist als der zivilprozessuale Beweis. Die Schuldnerin ist dafür nicht an bestimmte Beweismittel gebunden; es obliegt ihr immerhin, mit den vorgelegten Unterlagen ein Bild ihrer finanzieller Situation zu skizzieren, welches dem Gericht das Abschätzen der Zahlungsfähigkeit erlaubt.

Ein wichtiges Element der Beurteilung ist das Register der Betreibungen (hier act. 5/8). In den letzten gut zwei Jahren wurden gegen die Schuldnerin 18 Betreibungen eingeleitet, für Beträge zwischen rund Fr. 800.-- und Fr. 16'000.--. Gläubiger sind fast ausschliesslich öffentlich-rechtliche Institutionen, welche Steuern und Sozialversicherungsbeiträge eintreiben mussten. Das zeigt das leider häufige üble Muster eines Betriebes, der sich nur über Wasser halten kann, wenn er die öffentlich-rechtlichen Gläubiger systematisch nicht bedient - unter anderem darauf spekulierend, dass er von ihnen nicht in Konkurs getrieben werden kann (Art. 43 SchKG). Dem steht immerhin gegenüber, dass die grosse Mehrzahl der Betreibungen durch Zahlung erledigt wurde. Offen sind noch zwei Betreibungen der SVA Zürich: eine über Fr. 4'553.-- und eine über Fr. 4'700.--. Verlustscheine bestehen nicht.

Die Schuldnerin sagt von sich, sie sei Teil einer grösseren vorwiegend in Deutschland tätigen Gruppe und vorwiegend als Brokerin für schweizerische Versicherungen tätig. Dank sehr grossen Forderungsverzichten der Muttergesellschaft habe sie in den Jahren 2013 bis 2016 immer einen (wenn auch stark abnehmenden) Gewinn erzielen können. Den Umsatz- und Gewinn-Einbruch im Jahr 2016 lastet sie dem Fehlverhalten ihres nunmehr abgelösten Geschäftsführers an, der viel zu hohe Personal- und Raumkosten generiert habe. Der neue Geschäftsführer habe die angetretenen Schulden von rund Fr. 320'000.-- (darunter mehr als die Hälfte für offene Mieten) dank einem grossen Engagement der Muttergesellschaft grossenteils abbauen und ungünstige Verträge für Leasingverträge für Bürogeräte und Softwarelizenzen auflösen können. Neu sei die Einstellung von Aussendienstmitarbeitern auf reiner Provisionsbasis geplant, zunächst drei, bis in zwei Jahren wenn möglich bis vierzig Personen. - Das sind ziemlich viele Behauptungen, welche nicht mit allzu vielen Belegen untermauert sind. Immerhin und wichtig ist, dass die Personalkosten tatsächlich erheblich reduziert wurden, nämlich von knapp über Fr. 600'000.-- im Jahr 2015 auf knapp Fr. 250'000.-- im folgenden Jahr (Erfolgsrechnung 2016, act. 5/16). Dass sich die Muttergesellschaft mit grossen und grössten Beträgen engagiert, ist ebenfalls belegt (act. 5/20 ff.). Endlich liegt die Vereinbarung mit der Vermieterin vor, wonach die Räumlichkeiten in Winterthur gegen Zahlung einer Pönale vorzeitig aufgegeben werden (act.5/24).

Alles in allem erscheint damit als hinreichend glaubhaft, dass die Schuldnerin im Sinne des Gesetzes zahlungsfähig ist.

2.4 Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben.

3. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 9. Juli 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 aus deren Vorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'100.-- (Fr. 600.-- Zahlung der Schuldnerin und Fr. 1'500.-- 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 auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Oberwinterthur, 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:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
9. August 2018