

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 7. März 2022

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 9. Februar 2022 (EK210312)

Erwägungen:

1.1. Die Schuldnerin betreibt ein Gastgewerbe, während die Gläubigerin eine Vorsorgeeinrichtung ist. Mit Urteil vom 9. Februar 2022 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 3'273.90 zuzüglich Zins von 5 % seit 21. Januar 2021, CHF 102.75 Forderung ohne Zins, CHF 50.– Betreibungsgebühr sowie Betreuungskosten von CHF 172.90 (act. 3 = act. 6).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 15. Februar 2022 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer, wobei sie die Aufhebung des Konkurses beantragte (act. 2). Mit Verfügung vom 17. Februar 2022 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ende der Beschwerdefrist im Sinne der Erwägungen ergänzen könne, und ihr Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss zu leisten (act. 9). Mit Eingaben vom 16. Februar 2022 und 21. Februar 2022 (jeweils Datum Poststempel) ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde und reichte weitere Unterlagen nach (act. 11 und 14). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens rechtzeitig sichergestellt (act. 16). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-12). Das Verfahren ist 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 Konkurs hindernde Gründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Die Schuldnerin hat der Gläubigerin mit Einzahlung vom 15. Februar 2022 die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung samt Zinsen und Kosten im Umfang von CHF 3'771.75 überwiesen (act. 5/3). Weiter hat sie die Kosten des

Konkursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt (act. 15/3). Damit hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass sie den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG getilgt hat.

4.1. Folglich bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. 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. Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin somit noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie 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, sodass das Gericht den Eindruck erhält, diese 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 E. 2.3.).

4.2. Die Schuldnerin führt aus, ihrem Geschäftsführer sei es aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich gewesen, rechtzeitig die offene Forderung der Gläubigerin zu bezahlen (act. 2 Rz. 3). Der einzige Grund, weshalb die Forderung nicht rechtzeitig habe beglichen werden können, sei ein Spitalaufenthalt des Geschäftsführers gewesen (act. 11 Rz. 3). Wie aus dem Betreibungsregisterauszug entnommen werden könne, seien die wesentlichen Beteiligungen gegen die Schuldnerin diejenigen der Gläubigerin. Diese Beteiligungen stünden in direktem Zusammenhang mit einer Rechtsstreitigkeit zwischen der Schuldnerin und der Gläubigerin. Die Schuldnerin habe die geltend gemachten Forderungen der Gläu-

bigerin nicht deswegen (noch) nicht (direkt) beglichen, weil sie zahlungsunfähig wäre, sondern weil sie bestreite, dass diese Forderungen rechtmässig seien und diesbezüglich noch Abklärungen am Laufen seien. Der Betreuung von Frau Podolak, einer ehemaligen Arbeitnehmerin der Schuldnerin, liege ebenfalls ein Rechtsstreit zu Grunde. Ob sie tatsächlich einen Forderungsanspruch gegenüber der Schuldnerin habe, müsse noch eingehend geprüft werden (act. 11 Rz. 3). Der Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin verfüge über Vermögenswerte in Höhe von insgesamt gut CHF 700'000.–. Ausweislich der eingereichten Bankkontoauszüge verfüge die Schuldnerin resp. ihr Geschäftsführer über liquide Mittel in Höhe von rund CHF 135'000.– (act. 14 S. 2).

4.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegt ein aktueller Auszug des Betreibungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon, der den Zeitraum vom 3. Mai 2017 bis 1. Februar 2022 umfasst (act. 15/1). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin – nebst der vorliegenden Konkursforderung – 63 Mal betrieben, wobei mit Abstand die meisten Betreibungen Forderungen der Gläubigerin betreffen. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 307'000.–. Aktuell sind noch 38 Betreibungen über CHF 157'789.43 aus den Jahren 2018 bis 2022 offen. Bei 17 Betreibungen (Gesamtsumme CHF 80'747.63) läuft eine Pfändung, gegen 15 Betreibungen wurde Rechtsvorschlag erhoben (Gesamtsumme CHF 55'010.35) und bei sechs Betreibungen wurde bislang der Zahlungsbefehl zugestellt und kein Rechtsvorschlag erhoben (Gesamtsumme CHF 22'031.45). Frühere Konkursandrohungen oder Verlustscheine sind keine registriert (act. 15/1).

4.3.2. Die grössten Positionen der noch offenen Betreibungen betreffen Forderungen der Gläubigerin im Gesamtumfang von CHF 115'855.05. In ihrer aktuellen Kreditorenliste berücksichtigt die Schuldnerin jedoch lediglich Forderungen von gesamthaft CHF 53'439.55 (act. 15/7/2 S. 2). Der Geschäftsführer der Schuldnerin bringt dazu vor, die Gläubigerin habe ihre Beiträge auf das Maximum erhöht, weshalb sie – die Schuldnerin – zu einer anderen Pensionskasse mit geringeren Beitragszahlungen habe wechseln wollen. Dies gestalte sich jedoch schwieriger

als erhofft (act. 15/2 S. 1 ff.). Zudem stehe sie in Kontakt mit der Gläubigerin und dem Bund betreffend Übernahme der Sozialleistungen während dem Lockdown, zumal dafür die Arbeitgeber selber hätten aufkommen müssen, ohne während dieser Zeit einen Umsatz zu generieren. Die Gläubigerin habe jedoch nicht dazu Stellung genommen. Die Schuldnerin habe sich entschieden, die gesetzlich geschuldeten Sozialleistungen nicht zu bezahlen, bis sie eine Antwort erhalte (act. 15/2 S. 6 ff.).

Die Schuldnerin konnte glaubhaft machen, dass sie in Kontakt mit der Gläubigerin steht (act. 12/2). Dass überwiegend Beteiligungen der Gläubigerin vorliegen (alleine die letzten 18 wurden von ihr eingeleitet, act. 15/1), lässt durchaus die Annahme zu, zwischen den Parteien herrschten seit längerer Zeit Meinungsverschiedenheiten. Dennoch ändert dies nichts an der anerkannten Tatsache, dass die Sozialleistungen geschuldet sind. Über die Erfolgsaussichten des Anliegens der Schuldnerin und die effektiven Auswirkungen auf ihre Schulden ist aktuell nichts bekannt. Die Reduktion der Schulden auf CHF 53'439.55 ist damit nicht glaubhaft gemacht, weswegen der volle in Beteiligungen gesetzte Betrag von CHF 115'855.05 zu berücksichtigen ist.

4.3.3. Diverse Beteiligungen im Gesamtumfang von CHF 14'667.15 betreffen Steuerforderungen, die von der kantonalen Inkassostelle eingeleitet wurden (act. 15/1). Im Grundsatz anerkennt die Schuldnerin die Forderungen resp. kann sich an den Grund für diese nicht mehr erinnern. Zur Beteiligungen 1 über CHF 7'672.85 erklärt sie allerdings, dass die Forderung nach einer Aussprache habe bezahlt werden können (act. 15/2 S. 6). Da zu dieser Behauptung keine Belege vorliegen, kann eine diesbezügliche Reduktion nicht berücksichtigt werden.

4.3.4. Die Forderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung über CHF 15'204.53 bestreitet die Schuldnerin nicht (vgl. act. 15/2 S. 9), und zu den übrigen Beteiligungen im Gesamtumfang von CHF 12'062.70 (1, 2 und 3, welche die ehemalige Arbeitnehmerin der Schuldnerin betreffen) liegen keine Belege oder Indizien vor, dass diese beglichen oder unrechtmässig seien (vgl. diesbezügliche Behauptungen in act. 15/2 S. 4 f. und S.9).

Folglich sind sämtliche in Betreuung gesetzte Forderungen in Höhe von CHF 157'789.43 als Schulden zu berücksichtigen.

4.3.6. In der per 21. Februar 2022 erstellten Kreditorenliste weist die Schuldnerin ferner offene Kreditoren von gesamthaft CHF 93'989.40 aus (act. 15/7/2). Dabei ist zu ihren Gunsten davon auszugehen, dass sämtliche Positionen der Gläubigerin in Höhe von CHF 53'439.55 von dieser in Betreuung gesetzt wurden und entsprechend bereits vorstehend berücksichtigt sind. Folglich ist – zu den bestehenden Betreuungsschulden – mit zusätzlichen Schulden von CHF 40'549.85 zu rechnen.

Demnach ist aktuell von offenen Schulden von insgesamt CHF 198'339.28 auszugehen (Betreuungsschulden von CHF 157'789.43 und weitere Kreditoren von CHF 40'549.85).

4.4. In ihrer Bilanz von 2021 führt die Schuldnerin unter den Positionen Kasse, Banken und Debitoren Guthaben von gesamthaft rund CHF 30'000.– an, die vorliegend zu berücksichtigen sind (act. 15/10/1 S. 1). Es kann davon ausgegangen werden, dass die Zahlungen unter der Position "Debitoren Einzel" innert nützlicher Frist bei ihr eingehen werden, zumal sie zu einem wesentlichen Teil von grossen Versicherungen zu leisten sind (vgl. act. 15/7/1). Damit vermag die Schuldnerin ihre offenen Schulden allerdings bei Weitem nicht vollständig zu decken.

Die grösste Position in den Aktiven der Schuldnerin stellt eine Kontokorrentforderung gegenüber ihrem Geschäftsführer von insgesamt CHF 334'584.90 dar (act. 15/10/1 S. 1). Die Schuldnerin äussert sich nicht zu den Bedingungen dieser Forderung (wie bspw. über den Grund, die Rückzahlungsmodalitäten, Fälligkeit, etc.). Aus den Akten kann auch nichts dazu entnommen werden. Immerhin geht aus den vorjährigen Bilanzen hervor, dass der Geschäftsführer die Schuld kontinuierlich zurückzahlt und diese Ende 2018 noch rund CHF 429'000.– betrug (act. 15/8/1 Spalte Vorjahr). Inwieweit es dem Geschäftsführer möglich sein wird, höhere Rückzahlungen zu tätigen, sodass die Kontokorrentschuld rascher getilgt wird, ist unklar geblieben. Über seine finanzielle Situation ist belegt, dass er aktuell über Bankguthaben in Höhe von rund CHF 111'000.– verfügt (act. 15/4-5).

Darüber hinaus stehen zwei Liegenschaften in seinem Eigentum, auf denen je ein Bauobjekt im Gesamtwert von CHF 580'000.– steht (act. 15/14). Da es sich bei diesem Wert um eine Schätzung der Gebäudeversicherung C._____ aus dem Jahr 2015 handelt, widerspiegelt sie nicht den tatsächlichen Verkehrswert der Liegenschaften. Nicht bekannt ist ferner, ob auf den Liegenschaften Hypotheken lasten, ob sie zwecks Mittelbeschaffung (weiter-)belehnt werden könnten oder wie rasch ein allfälliger Verkauf möglich wäre, womit die Kontokorrentschuld getilgt werden könnte. Zugunsten der Schuldnerin und mangels gegenteiliger Anhaltspunkte kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass zumindest mittels Verkaufs einer der Liegenschaften genügend Mittel zur Verfügung stehen, um einen beträchtlichen Teil der Kontokorrentschuld zurückzuzahlen. Damit und mit den vorstehend dargelegten eigenen Mitteln der Schuldnerin von rund CHF 30'000.– und der Mittel des Geschäftsführers von rund CHF 111'000.–, die sie jeweils kurzfristig verfügbar machen können, erscheint es glaubhaft, dass genügend finanzielle Mittel verfügbar sind, um die aufgelaufenen Schulden in rund zwei Jahren abzutragen.

4.5. Die Schuldnerin schrieb in den Jahren 2020 und 2021 einen Verlust von CHF 58'640.56 resp. CHF 35'039.60 (act. 15/9/2 S. 1 und act. 15/10/2 S. 1). Allerdings sind diese Zahlen aufgrund der Pandemie und deren notorischen Auswirkungen auf den Gastronomiebereich wenig aussagekräftig. Aus den Jahren 2018 und 2019 ergibt sich, dass immerhin ein Gewinn von CHF 12'757.58 resp. CHF 933.17 erwirtschaftet wurde (act. 15/8/2 S. 5). Diese Gewinne sind zwar nicht hoch, doch geht daraus dennoch hervor, dass die Schuldnerin mit dem Ertrag ihre laufenden Aufwände – auch wenn nur knapp – zu decken vermochte. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Krankheit des Geschäftsführers einen gewissen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Schuldnerin hatte (vgl. act. 12/3). Zugunsten der Schuldnerin ist davon auszugehen, dass sie – aufgrund der vor kurzem vollständig aufgehobenen Pandemie-Massnahmen, die Gastgewerbebetriebe betreffen, und der damit einhergehenden gewissen Stabilisierung der Marktlage – an die Zahlen anknüpfen kann, welche sie vor der Pandemielage erwirtschaftete. Entsprechend erscheint es glaubhaft, dass sie ihren laufenden Aufwand aus dem Ertrag wird decken können.

4.6. Zusammenfassend kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten hauptsächlich dem pandemiebedingten Umsatzeinbruch in den Jahren 2020 und 2021 und der krankheitsbedingten Situation des Geschäftsführers der Schuldnerin geschuldet sind. Durch die zu erwartenden Zahlungseingänge und die andauernde Geschäftstätigkeit erscheint es glaubhaft, dass die Schuldnerin ihre Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen können und sie ihren aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. Die Schuldnerin erscheint nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid, weswegen ihre Zahlungsschwierigkeiten als nur vorübergehend zu erachten sind. Ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint gegeben, auch wenn durchaus Zweifel bestehen. Dabei ist hervorzuheben, dass die Schuldnerin auf die rasche Rückzahlung der Kontokorrentforderung angewiesen ist, die sie gegenüber ihrem Geschäftsführer hat. Dieser konnte glaubhaft darlegen, dass er über genügend liquide Mittel verfügt, um einen Teil der Forderung zurückzuzahlen, und zur Mittelbeschaffung auf seine Liegenschaften zurückgreifen kann. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies insbesondere, da es sich um die erstmalige Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Die Schuldnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde, an das Glaubhaftmachen ihrer Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären und sie insbesondere Belege zu den früheren Betreibungen und Kontokorrentforderung gegenüber ihrem Geschäftsführer einreichen müsste.

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

5. 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 Meilen vom 9. Februar 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidegebühr von CHF 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Küsnacht wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'350.– (CHF 1'050.– Zahlung der Schuldnerin sowie CHF 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin CHF 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2, 11 und 14 (samt Beilagen), sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Küsnacht, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon, 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

i.V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:
8. März 2022