

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180050-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 13. April 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 21. März 2018 (EK180290)

Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Unternehmen bezweckt den Betrieb von Restaurants und Bars (vgl. act. 8).

1.2. Am 21. März 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin (vgl. act. 3 = act. 6 = act. 7/8). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 9. April 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2; zur Rechtzeitigkeit siehe act. 7/11). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 10. April 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (vgl. act. 10). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hatte (vgl. act. 5/5 und act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 37'084.25 nebst Zins zu 5% seit 15. August 2017 und Fr. 787.75 Verzugszins

vor der Betreuung sowie Betreuungskosten von Fr. 370.50 (vgl. act. 6). Am 19. Februar 2018 hat die Schuldnerin eine Teilzahlung von Fr. 34'186.20 geleistet. Davon wurden Fr. 34'015.25 der Gläubigerin abgeliefert (vgl. act. 5/4). Für den Restbetrag von Fr. 5'198.85 (inkl. Zinsen und Kosten) hat die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse Fr. 19'250.– zu Handen der Gläubigerin überwiesen (vgl. act. 5/5a und act. 13). Ferner hat sie beim Konkursamt Oerlikon-Zürich zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursamtes bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'000.– sichergestellt (vgl. act. 5/6). Damit ist der Konkursverhinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

2.3. Aus den eingereichten Abrechnungen des Betreibungsamtes geht hervor, dass die Schuldnerin am 19. Februar 2018 beim Betreibungsamt für offene Forderungen Fr. 61'400.– bezahlt hat (vgl. act. 5/4a-d). Damit wurden die Betreibungen Nr. 1 und Nr. 2 sowie Nr. 3 in vollem Umfang (vgl. act. 5/4b-d) und die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderungen (Fr. 37'084.25) im Umfang von Fr. 34'015.25 beglichen (vgl. act. 5/4a). Bezahlt ein von mehreren Gläubigern betriebener Schuldner an das Betreibungsamt mit der genauen Weisung, damit eine bestimmte Schuld tilgen zu wollen, so hat sich das Betreibungsamt an diesen Willen zu halten (vgl. BGer 7B.90/2006 E. 1, s. auch Art. 86 Abs. 1 OR). Ob die Schuldnerin solche Weisungen erteilt hat, ist nicht ersichtlich und muss daher offenbleiben. Jedenfalls wäre es (auf Verlangen der Schuldnerin) zulässig gewesen zuerst die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung zu tilgen (vgl. OGer ZH PS170266 vom 5. Dezember 2017). Diesfalls wäre die Forderung vor der Konkursöffnung bezahlt gewesen, was nach der Praxis der Kammer dazu geführt hätte, dass die Zahlungsfähigkeit nicht mehr zu prüfen ist (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79, OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014, OGer ZH PS150137 vom 20. August 2015).

2.4. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. 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. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus 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 (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). 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, dass die Behauptungen zutreffend sind, 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).

Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der eingereichte Auszug vom 23. März 2018 umfasst den Zeitraum vom 26. Februar 2015 bis 26. Februar 2018 (vgl. act. 12/1). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin insgesamt 27 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 120'650.40. Von diesen Beteiligungen ist die vorliegende Konkursöffnung nicht mehr zu berücksichtigen. Weitere 22 Beteiligungen sind durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt worden. Für die vier noch offenen Beteiligungen (Nrn. 4, 5, 6, 7) im Umfang von Fr. 12'998.25 hinterlegte die Schuldnerin Fr. 14'051.15 (= Fr. 19'250.00 ./ Fr. 5'198.85, vgl. E. 2.2. vorne) bei der Obergerichtskasse. Dies spricht für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin und ist ein Anhaltspunkt dafür, dass für den Fall der Aufhebung der Konkursöffnung insoweit keine in Beteiligung gesetzte Forderungen mehr bestehen bzw. die Schuldnerin in der Lage sein wird, diese Schulden zu begleichen (vgl. sogleich E. 2.5.).

Um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft darzulegen, reichte die Schuldnerin eine nicht unterzeichnete Bilanz und Erfolgsrechnung (vgl. act. 5/7+8) sowie zwei Kontoauszüge bzw. Bestätigungen über ihren Kontostand (vgl. act. 12/2+3) ein. Dazu führt die Schuldnerin nur aus, aufgrund der Erfolgsrechnung und der tatsächlichen finanziellen Lage sei die Weiterführung des Geschäftsbetriebes glaubhaft gemacht (vgl. act. 2 S. 4 Rz 3). Den Unterlagen lässt sich lediglich entnehmen, dass die Schuldnerin 2016 einen Gewinn von Fr. 5'496.– erzielte und der Kontostand per Konkurseröffnung keinen Negativsaldo aufwies, sondern Fr. 1'278.36 bzw. Fr. 3.14 betrug. Unterlagen, die über ihren Gewinn oder Verlust der letzten Jahre etwas aussagen würden, reicht die Schuldnerin keine ein. Sie führt auch nichts über den mutmasslichen Gewinn bzw. Verlust für das Jahr 2017 oder über den Geschäftsgang allgemein aus. Ferner fehlt eine unterzeichnete und durch Urkunden ausgewiesene aktuelle Debitoren- sowie Kreditorenliste.

Zu Gunsten der Schuldnerin ist jedoch der Umstand zu werten, dass sie offenbar in der Lage war bzw. sein wird (vgl. sogleich E. 2.5.), sämtliche in Betreuung gesetzten Forderungen zu begleichen. Es rechtfertigt sich daher gerade noch die Annahme, dass die Konkurseröffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Schuldnerin zurückzuführen ist. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, im heutigen Zeitpunkt noch von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Schuldnerin auszugehen. Dies führt zur Guttheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses. Sollte es zu einer erneuten Konkurseröffnung kommen, wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen.

2.5. Der bei der Obergerichtskasse zwecks Darlegung der Zahlungsfähigkeit im Hinblick auf die entsprechenden noch offenen Forderungen (vgl. E. 2.4. vorne) sichergestellte Betrag von Fr. 14'051.15 (= Fr. 19'250.00 ./ Fr. 5'198.85) ist der Schuldnerin herauszugeben (zwecks Tilgung der entsprechenden Positionen direkt bei den Gläubigern oder durch Zahlung an das Betreibungsamt; anders als im Fall der Hinterlegung der Konkursforderung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, wo die Hinterlegung "zuhanden der Gläubigerin" vorgesehen ist, hat in diesem Fall keine Auszahlung direkt an die Gläubiger zu erfolgen).

3.

Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. März 2018, 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 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag (Fr. 19'250.–) Fr. 5'198.85 an die Gläubigerin und den Rest an die Schuldnerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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. O. Canal

versandt am:
13. April 2018