

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190165-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 26. September 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen vom tt. September 2019 (EK190042)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom tt. September 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Andelfingen (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/12 = act. 3 = act. 7):

CHF	366.90	Forderung
CHF	7.55	5 % Zins seit 9. April 2019
CHF	63.60	Betreibungskosten
CHF	10.00	Mahnkosten
CHF	66.60	Betreibungskosten
CHF	514.65	Total

1.2. Mit Beschwerde vom 20. September 2019 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/13/2). Mit Verfügung vom 23. September 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Auf die Einforderung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 9, act. 5/8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-17). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Mit der Beschwerde können aber auch Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens – wie die nicht oder nicht richtige Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts – gerügt werden. Diese sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 7).

2.2. Die Schuldnerin macht geltend, sie habe keine vorgängige Anzeige zur Konkursverhandlung vom tt. September 2019 erhalten. Es seien nur Vorladungen für die Verhandlung vom 15. August 2019 verschickt worden, welche jedoch nicht stattgefunden habe, da sie wiederholt verschoben worden sei, bis die Verhandlung schliesslich mündlich auf den tt. September 2019 angesetzt worden sei. Die Schuldnerin fügt an, ihr Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift habe sich vom 22. Juli 2019 bis 17. August 2019 im Ausland befunden. Nach seiner Rückkehr sei er in eine körperliche Auseinandersetzung geraten, habe aufgrund einer Kopfverletzung das Gedächtnis verloren und den Verhandlungstermin vom tt. September 2019 nicht wahrnehmen können. Eine telefonische Auskunft zur Konkursverhandlung erfülle bei einem verletzten Geschäftsführer mit Einzelunterschrift die nötigen Erfordernisse (von Art. 168 SchKG) nicht. Es liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, welche zur Aufhebung der Konkursöffnung führen müsse (act. 2 S. 4 f.).

2.3.1. Eine korrekte Konkursöffnung setzt voraus, dass den Parteien die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO; vgl. Art. 1 lit. c ZPO). Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz ergibt sich, dass die Vorladung zur vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 15. August 2019, 10.15 Uhr, am 25. Juni 2019 mit Gerichtsurkunde an die Schuldnerin verschickt wurde und von dieser am 26. Juni 2019 empfangen wurde (act. 8/5 und act. 8/6/1). Am 15. August 2019 teilte die Vorinstanz den Parteien schriftlich mit, dass niemand zur Konkursverhandlung erschienen sei, die Gläubigerin den Kostenvorschuss von Fr. 1'800.00 geleistet habe und der Schuldnerin eine letzte Nachfrist bis am 26. August 2019, 12.00 Uhr, angesetzt werde, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu bezahlen. Es wurde angedroht, dass bei unbenutztem Ablauf der Nachfrist ohne Weiterungen der Konkurs eröffnet werde (act. 8/8). Am 26. August 2019 fand ein Telefonat zwischen der Vorinstanz und dem Vertreter der Schuldnerin statt; es wurde der Schuldnerin telefonisch eine allerletzte Nachfrist bis am 2. September 2019, 12.00 Uhr, gewährt (act. 9). Als der einzige Gesellschafter und Geschäftsführer der

Schuldnerin am 3. September 2019 um Ansetzung einer weiteren (dritten) Nachfrist ersuchte, wurde er von der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass bereits zwei Nachfristen unbenutzt verstrichen seien und der Konkurs wie angedroht eröffnet werde (act. 8/10).

2.3.2. Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich somit eine korrekte Vorladung zur Konkursverhandlung auf den 15. August 2019, welche stattfand und nicht verschoben wurde. Die Belege über die Auslandabwesenheit des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers der Schuldnerin vom 22. Juli 2019 bis 17. August 2019 sowie dessen Hospitalisierung vom 1. bis 2. September 2019 wurden erstmals im vorliegenden Beschwerdeverfahren vorgelegt (act. 5/4-5). Gemäss Aktenlage wurde die Vorinstanz über die Ferienabwesenheit des Vertreters der Schuldnerin und dessen spätere Verletzung nicht in Kenntnis gesetzt. Insbesondere wurde kein Gesuch um Verhandlungsverschiebung seitens der Schuldnerin gestellt. Anzufügen ist überdies, dass die Schuldnerin aufgrund der ihr gewährten Nachfristen zwischen dem 18. und 31. August 2019 genügend Zeit gehabt hätte, um zu handeln bzw. die Konkursforderung zu begleichen. Von einem Verfahrensmangel resp. einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz kann keine Rede sein.

2.4. Die Schuldnerin belegt, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/6). Die Schuldnerin leistete zudem für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 (act. 5/8) und stellte am 10. September 2019 die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung sicher (act. 5/7). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen.

2.5.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 der 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 vom 10. Juli 2012 E. 2.3).

2.5.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aufgrund ihrer Sitzverlegung in den letzten fünf Jahren legt die Schuldnerin zwei Betreibungsregisterauszüge vor. Im Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes ... [Ort im Kanon St. Gallen] vom 19. September 2019 sind keine Betreibungen oder Verlustscheine registriert (act. 5/18). Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Andelfingen vom tt. September 2019 weist 15 zwischen dem 6. November 2018 und 24. Juli 2019 eingeleitete Betreibungen aus (act. 5/19), bei einer handelt es sich um die nun hinterlegte Konkursforderung. 9 Betreibungen sind als "bezahlt" vermerkt. Hinsichtlich der Betreibung-Nr. 1 weist die Schuldnerin durch Vorlage eines Schreibens der Gläubigerin an das Betreibungsamt Andelfingen nach, dass die Betreibungsforderung vollständig beglichen wurde (act. 5/14). Bezüglich vier weiterer Betreibungen belegt die Schuldnerin die Hinterlegung der in Betreibung gesetzten Forderung bei der Obergerichtskasse (für Nr. 2 Fr. 2'146.55, für Nr. 3 Fr. 557.20, für Nr. 4 Fr. 585.40 und für Nr. 5 Fr. 522.00; act. 5/20-23 und act. 5/25-26).

Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass die Schuldnerin alle in Betreibung gesetzten Forderungen bezahlt hat. In den Betreibungen Nr. 4 und Nr. 5 wurden die im Betreibungsregister vermerkten Beträge bei der Obergerichtskasse hinterlegt, womit noch Zinsen und/oder (Betreibungs-)Kosten offen sein könnten.

2.5.3. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2007 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie den Betrieb von Gastronomieunternehmen (act. 6). Zur Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin im Wesentlichen aus, in Mieträumlichkeiten ein Restaurant resp. den Pizza-Lieferdienst "C._____" zu betreiben. Die sehr moderaten Mietkosten inklusive Nebenkosten würden sich auf monatlich Fr. 1'500.00 belaufen. Sie beschäftige (mit dem Gesellschafter und Geschäftsführer) lediglich vier Mitarbeiter: Eine Küchenhilfe im 50%-Pensum, einen Hilfskoch zu 100% sowie einen Küchenarbeiter zu 50%, welchen stets vollständig und pünktlich ein fixer Monatslohn ausbezahlt werde. Der Firmeninhaber zahle sich je nach Geschäftsgang einen Eigenlohn aus. Die monatlichen Umsätze über Eat.ch von mindestens Fr. 7'453.30 bis Fr. 10'690.20 würden genügen, um die laufenden Kosten zu decken, zumal es daneben auch noch Direktbestellungen gebe (act. 2 S. 7 f.).

2.5.4. Die von der Schuldnerin eingereichte Jahresrechnung weist für das Jahr 2018 einen Verlust von Fr. 35'856.59 aus, wohingegen im Jahr 2017 noch ein Gewinn von Fr. 60'210.95 erzielt wurde (act. 5/17). Die Schuldnerin reichte Belege betreffend ein Konto bei der D._____ ein, welche Kontobewegungen von Oktober 2018 bis August 2019 aufzeigen (act. 5/14) und per 20. September 2019 – nach Einzahlung von Fr. 400.00 – einen positiven Saldo von Fr. 399.21 (act. 5/15). Den Kontobelegen kann nur beschränkt Relevanz zugemessen werden: Zwar sind auf den Kontoauszügen allmonatliche Gutschriften von Eat.ch verzeichnet, welche aus der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin stammen dürften. Allerdings lautet das betreffende Privatkonto nicht auf die Schuldnerin, sondern auf E._____, ihren einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer. Unterlagen zu einem Geschäftskonto der Schuldnerin fehlen. Hinsichtlich der monatlichen Fixkosten reicht die Schuldnerin den Mietvertrag über das Restaurant "C._____" sowie die Arbeitsverträge ihrer Angestellten ins Recht. Daraus lassen sich monatliche Kosten von Fr. 10'650.00 erschliessen (act. 5/9-12). Auch wenn dies nicht alle monatlichen Fixkosten sein dürften, so ist doch anhand der Umsatzabrechnungen von Eat.ch zu Gunsten der Schuldnerin anzunehmen, dass sie regelmässige Einnahmen verzeichnet und bei einem Umsatztotal von durchschnittlich rund

Fr. 35'500.00 im Monat (vgl. act. 5/16) ihre laufenden Kosten wird decken können, zumal bei ihr zusätzlich noch Direktbestellungen eingehen.

Auch wenn keine weiteren Belege, insbesondere keine Kreditoren-/Debitorenlisten, Kontobelege und weitere Ausgabenbelege der Schuldnerin vorliegen, was mit Blick auf die Buchführungspflicht einer juristischen Person bedenklich erscheint, so ist doch in einer Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu begleichen, beim Konkursamt Fr. 1'000.00 zu hinterlegen, die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen und daneben weitere Betreibungsforderungen zu begleichen. Die Schuldnerin hat, bis auf allenfalls noch offene Zinsen/Kosten, alle in Betreuung gesetzten Schulden beglichen. Unbeschadet dessen, dass sich nach den eingereichten Jahresabschlüssen Gewinn- und Verlufterwirtschaftung abwechseln, mithin kein durchwegs positives Bild hinsichtlich des Geschäftsganges in der Vergangenheit gewonnen werden kann, ist zu Gunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass sie ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen künftig wird befriedigen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich trotz einiger Bedenken als noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. 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.), zumindest dann, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht.

2.6. Das Gesagte führt zur Gutheissung der Beschwerde, zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin und zur Abweisung des Konkursbegehrens. Der von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse zuhanden der Betreuungsgläubi-

ger hinterlegte Betrag (insgesamt Fr. 3'812.80) ist dem Betreibungsamt Andelfingen zur Tilgung der noch offenen Betreibungsforderungen weiterzuleiten. Anzumerken bleibt immerhin, dass bei einem erneuten Konkurs der Schuldnerin innert etwa eines Jahres dann keine günstige Prognose gestellt werden könnte, wenn es weiterhin an den Buchhaltungsunterlagen fehlt, die bei einer juristischen Person erwartet werden müssen. Denn dann liesse sich definitiv kein verlässliches Bild erstellen.

3.

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen vom tt. September 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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 Andelfingen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 1'000.00 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 auszus zahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in der Höhe von Fr. 514.65 an die Gläubigerin und den Restbetrag von Fr. 3'812.80 zur Tilgung der offenen Betreibungsforderungen an das Betreibungsamt Andelfingen auszubezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Andelfingen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie an die Obergerichtskasse und das Konkursamt Andelfingen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Andelfingen, 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:
27. September 2019