

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170275-O/U

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

Urteil vom 8. Februar 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch B._____,

gegen

C._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 7. Dezember 2017 (EK170625)

Erwägungen:

1. Am 7. Dezember 2017 wurde gestützt auf eine Forderung von Fr. 2'708.65 (einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten) über die A. _____ GmbH (Schuldnerin) der Konkurs eröffnet (act. 6). Das Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur wurde ihr am 11. Dezember 2017 zugestellt (act. 7/7). Die 10tägige Beschwerdefrist lief demnach am 21. Dezember 2017 ab (Art. 142 ZPO). Mit Beschwerde vom 19. Dezember 2017 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 entsprochen (act. 14).

2. a) 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) 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. mit Urkunden nachzuweisen hat.

- b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin einen Betrag von Fr. 3'500.- bei der Obergerichtskasse hinterlegt, nämlich Fr. 750.- Kostenvorschuss für das obergerichtliche Verfahren und Fr. 2750.- zur Tilgung der Konkursforderung (act. 12/11 i.V.m. act. 2 S. 3). Die Schuldnerin stellte ausserdem innert laufender Rechtsmittelfrist beim Konkursamt die Kosten des Konkursamtes und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten sicher

(act. 5). Damit ist ein Konkurshinderungsgrund (Hinterlegung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG dargetan.

3. 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 die Führung von Gastronomiebetrieben und ist seit tt.mm.2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 8). Sie betreibt den Take away "D._____" an der ... [Adresse] (act. 2 S. 1). In der Beschwerde führte der Geschäftsführer aus, sein Vorgänger, welcher bis 28. Februar 2016 tätig gewesen sei, habe versäumt, die Löhne aus dem Jahr 2016 hinsichtlich der Sozialleistungen per 31. Dezember 2016 abzurechnen. Ausserdem seien nach der Gründung viel zu hohe Akontozahlungen mit den verschiedenen Sozialversicherungen vereinbart worden und diese anfangs Geschäftsjahr 2017 nicht geändert oder für das Geschäftsjahr 2016 korrigiert worden. Er – der aktuelle Geschäftsführer – habe nicht an diese Möglichkeit gedacht und die Situation verkannt. Aufgrund des geringen Umsatzes hätten die Akontozahlungen, welche bis das dreifache der

tatsächlichen Gebühren betrügen, nicht bezahlt werden können. Die ganze Buchhaltung sei nun der Firma B1._____ AG in Winterthur übergeben worden, welche die Versäumnisse nachgeholt habe. Für die Aufräumarbeiten sei von Frau E._____ ein Vorschuss von Fr. 5'000.– an das Treuhandbüro bezahlt worden. Ausserdem sei von derselben Person ein Depot in der Höhe von Fr. 20'000.– geleistet worden, um – im Falle der Gutheissung der Beschwerde – alle Ausstände zu begleichen. Zudem habe sie sich bereit erklärt, auch weitere Mittel in die Firma zu pumpen, damit diese gedeihen könne. Die Firma habe nur Schulden bei den Sozialversicherungen und der Mehrwertsteuer. Die Umsätze hätten sich in den letzten Wochen erfreulich entwickelt, was das Weiterbestehen der Firma gewährleisten werde. Frau E._____ beabsichtige, die Gesellschaft zu übernehmen und als Geschäftsführerin weiterzuführen. Bezüglich der Betreuungsausstände machte die Schuldnerin geltend, gemäss ihrer Berechnungen seien effektiv nur Fr. 5'000.– geschuldet, welche durch die Sicherstellung von Fr. 20'000.– mehr als gedeckt seien (act. 2 S. 3).

4. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Zeitraum tt.mm.2016 (Firmengründung) bis 18. Dezember 2017 wurden 17 Beteiligungen eingeleitet (act. 12/12). Davon sind im Zeitpunkt der Ausstellung des Betreibungsregister-Auszuges, ausser der vorliegenden Konkursforderung, noch 11 Beteiligungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 18'333.25 offen. Für 8 Forderungen wurde die Beteiligung eingeleitet (insgesamt Fr. 13'301.–) und zwei Beteiligungsforderungen zugunsten der F._____ AG befinden sich im Stadium der Konkursandrohung (insgesamt Fr. 4'659.60). Eine Forderung ist mit einem Rechtsvorschlag behaftet (Fr. 372.65), und lediglich im anerkannten Umfang von Fr. 190.– (act. 12/7) zu berücksichtigen. Somit ist vorerst von Beteiligungsschulden in der Höhe von Fr. 18'150.60 auszugehen. Gemäss der von der Schuldnerin eingereichten Aufstellung über die effektiven Beteiligungsausstände resultiert ein Betrag von Fr. 4'596.30 (act. 12/7). Bei dieser Berechnung wurden bereits erfolgte Akontozahlungen sowie die zuhanden der eidgenössischen Steuerverwal-

tung korrigierten MWSt-Abrechnungen und die aufgrund der Lohnmeldungen zu korrigierenden Rechnungen für die Sozialversicherungen berücksichtigt (act. 12/1-7). Es ist gerichtsnotorisch, dass die AHV jeweils im Voraus zu bezahlende Quartalsrechnungen verschickt. Zwei Raten für das Jahr 2017 wurden an das Betreibungsamt bezahlt, nämlich am 20.6.2017 Fr. 3'184.05 und am 8.9.2017 Fr. 3'175.85. Da insgesamt, wie sich aus der Berechnung der Schuldnerin ergibt, ein Jahresbeitrag von Fr. 8'405.20 (4 Raten à Fr. 2'101.30) geschuldet ist (act. 12/6) und mit den bereits erfolgten Zahlungen bereits 3 Quartalsrechnungen bezahlt wurden, ist die Betreuung Nr. 1 für eine Forderung von Fr. 3'175.85, welche die dritte Quartalsrechnung betrifft, als Betreibungs-Schuld nicht zu berücksichtigen. Die Konkursforderung betrifft BVG-Prämien für das Jahr 2016 (act. 7/1). Aufgrund der dem Gericht eingereichten BVG-Abrechnung ist für das Jahr 2016 von einer BVG-pflichtigen Lohnsumme von Fr. 26'271.– auszugehen (act. 12/1). Für den Zeitraum Januar bis September 2017 belaufen sich die BVG-pflichtigen Löhne auf Fr. 18'000.– (vgl. act. 12/1) bzw. bis Ende Jahr auf Fr. 25'800.– (act. 12/1 und act. 12/6). Die Höhe der Prämien ist zwar nicht bekannt, jedoch ist gerichtsnotorisch, dass lediglich Fr. 21'150.– übersteigende Jahreslöhne bzw. Fr. 1'762.50 übersteigende Monatslöhne BVG-pflichtig sind. Mit Ausweisung der Lohnsummen der einzelnen Angestellten konnte die Schuldnerin glaubhaft machen, dass ausser der Konkursforderung keine weiteren Prämien geschuldet sind und deshalb die Betreibungen Nrn. 2 (Fr. 2'513.90) und 3 (Fr. 2'464.60) zugunsten der C._____ Pensionskasse nicht zu berücksichtigen sind. Die Betreibungsforderung der eidgenössischen Steuerverwaltung für die Mehrwertsteuer (Betr. Nr. 4) beläuft sich auf Fr. 4'000.–. Gemäss eingereichter Mehrwertsteuerabrechnung ist für das Jahr 2016 ein Betrag von Fr. 1'331.75 und für das erste Halbjahr 2017 ein Betrag von Fr. 1'591.40, total Fr. 2'923.15 geschuldet (act. 12/3 S. 3-4). Es sollen bereits Akontozahlungen von Fr. 1'400.– geleistet worden sein (act. 12/7). Diese wurden allerdings nicht belegt. Es ist deshalb betreffend dieser Gläubigerin von einer Betreibungsschuld von Fr. 2'923.15 auszugehen. Hinsichtlich der Gläubigerin F._____ AG lässt sich zum Teil nicht ein-

deutig nachvollziehen, welche Versicherungs-Prämien diesen offenen Betreibungen (Betr. Nrn. 5, 6 und 7) zugrunde liegen. Bezüglich der Betreibung Nr. 8 wird ein Betrag von Fr. 1'919.30 eingefordert. Die Schuldnerin geht von einem Prämienausstand von Fr. 897.40, Krankentaggeld für das Jahr 2016, aus (act. 12/2 S. 2 i.V.m. act. 12/7). Dies erscheint aufgrund der eingereichten Lohnsummendeklarationen für KTG, UVG und UVG-Zusatzversicherung und die berechneten Prämien glaubhaft (act. 12/2, act. 12/4-5). Nicht belegt ist die geltend gemachte Akontozahlung von Fr. 983.– (act. 12/7). Bezüglich dieser Betreibung ist deshalb ein Ausstand von Fr. 897.40 zu berücksichtigen. Gemäss Aufstellung über die Versicherungs-Prämien sind für das Jahr 2016 insgesamt Prämien von Fr. 2'118.78 und für das Jahr 2017 von Fr. 5'513.17 geschuldet, nämlich Prämie 2016 UVG Fr. 1'163.19 (act. 12/4 S. 4) bzw. 2017 Fr. 1'997.73 (act. 12/4 S. 2), Prämie 2016 UVG-Zusatz Fr. 58.19 (act. 12/5 S. 4) bzw. 2017 Fr. 186.87 (act. 12/5 S. 2), Prämie 2016 Krankentaggeld Fr. 897.40 (act. 12/2 S. 2) bzw. 2017 Fr. 3'328.57 (act. 12/2 S. 4). Für 2016 und 2017 sind demnach insgesamt Fr. 7'631.95 für die Versicherungsprämien geschuldet. Aus dem Betreibungsregister-Auszug geht hervor, dass bereits Zahlungen an das Betreibungsamt geleistet wurden, nämlich am 16.6.2017 Fr. 315.80, Fr. 2'898.50 und Fr. 341.30, insgesamt Fr. 3'555.60. Geschuldet sind demnach noch Prämien in der Höhe von Fr. 4'076.35 (Fr. 7'631.95 – Fr. 3'555.60). Nach Abzug der unter der Betreibung Nr. 9 bereits berücksichtigten Prämie 2016 für Krankentaggeldversicherung ist demnach zugunsten der Gläubigerin F. _____ AG bezüglich der restlichen Betreibungen (Nrn. 10 und 11) noch ein Betrag von Fr. 3'178.95 (Fr. 4'076.35 – Fr. 897.40) offen. Dabei bleibt unberücksichtigt, ob bereits alle Prämienausstände für das Jahr 2017 betrieben wurden oder ein Teil als unbetriebene Kreditoren zu berücksichtigen wären. Die Betreibungsforderungen zugunsten der Stadt Winterthur in der Höhe von insgesamt Fr. 857.25 (Betr. Nrn. 12 Fr. 260.25, 13 Fr. 298.50 und 14 Fr. 298.50) blieben unbestritten und sind vollumfänglich zu berücksichtigen. Demnach sind der Schuldnerin Betreibungsaustände in der Höhe von Fr. 7'856.75 (zugunsten der eidgenössischen Steuerverwaltung Fr. 2'923.15, zugunsten der

F._____ AG Fr. 4'076.35 (Fr. 3'178.95 + Fr. 897.40) und zugunsten der Stadt Winterthur Fr. 857.25) anzurechnen. Diese Schulden können mit der bei der Treuhandfirma hinterlegten Summe, Fr. 20'000.– (act. 12/10), bezahlt werden sowie auch die reduzierte vierte Quartalsrechnung für die AHV-Prämie von Fr. 2'053.50 (Fr. 8'405.20 – 6'351.70) (vgl. act. 12/7). Mit der Hinterlegung von weiteren Fr. 5'000.– (act. 12/10) können auch die "Aufräumarbeiten" des Treuhänders beglichen werden. Bezüglich des Geschäftsganges wurde weder eine Zwischenbilanz noch eine aktuelle Debitoren-/Kreditorenliste eingereicht. Insgesamt sind die von der Schuldnerin eingereichten Unterlagen zur Untermauerung ihrer Zahlungsfähigkeit dürftig. Dem Betreibungsregisterauszug ist aber zu entnehmen, dass die im Jahr 2017 eingeleiteten Betreibungen weder Lieferanten- noch Arbeitnehmerforderungen betreffen. Es ist deshalb zugunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass diese Forderungen jeweils innert Frist mit den Einnahmen getilgt werden können. Die ausgewiesenen Umsatzzahlen belegen für Januar-Juni 2017 einen Umsatz von Fr. 53'512.35 und für die Monate Juli bis November 2017 einen Umsatz von Fr. 120'636.20 (act. 12/3 S. 4). In der zweiten Jahreshälfte erfolgte demnach in 5 Monaten eine Verdoppelung des Umsatzes der ersten Jahreshälfte. Die Löhne reduzierten sich zudem gegenüber der ersten Jahreshälfte (act. 12/6). Gestützt auf diese erfreuliche Geschäftsentwicklung erscheint glaubhaft, dass nur ein vorübergehender Liquiditätsengpass vorliegt und die Startschwierigkeiten u.a. auf eine Vernachlässigung der Buchhaltungsarbeiten zurückzuführen sind. Mit dem erfolgten Beizug eines Treuhänders konnten diese Schwierigkeiten nun behoben werden.

Gestützt auf obige Erwägungen hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zum heutigen Zeitpunkt hinreichend glaubhaft gemacht. Die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses sind erfüllt, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.

Die Schuldnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen bei einer neuerlichen Konkursöffnung strenger wären und sie mit einer Eingabe, wie der hier vorgelegten, mithin ohne umfassende Darlegung der Einnahmen- und Kostensituation keinen Erfolg mehr haben würde.

6. 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 Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 7. Dezember 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 Kasse des Obergerichtes wird angewiesen, den von der Schuldnerin für die Gläubigerin (betref. Betreuung Nr. 15) hinterlegten Betrag von Fr. 2'750.– der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Winterthur-... wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie 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.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Winterthur-..., ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-..., 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
8. Februar 2018