

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170118-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 31. Juli 2017

in Sachen

A._____ gmbh,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen
vom 6. Juni 2017 (EK170151)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen eröffnete mit Urteil vom 6. Juni 2017 für eine Forderung der B._____ Pensionskasse (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 854.70 nebst Zins zu 5 % seit 9. Februar 2017 sowie für eine zinslose Forderung von Fr. 87.25 und Fr. 106.60 Betreibungskosten (in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wädenswil), abzüglich Teilzahlung von Fr. 864.70 am 19. Mai 2017, über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 i.V.m. act. 6 und 7/13/2). Dem Gesuch wurde mit Verfügung vom 19. Juni 2017 entsprochen (act. 8).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. 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. Innert laufender Beschwerdefrist hat die Schuldnerin für den Rest der Konkursforderung (Fr. 195.45, vgl. act. 3 S. 2, act. 7/10 und act. 10) und für die Spruchgebühr des Beschwerdeverfahrens (Fr. 750.–) insgesamt Fr. 1'000.– bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 4/2 i.V.m. act. 11). Ausserdem stellte sie beim Konkursamt Wädenswil die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher (act. 4/3). Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (Hinterlegung) dargetan.
4. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes 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. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er 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 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

b) Die Schuldnerin bezweckt den Betrieb eines Bistros (act. 5). Der Geschäftsführer der Schuldnerin brachte vor, nach einem etwas schwierigen Start im 2016, der insbesondere auf den Umbau des Ladenlokals und damit entstandene, nicht einkalkulierte Kosten zurückzuführen sei, laufe das Geschäft derzeit sehr erfolgversprechend. Die Schulden seien (mit Ausnahme der aufgeführten Betreibungen) mittlerweile abbezahlt. In der Zeit vom 1. Januar bis 7. Juni 2017 hätten sie bereits Fr. 123'211.61 erwirtschaftet. Er sei zuversichtlich, dass sie mit ihrem Konzept weiterhin sehr erfolgreich seien und die budgetierten Kosten problemlos gedeckt werden könnten (act. 2 S. 4).

5. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Für die seit 29. Juli 2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Schuldnerin (act. 5) werden vom Betreibungsamt Wädenswil im Betreibungsregisterauszug per 9. Juni 2017 13 Betreibungen ausgewiesen. Davon sind, unter Berücksichtigung der Sicherstellung der vorliegenden Konkurs-

forderung, noch 9 Betreuungsforderungen (sechs zugunsten der B._____) im Gesamtbetrag von Fr. 28'668.05 offen. Verlustscheine aus Pfändungen gibt es keine (act. 4/4). Bezüglich einiger Betreuungsforderungen hat die Schuldnerin bereits Teilzahlungen geleistet. So konnte sie mit Urkunden nachweisen, dass die der Betreuung Nr. 2 zugrunde liegende Betreuungsforderung (Fr. 2'031.25) zugunsten der B._____, Aarau bis auf Fr. 48.45 [Fr. 2'295.25 – (Fr. 1'963.00 + Fr. 283.80)] – die Schuldnerin geht irrtümlich von Fr. 63.20 aus, vgl. act. 2 S. 2 – und eine weitere Betreuungsforderung (Betreibung Nr. 3) dieser Gläubigerin (Fr. 2'913.60) bis auf Fr. 238.35 (Fr. 3'065.05 – Fr. 2'826.70) abbezahlt wurden (act. 4/5-6, act. 4/11-12). Die Betreuungsforderung der Gläubigerin C._____, Zürich (Betreibung Nr. 4) wurde zwischenzeitlich vollständig getilgt bzw. es besteht ein Guthaben zugunsten der Schuldnerin im Betrag von Fr. 212.50 (act. 4/7). Weitere Teilzahlungen wurden an die Betreuungsforderungen zugunsten der D._____ Versicherungsgesellschaft AG, Bern (Betreibung Nr. 5, Fr. 307.–; Betreuung Nr. 6, Fr. 820.–) geleistet, so dass gemäss provisorischer Abrechnung des Betreibungsamtes für diese beiden Ausstände Restbeträge von Fr. 97.– (act. 4/13, Betreuung Nr. 5) und von Fr. 120.50 (act. 4/14, Betreuung Nr. 6) resultieren. Die vier weiteren Betreuungsforderungen der B._____ sind gemäss provisorischer Abrechnung des Betreibungsamtes (Betreibung Nr. 7, Fr. 5893.–, gemäss Abrechnung act. 4/8, Fr. 6'174.35; Betreuung Nr. 8, Fr. 4'740.05, gemäss Abrechnung act. 4/9, Fr. 5'023.05; Betreuung Nr. 9, Fr. 1'642.35, gemäss Abrechnung act. 4/10 Fr. 1'866.–; Betreuung Nr. 10, Fr. 4'990.80, gemäss Abrechnung act. 4/15 Fr. 5'149.80) im Umfang von Fr. 18'213.20 offen. Unter Berücksichtigung der erfolgten Zahlungen und der Abrechnungen des Betreibungsamtes hat die Schuldnerin noch Betreuungsausstände in der Höhe von Fr. 18'717.50 (Fr. 18'213.20 + Fr. 48.45 + Fr. 238.35 + Fr. 97.- + Fr. 120.50). Zur Bezahlung dieser Forderungen hat sie am 15. Juni 2017 beim Konkursamt Wädenswil Fr. 20'000.– als Depot hinterlegt. Das Konkursamt soll bei Guttheissung der Beschwerde angewiesen werden, damit die offenen Forderungen zu begleichen (act. 2 S. 4, act. 4/16).

b) Die Schuldnerin reichte eine Aufstellung über ihre Einnahmen im Zeitraum 1. Januar bis 7. Juni 2017, also für etwas mehr als fünf Monate, ein. Es werden Einnahmen in der Höhe von Fr. 123'211.61 ausgewiesen (act. 4/17). Für das zweite Semester erstellte sie gestützt auf ihre variablen (Annahme) und Fixkosten ein Budget. Danach wird von Jahreskosten von total Fr. 251'364.60 ausgegangen, halbjährlich somit von Fr. 125'682.30 (act. 4/18). Bewegen sich die zukünftigen Einnahmen im bisherigen Rahmen, vermag die Schuldnerin demnach ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen. Die Schuldnerin konnte demnach glaubhaft machen, dass sie zahlungsfähig ist, und es sich offensichtlich nur um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten gehandelt hat.

6. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Das vorinstanzliche Konkurserkennntnis ist aufzuheben.
7. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.
8. a) Wie bereits erwähnt, hat die Schuldnerin für den Rest der Konkursforderung (Fr. 195.45) und für die Spruchgebühr des vorliegenden Verfahrens (Fr. 750.–) insgesamt Fr. 1'000.– bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 4/2, act. 11). Die Obergerichtskasse ist deshalb anzuweisen, von diesem Betrag Fr. 195.45 der Gläubigerin und Fr. 54.55 der Schuldnerin aus-zuzahlen.

b) Ferner ist das Konkursamt Wädenswil anzuweisen, den bei ihm hinterleg-ten Barbetrag von Fr. 20'000.– dem Betreibungsamt Wädenswil zur Tilgung der Betreuungsausstände der Schuldnerin zu überweisen. Es ist Sache der Schuldnerin, das Betreibungsamt über die konkrete Verteilung der hinterleg-ten Geldsumme auf die Gläubiger zu instruieren.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 6. Juni 2017, 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. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für die Konkursforderung hinterlegten Betrag von Fr. 250.– im Umfang von Fr. 195.45 der Gläubigerin und von Fr. 54.55 der Schuldnerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Wädenswil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'000.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Ferner wird das Konkursamt Wädenswil angewiesen, den bei ihm hinterlegten Barbetrag von Fr. 20'000.– dem Betreibungsamt Wädenswil zu überweisen mit dem Vermerk: "zur Tilgung der Betreibungsforderungen gegenüber A._____ gmbh gemäss Betreibungsregisterauszug vom 9. Juni 2017, nach vorgängiger Absprache mit der Schuldnerin bezüglich bereits erfolgter (Teil-)Zahlungen".
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wädenswil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und unter Beilage dieses Entscheides an das Betreibungsamt Wädenswil, 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:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
2. August 2017