

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170278-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeil

Urteil vom 9. Januar 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 12. Dezember 2017 (EK171965)

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die Führung von Restaurants und Imbissständen, Handel sowie Import und Export von Waren aller Art, die Durchführung von Transporten, Organisation und Vermittlung von Reisen und die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Kundenbetreuung (act. 6).
2. Am 14. November 2017 stellte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) ein Konkursbegehren gegen die Schuldnerin (act. 8/1). Nach durchgeführtem Verfahren eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich am 12. Dezember 2017, 10:00 Uhr, gestützt auf den Zahlungsbefehl Nr. ... und die Konkursandrohung des Betreibungsamtes Zürich 4 für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 1'542.30 nebst 5 % Zins seit 15. Juni 2017, Fr. 128.65.– weitere Kosten und Fr. 178.60.– Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 8/7).
3. Mit Eingabe vom 21. Dezember 2017 erhob die Schuldnerin bei der Kammer Beschwerde gegen diesen Entscheid, wobei sie die Aufhebung des Konkurses beantragte und eventualiter um Gewährung einer kurzen Nachfrist zur Tilgung allfälliger noch zu begleichender oder sicherzustellender Kosten ersuchte. Ferner beantragte sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2).
4. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2017 wies die Kammer das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen ab und trat auf das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin um Gewährung einer Nachfrist zur Tilgung allfälliger noch zu begleichender oder sicherzustellender Kosten nicht ein. Des Weiteren wurde der Schuldnerin mit Verfügung vom 22. Dezember 2017 eine 10-tägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von

Fr. 750.– angesetzt und diese darauf hingewiesen, dass sie noch bis zum Ablauf der Beschwerdefrist Zeit habe, um ihre Beschwerde zu ergänzen (act. 9).

5. Mit Eingabe vom 3. Januar 2018 (Datum Poststempel), somit innert noch laufender Beschwerdefrist, teilte die Schuldnerin mit, inzwischen die Forderung der Gläubigerin mitsamt Zinsen und Betreuungskosten im Gesamtbetrag von Fr. 1'887.60 sowie den einverlangten Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.– bezahlt zu haben (act. 12). Weiter gab die Schuldnerin in der Eingabe vom 3. Januar 2018 an, mit dem Betreibungsamt vereinbart zu haben, die Schulden in monatlichen Raten von Fr. 2'500.– abzutragen, sodass in spätestens zwei Jahren sämtliche Schulden gemäss Betreibungsregisterauszug getilgt wären (act. 12). Zudem reichte die Schuldnerin mit Eingabe vom 3. Januar 2018 Quittungen über die inzwischen getätigten Zahlungen (act. 13/1-2), einen Betreibungsregisterauszug vom 3. Januar 2018 (act. 13/3) sowie ihre Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2015 und 2016 ein (act. 13/4-5) und ersuchte erneut um Aufhebung des über sie eröffneten Konkurses (act. 12).

6. Der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 750.– ging am 5. Januar 2017 bei der Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich ein (act. 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-9). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

II.

Zur Beschwerde im Einzelnen

1. 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 (kumulativ) durch Urkunden *einen der drei* gesetzlich vorgesehenen *Konkursaufhebungsgründe* (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Rechtsmittelbegründung muss samt Belegen vollständig innert der Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). Die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ist ausge-

schlossen, da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2. Am 29. Dezember 2017 hat die Schuldnerin Fr. 1'887.60 an die Gläubigerin überwiesen. Damit hat sie sowohl die Konkursforderung der Gläubigerin in der Höhe von Fr. 1'542.30 als auch die bis zur Konkursöffnung am 12. Dezember 2017 angefallenen Zinsen (Fr. 38.05), die weiteren Gläubigerkosten (Fr. 128.65) und die Betreuungskosten (Fr. 178.60) getilgt, was sie mittels Postquittung belegt hat (act. 13/1). Da die Schuldnerin zudem eine Bestätigung des Konkursamtes Aussersihl-Zürich beigebracht hat, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'200.– sichergestellt hat (act. 5/4), gilt der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG als bewiesen.

3. Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung aber nur dann aufheben, wenn die Schuldnerin zusätzlich ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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, 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. Ihre Zahlungsfähigkeit muss wahrscheinlicher sein als ihre Zahlungsunfähigkeit (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).

4. Die Schuldnerin bringt in Bezug auf ihre Zahlungsfähigkeit vor, sie sei im Jahre 2015 von Herrn C._____ als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Ein-

zelzeichnungsberechtigung übernommen worden. Seit ca. einem Jahr würden am Gebäude, wo sich der Restaurantbetrieb befinde, Renovationsarbeiten durchgeführt, so dass der Restaurationsbetrieb baubedingt nicht durchgehend weitergeführt werden können. Nachdem nun die Bauarbeiten abgeschlossen seien und die Öffnungszeiten des Restaurants sich wieder normalisiert hätten, sei auch mit deutlich mehr Umsatz zu rechnen. Die Konkursöffnung sei sodann nicht deshalb erfolgt, weil die Schuldnerin nicht in der Lage wäre, ihren Verpflichtungen nachzukommen, sondern vielmehr weil die Postsendungen für eine kurze Zeit wegen intensiver Bauarbeiten nicht am gewöhnlichen Ort, sondern an einem anderen Ort eingegangen seien und teilweise erst mit zeitlicher Verzögerung hätten bearbeitet werden können (act. 2 S. 4, Rz. 7.3). Die Schuldnerin habe im Jahr 2016 einen Umsatz von Fr. 250'666.– erwirtschaftet, insgesamt fünf Mitarbeiter beschäftigt und Löhne im Gesamtbetrag von Fr. 164'198 sowie Mehrwertsteuer in der Höhe von Fr. 12'971.– bezahlt (act. 2 S. 4, Rz. 7.4). Damit verfüge die Schuldnerin über genügend finanzielle Mittel, um ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Die Beschwerdeführerin sei sodann auch im Jahr 2017 aktiv tätig, weshalb keine Zweifel an deren wirtschaftlicher Lebensfähigkeit bestünden (act. 2 S. 4, Rz. 7.5). Zum Betreibungsregistrauszug der Schuldnerin vom 3. Januar 2018 führte diese aus, sie habe mit dem Betreibungsamt vereinbart, die Schulden in monatlichen Raten von Fr. 2'500.– abzutragen, so dass in spätestens zwei Jahren sämtliche Schulden getilgt seien (act. 12 S. 1).

5. In Bezug auf die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ergibt sich aus dem Betreibungsregistrauszug vom 3. Januar 2018 ein prekäres Bild von deren wirtschaftlicher Lage: Daraus ist ersichtlich, dass im Jahr 2017 (nebst der für das vorliegende Verfahren ursächlichen Konkursandrohung) sieben weitere Konkursandrohungen gegenüber der Schuldnerin ausgesprochen wurden über einen Forderungsgesamtbetrag in der Höhe von Fr. 8'658.35 (act. 13/3). Insofern droht der Schuldnerin in sieben weiteren Fällen die Eröffnung des Konkurses, sofern sie nicht liquide Mittel in diesem Umfang umgehend erhältlich machen kann. Ferner geht aus dem Betreibungsregistrauszug hervor, dass im Jahr 2017 zudem von verschiedenen Gläubigern 18 weitere Beteiligungen über einen Gesamtforderungsbetrag in der Höhe von Fr. 75'668.75 gegen die Schuldnerin eingeleitet wur-

den, wovon sich neun bereits im Stadium der Pfändung befinden (act. 13/3). Dass diese Beteiligungen ungerechtfertigt wären, hat die Schuldnerin nicht geltend gemacht, sondern diese vielmehr anerkannt, indem sie mit Eingabe vom 3. Januar 2018 mitgeteilt hat, sie habe mit dem Betreibungsamt vereinbart, die im Beteiligungsregisterauszug vom 3. Januar 2018 aufgeführten Beteiligungsforderungen in monatlichen Raten à Fr. 2'500.– abzuführen (act. 12). Aus welchen Mitteln sie dies zu tun gedenkt, liess sie dabei offen.

6. Gemäss Erfolgsrechnung der Schuldnerin des Jahres 2015 erwirtschaftete sie im Jahr 2015 einen Betriebsertrag in der Höhe von Fr. 275'092.28. Diesem Ertrag stand indes unter Berücksichtigung des Finanzerfolgs, des Erfolgs aus Nebenbetrieben und des ausserordentlichen Erfolgs ein Betriebsaufwand von total Fr. 436'246.06 (vor Steuern) gegenüber. Nach Steuern resultierte bei der Schuldnerin im Jahr 2015 deshalb ein Verlust von Fr. 161'188.08 (act. 13/4 S. 4 ff.). Per Bilanzstichtag 31. Dezember 2015 verfügte die Schuldnerin sodann nur noch über liquide Mittel und Wertschriften im Umfang von Fr. 1'174.13 und dem Fremdkapital in der Höhe von gesamthaft Fr. 178'420.06 standen noch Aktiven in der Höhe von Fr. 34'118.52 gegenüber (act. 13/4 S. 1 f.). Damit war die Schuldnerin bereits damals überschuldet.

Die Erfolgsrechnung der Schuldnerin des Jahres 2016 weist einen leicht tieferen Betriebsertrag von Fr. 250'319.27 aus, der unter Berücksichtigung des Finanzerfolgs, des Erfolgs aus Nebenbetrieben und des ausserordentlichen Erfolgs einem Betriebsaufwand von total Fr. 386'817.38 (vor Steuern) gegenüberstand. Insgesamt resultierte im Jahr 2016 bei der Schuldnerin ein Verlust in der Höhe von Fr. 136'498.11 (act. 13/5, S. 4 ff.). Per Bilanzstichtag 31. Dezember 2016 verfügte die Schuldnerin über keine liquiden Mittel und Wertschriften mehr bzw. wies stattdessen Schulden in der Höhe von Fr. 67'779.75 aus (act. 13/5 S. 1 f.). Dem Fremdkapital in der Höhe von gesamthaft Fr. 240'451.45 standen Aktiven bzw. Schulden in der Höhe von Fr. - 40'348.20 gegenüber (act. 13/4 S. 1 f.). Die Überschuldung der Schuldnerin hat sich im Jahr 2016 demnach noch weiter ausgeprägt.

7. Für das das Jahr 2017 hat die Schuldnerin keine Buchhaltungsunterlagen eingereicht. Die aktuellen Geschäftszahlen sind daher nicht bekannt. Zudem fehlen Belege über die aktuellen liquiden Mittel der Schuldnerin. Dies, obwohl die Schuldnerin mit Verfügung vom 22. Dezember 2017 explizit darauf hingewiesen wurde, dass sie zur Beurteilung ihrer Zahlungsfähigkeit Belege über ihre aktuellen Einnahmen und Ausgaben sowie Unterlagen über die bei ihr vorhandenen liquiden Mittel einzureichen habe (act. 9, E. 5). Da die Schuldnerin aber ausgeführt hat, dass seit ca. einem Jahr (d.h. etwa seit Beginn des Jahres 2017) am Gebäude, in welchem sich der Restaurantbetrieb befindet, Renovationsarbeiten durchgeführt worden seien, was sich einschränkend auf den Betrieb des Restaurants ausgewirkt habe, muss davon ausgegangen werden, dass sich die Geschäftszahlen der Schuldnerin im Jahr 2017 noch weiter verschlechtert haben. Nachdem die Schuldnerin bereits in den Jahren 2015 und 2016 hohe Verluste erwirtschaftet hat und sich der Betrieb des Restaurants somit selbst bei fehlender Beeinträchtigung durch bauliche Massnahmen am Gebäude als nicht rentabel erwiesen hat, ist zukünftig nicht – wie von der Schuldnerin optimistisch angenommen – mit deutlich mehr Umsatz zu rechnen, nur weil die Bauarbeiten am Gebäude nun offensichtlich beendet wurden. Es wären vielmehr bereits nach Vorliegen der Bilanz und der Erfolgsrechnung 2015, spätestens aber nach Kenntnis der Zahlen in der Bilanz und der Erfolgsrechnung 2016 griffige Sanierungsmassnahmen einzuleiten gewesen, um weiteren Verlusten vorzubeugen und die finanzielle Lage der Schuldnerin zu verbessern.

8. Unter den gegebenen Umständen ist nicht glaubhaft, dass die Schuldnerin die offenen Schulden in monatlichen Raten à Fr. 2'500.– an das Betreibungsamt wird abzahlen können. Hinzu kommt, dass Betreibungsforderungen über Fr. 8'658.35 infolge bereits erfolgter Konkursandrohungen möglichst umgehend durch die Schuldnerin getilgt werden müssten, wofür indes keine vorhandenen liquiden Mittel von der Schuldnerin nachgewiesen oder auch nur konkret behauptet wurden.

9. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass es der Schuldnerin nicht gelungen ist hinreichend darzutun, dass ihre Illiquidität bzw. ihre Zahlungsschwierigkeiten lediglich vorübergehender Natur sind. Es mangelt zudem insbesondere an einer Darstellung der aktuellen Vermögenslage der Schuldnerin und an entsprechenden Belegen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin kann insgesamt nicht als glaubhaft gemacht gelten. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG sind damit nicht erfüllt, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

10. Schliesslich ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N. 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

III.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen: Der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil sie im Beschwerdeverfahren nicht begrüsst wurde.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 12, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am:
9. Januar 2018