

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170180-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 11. September 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ Pensionskasse Genossenschaft,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. August 2017 (EK171024)

Erwägungen:

1. Am 2. August 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung von Fr. 5'910.50 zuzüglich Fr. 146.60 Betreibungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 6). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde beantragte diese die Aufhebung des Konkursdekretes sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter reichte sie verschiedene Unterlagen ein (act. 2, act. 5/2-17).

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 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294).

3. Mit Einreichung der Beschwerde belegte die Schuldnerin mittels Postquittung, dass sie am 14. August 2017 und damit innert der Beschwerdefrist die Konkursforderung samt Betreibungskosten in der Höhe von Fr. 6'057.10 an die Gläubigerin überwiesen hatte (act. 5/15). Damit liegt der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG vor. Zudem stellte die Schuldnerin rechtzeitig die Kosten des Konkursamtes und der Vorinstanz sicher, weshalb der Beschwerde mit Verfügung vom 16. August 2017 die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (act. 5/16, act. 9). Schliesslich hinterlegte sie bei der Obergerichtskasse Fr. 18'752.90 für noch offene Betreibungen und leistete den Barvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 5/13 und 5/17).

4. Nebst einem Konkurshinderungsgrund hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

5.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Gemäss der Auskunft aus dem Register des Beteiligungsamtes Zürich 3 (act. 5/12) wurden in den letzten fünf Jahren bis zum 11. August 2017 27 Beteiligungen eingeleitet, wovon 17 durch Zahlung an das Beteiligungsamt erledigt sind. Die Anzahl der Beteiligungen für meist beträchtliche Beträge sowie der Umstand, dass es in fünf Fällen zur Konkursandrohung kam, lässt auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Hinzu kommt eine Konkursöffnung im vergangenen Sommer (vgl. act. 5/3). Wie dargelegt wurde die dem aktuellen Konkursbegehren zugrunde liegende Beteiligung Nr. ... inzwischen getilgt. Damit sind noch neun Beteiligungen von total Fr. 27'588.15 offen. Betreffend ihre Beteiligung Nr. ... bestätigte die C._____ Handelsgenossenschaft mit E-Mail vom 11. August 2017 und unter Beilage eines Kontoauszuges, dass die Schuldnerin keine offenen Posten mehr bei ihr habe (act. 2 S. 8, act. 5/14). Demnach darf diese Beteiligung als bezahlt betrachtet werden. Weiter erklärt die Schuldnerin, die Beteiligungen Nr. ..., ..., ..., ..., ..., ... und ... von total Fr. 18'752.90 könnten mit dem bei der Obergerichtskasse in dieser Höhe hinterlegten Betrag beglichen werden (act. 2 S. 8 ff.,

act. 5/13). Diese Betreibungen sind somit sichergestellt und nicht weiter zu berücksichtigen. Mit der Zahlung der Betreibung Nr. ... der D. _____ GmbH wartet die Schuldnerin schliesslich bewusst zu, da sie diese bestreitet. Sollte die D. _____ GmbH das Fortsetzungsbegehren stellen, würde die Zahlung innert Frist aus den liquiden Mitteln erfolgen (act. 2 S. 7 und 10). Damit verbleibt gegenwärtig als einzige offene in Betreibung gesetzte Forderung diejenige der D. _____ GmbH in Höhe von Fr. 469.80.

b) Die Schuldnerin ist eine kleine Bauunternehmung, die nebst dem Geschäftsführer, E. _____, einen Mitarbeiter in Festanstellung beschäftigt. Sie wird von der Wohnung von E. _____ aus betrieben (act. 2 S. 3 ff., act. 5/4-5). Dass bislang keine Bilanz/Erfolgsrechnung erstellt, sondern die Schuldnerin jeweils vom Steueramt eingeschätzt worden ist (act. 2 S. 6), erschwert nicht nur die Liquiditätsprüfung, sondern weckt auch Zweifel an der Seriosität der Schuldnerin in Bezug auf ihre Verpflichtungen als Gesellschaft. Gemäss der Kreditorenliste vom 14. August 2017 hat die Schuldnerin Verpflichtungen von Fr. 14'744.30 (act. 5/9). Darin enthalten ist die Wohnungsmiete für den August in Höhe von Fr. 1'971.50, welche indes überwiegend als private Verpflichtung von E. _____ zu betrachten ist und mittlerweile bezahlt sein dürfte. Weiter ist zu bemerken, dass die bei der Obergerichtskasse hinterlegte Summe von Fr. 18'752.90 zur Tilgung von noch offenen Betreibungen von E. _____ persönlich für die Schuldnerin geleistet wurde. Er werde diese Zahlung anschliessend im Kontokorrent mit seinen Lohnzahlungen verrechnen und buchhalterisch korrekt verbuchen, ohne dass dies zulasten von Drittgläubigern erfolge (act. 2 S. 9). Wie die angesprochene Verrechnung vonstatten gehen soll, bleibt unklar. Auch das alles weckt Zweifel daran, wie die Schuldnerin als juristische Person geschäftet. Aus der Erklärung von E. _____ kann aber immerhin geschlossen werden, dass die Schuldnerin diese Ausstände ihrem Geschäftsführer kaum kurzfristig zurückzuerstatten hat. Konkrete Anhaltspunkte für weitere nennenswerte Ausstände ergeben sich nicht aus den Akten. Somit hat die Schuldnerin derzeit kurzfristige offene Verbindlichkeiten von ca. Fr. 15'200.-. Demgegenüber führt sie Debitoren in der Höhe von Fr. 48'865.75 an (act. 5/8). Zum Teil reichte sie auch die entsprechenden Rechnungen ein (act. 5/10), im Übrigen ist das Datum der Fakturierung und der Fälligkeit nicht be-

kannt. Zugunsten der Schuldnerin darf mit diesen Zahlungseingängen in absehbarer Zeit gerechnet werden, zumal im Kontoauszug regelmässige Gutschriften verzeichnet sind. Dieses Konto der Schuldnerin bei der PostFinance wies per 31. Juli 2017 einen Saldo von Fr. 1'826.76 aus (act. 5/7). Damit liegen Guthaben und flüssige Mittel von rund Fr. 50'700.– vor, welche die kurzfristigen Verbindlichkeiten klar zu decken vermögen.

Obwohl ihre Guthaben zur Hauptsache in Debitoren bestehen, scheint die Möglichkeit der Schuldnerin, in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen und ihre Schulden innert nützlicher Frist abzutragen, dennoch als gegeben; dies umso mehr, als nicht alle Kreditoren auf einmal befriedigt werden müssen. Nach eigenen Angaben ist die Schuldnerin nicht sehr profitabel. Der erzielte Umsatz reiche gerade aus, die – nicht näher bekannten – Aufwände zu decken (act. 2 S. 4 ff.). Entsprechend schätzte das Steueramt den Reingewinn für das Jahr 2014 auf lediglich Fr. 15'000.– (act. 5/11). Massgebend ist aber, dass die Schuldnerin eine gute Auftragslage vorweisen kann, was sie mit diversen Offerten und Rechnungen untermauert. Gemäss letzteren erwirtschaftete sie vom 1. Juni bis zum 10. August 2017 nach Abzug bereits erhaltener Akontozahlungen immerhin rund Fr. 32'500.– (act. 5/10). Die Konkursöffnungen – eine erste wurde mit Urteil der Kammer vom 14. Juli 2016 aufgehoben (act. 5/3) – dürften damit in der Tat auch auf einen Unfall von E. _____ im Sommer 2016 mit dreimonatiger Arbeitsunfähigkeit und einer damit einhergehenden vernachlässigten Kreditorenbewirtschaftung zurückzuführen sein (act. 2 S. 5, act. 5/6 S. 8 f.). Dass die Schuldnerin gewillt und in der Lage ist, ihre finanzielle Situation zu bereinigen, zeigt sich nicht zuletzt im Umstand, dass sie inzwischen mit einer Ausnahme alle Betreibungen bezahlt bzw. sichergestellt hat.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich somit gerade noch als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG dargetan. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin. Die Schuldnerin ist allerdings darauf hinzuweisen, dass aufgrund der bestehenden Bedenken bei einer erneuten Konkursöffnung in den nächsten Jahren eine Zahlungsfähigkeit nicht mehr leichthin angenommen werden könnte.

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

Der von der Schuldnerin am 14. August 2017 bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 18'752.90 (act. 5/13) ist an das Betreibungsamt Zürich 3 weiterzuleiten. Dieses hat den Betrag soweit ausreichend zur Tilgung der Schulden in den noch offenen Betreibungen Nr. ..., ..., ..., ..., ..., ... und ... zu verwenden und der Schuldnerin einen allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. August 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und auch der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den hinterlegten Betrag von Fr. 18'752.90 an das Betreibungsamt Zürich 3 zu überweisen.
4. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– 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 auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das

Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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. S. Bohli Roth

versandt am: