

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170088-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 12. Mai 2017

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 4. April 2017 (EK170090)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Opfikon. Sie bezweckt im Wesentlichen die Herstellung, den Vertrieb und den An- und Verkauf von Möbeln und Einrichtungsgegenständen aller Art (act. 6).

2. Am 4. April 2017, 13:20 Uhr, eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach gestützt auf den Zahlungsbefehl vom 15. September 2016 und die Konkursandrohung vom 18. November 2016 in der Betreuung Nr. ... für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 244.25 nebst 5 % Zins seit 13. September 2016, Fr. 100.– Betreuungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 1.97 Verzugszins zu 5 % vor Betreuung sowie Fr. 88.60 Kosten für Zahlungsbefehl und Konkursandrohung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 7 = act. 8/8).

Dagegen erhob die Schuldnerin am 18. April 2017 rechtzeitig (vgl. act. 8/10) Beschwerde bei der Kammer, wobei sie die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 21. April 2017 wurde der Beschwerde der Schuldnerin die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert. Zudem wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und sie wurde darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne (act. 9). Mit Eingabe vom 26. April 2017 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzende Begründung zu ihrer Beschwerde sowie weitere Unterlagen ein (act. 11 und 12/14-29). Nachdem auch der einverlangte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde (act. 15), wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 28. April 2017 die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 13). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin ihre *Zahlungsfähigkeit glaubhaft* macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist.

2. Eine Beschwerde gegen einen Konkurs eröffnungsentscheid ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und *abschliessend* zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Dies bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit 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 (echte Noven). Nachfristen sind dagegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

2.1 Die Schuldnerin belegt, dass sie der Gläubigerin nach Konkurs eröffnung am 17. April 2017 Fr. 530.– und damit einen die Konkursforderung inklusive Zins und Kosten übersteigenden Betrag überwiesen hat (act. 5/11), wobei die Gläubigerin den Erhalt dieses Betrages am 18. April 2017 bestätigt hat (act. 5/12). Zudem belegt die Schuldnerin, dass sie beim Konkursamt Wallisellen zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 2'000.– sichergestellt hat (act. 5/13). Damit ist der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung bzw. Sicherstellung dargetan.

2.2 Da die Schuldnerin die der Konkurs eröffnung zugrundeliegende Forderung erst nach Konkurs eröffnung bezahlt hat, hat sie überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkurs eröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Daran ändert die von der Gläubigerin nach Konkurs eröffnung per Email abgegebene Erklärung, wonach sie auf die Durchführung des

Konkurses verzichte, nichts (act. 12/19), vermag diese Erklärung doch weder die Konkurseröffnung ungeschehen zu machen noch die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit im Beschwerdeverfahren zu ersetzen (BGer 5P.256/2002 vom 4. September 2002 = Pra 2003, S. 42 ff.; BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 26).

Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt substantiiertes Behaupten voraus; die Schuldnerin muss ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikte beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil nicht ausgeschlossen werden kann (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3 u.a. mit Hinweis auf BGE 132 III 715, E. 3.1; BGE 132 III 140 E. 4.1.2.). Wie die Schuldnerin zutreffend ausführt, können als Anhaltspunkte zur Untermauerung der Zahlungsfähigkeit etwa Zahlungsbelege, Belege über die dem Schuldner zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel (Bankguthaben, Kreditverträge, Erklärung der Bank, das schuldnerische Unternehmen weiterhin zu stützen), Debitorenliste, Auftragsbestätigungen, ein Auszug aus dem Betreibungsregister, eine aktuelle Jahresrechnung oder eine Zwischenbilanz dienen (act. 2 S. 6, Rz. 15 mit Verweis auf BSK SchKG II-GIROUD, Art. 174 N 26).

2.3.1 Aus dem vorgelegten Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Opfikon vom 26. April 2017 ergeben sich neben der Konkursforderung zwölf weitere Betreibungen, wobei in vier Fällen die Betreibungsforderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. Von den übrigen acht Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 11'918.60) wurde in zwei Fällen (Gesamtbetrag Fr. 1'139.30) die Konkursandrohung zugestellt, in einer Betreibung (Fr. 7'192.20) wurde Rechtsvorschlag erhoben und fünf Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 3'587.10) befinden sich noch im Einleitungsstadium (act. 12/20). Die Schuldnerin führt dazu aus, sie habe in der von der Sozialversicherungsanstalt des Kan-

tons Zürich angehobenen Betreibung über Fr. 7'192.20 Rechtsvorschlag erhoben, weil dieser Betrag auf "falschen Tatsachen" (gemeint wohl: falschen Annahmen) beruhe; die SVA habe eine ehemalige Mitarbeiterin von ihr mit einem zu hohen Arbeitspensum erfasst, was zu einer zu hohen Rechnung geführt habe (act. 11 S. 6, Rz. 15). Die übrigen ausstehenden Betreibungsforderungen könne sie aus ihrem Vermögen umgehend bezahlen (act. 11 S. 6, Rz. 16).

2.3.2 Zu ihrer Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin ferner zusammengefasst aus, sie erziele einen Jahresumsatz von Fr. 250'000.– pro Jahr (act. 2 S. 4, Rz. 7) und ihr Firmenvermögen habe per 17. April 2017 Fr. 54'733.40 betragen, davon Fr. 11'113.90 liquide Mittel und Fr. 43'708.86 Wertschriften (vgl. act. 2 S. 6, Rz. 16). Sodann seien ihrem Vermögen weitere Fr. 7'000.– zuzurechnen, welche ihr Geschäftsführer am 5. April 2017 vom Firmenkonto bei der ZKB bezogen habe, um die ausstehenden Forderungen zu begleichen. Nachdem er jedoch darüber aufgeklärt worden sei, dass er nicht mehr über Vermögenswerte verfügen dürfe, welche zur Konkursmasse gehören würden, habe er dies dann nicht getan (act. 11 S. 8, Rz. 21 f.). Weiter macht die Schuldnerin geltend, ihr würden keine nennenswerten regelmässigen Ausgaben anfallen. So beschäftige sie seit Mai 2016 keine Angestellten mehr, da ihre einzige Mitarbeiterin per diesem Datum aus der Firma ausgeschieden sei (act. 2 S. 4, Rz. 9; S. 6, Rz. 17). Zudem übe ihr Geschäftsführer, welcher das Unternehmen alleine und auf eigene Rechnung führe (act. 2 S. 4, Rz. 8), die Geschäftsführung neben seiner Hauptberufstätigkeit aus, mit welcher er ein jährliches Bruttoeinkommen von Fr. 119'000.– (bzw. neu Fr. 124'199.–) sowie einen jährlichen Bonus von Fr. 51'000.– erziele (act. 11 S. 3, Rz. 5). Für seine Tätigkeit als ihr Geschäftsführer habe er sich demgegenüber nie einen Lohn ausbezahlt, sondern er habe die Gewinne jeweils in Wertschriften investiert (act. 11 S. 11, Rz. 34). Ferner habe sie den Mietvertrag für den Showroom in Zürich im mündlichen Einverständnis mit dem Vermieter gekündigt (act. 11 S. 11, Rz. 34). Ausstehende Lieferantenschulden habe sie sodann keine, weil sie Möbel nur auf Mass und nur auf Bestellung mit Zahlung anfertige (act. 2 S. 4, Rz. 8). Ausserdem verfüge sie über einen offenen Auftrag über Fr. 4'000.– (20 x Fr. 200.–) sowie offene Debitoren von Fr. 3'836.– (Fr. 1'836.– + Fr. 2'000.–; vgl. act. 11 S. 10, Rz. 28 ff.). Schliesslich ergebe sich ihre Zahlungsfähigkeit aus

ihren Kontoauszügen für das Jahr 2016 bzw. den Monaten Januar bis April 2017 (act. 11 S. 9, Rz. 25).

2.3.3 Festzuhalten ist vorab, dass die Schuldnerin zur Glaubhaftmachung verschiedener Sachverhaltselemente die Parteiaussage ihres einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers anbietet (vgl. act. 2: S. 4 Rz. 7 f., S. 5 Rz. 10, S. 6 f. Rz. 17; act. 11: S. 3 f. Rz. 6 ff., S. 6 f. Rz. 16, S. 8 f. Rz. 21 f., S. 11 Rz. 34 f.). Dabei übersieht sie, dass – wie bereits vorstehend ausgeführt – eine Beschwerde gegen einen Konkursöffnungsentscheid innert der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen ist, weshalb insbesondere auch die Zahlungsfähigkeit innert dieser Frist glaubhaft zu machen ist. Vorliegend wurde das Urteil der Schuldnerin am 7. April 2017 eröffnet (vgl. act. 8/10), womit die 10-tägige Beschwerdefrist – unter Berücksichtigung der Osterbetriebsferien – am 27. April 2017 endete. Die Schuldnerin hat ihre ergänzte Beschwerdeschrift am 26. April 2017 und damit einen Tag vor Ablauf der Beschwerdefrist der Post übergeben; die Beschwerdeschrift ist zwei Tage später – und damit nach Ablauf der Frist – bei der Kammer eingegangen (vgl. act. 2 S. 1). Eine Ergänzung der Beweismittel zur Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist deshalb nicht mehr möglich, weshalb die Abnahme der als Beweis offerierten Parteiaussage von vornherein ausser Betracht fällt. Aus diesem Grund ist insbesondere der von der Schuldnerin behauptete Jahresumsatz von Fr. 250'000.– nicht glaubhaft dargetan, weil die Schuldnerin diesbezüglich einzig die Parteiaussage ihres einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers als Beweis offeriert (act. 2 S. 4, Rz. 7); im Übrigen legt die Schuldnerin in diesem Zusammenhang auch nicht dar, wie viel des von ihr behaupteten Jahresumsatzes als Gewinn übrig bleibt.

Insgesamt ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aber dennoch als wahrscheinlicher anzusehen als ihre Zahlungsunfähigkeit. So belegt sie zunächst die Höhe des von ihr auf Fr. 54'733.40 bezifferten Vermögens (vgl. act. 5/9-10). Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die von der SVA Zürich in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 7'192.20 entgegen den Ausführungen der Schuldnerin in dieser Höhe tatsächlich bestünde, überstiege das Vermögen der Schuldnerin die offenen Betriebsforderungen von Fr. 11'918.60 damit um fast

das Fünffache. Ob dem Vermögen der Schuldnerin weitere Mittel von insgesamt Fr. 7'000.– zuzurechnen sind, wie die Beschwerdeführerin wiederum unter Verweis auf die vorliegend nicht mehr zu berücksichtigende Parteiaussage ihres Geschäftsführers weiter geltend macht (vgl. act. 11 S. 8, Rz. 21), kann unter diesen Umständen offen gelassen werden. Vielmehr ist festzuhalten, dass bereits aufgrund der von der Schuldnerin dargelegten Vermögensverhältnisse davon auszugehen ist, dass die Schuldnerin in der Lage sein wird, die noch offenen Betreuungsforderungen innert nützlicher Frist zu tilgen.

Dies gilt umso mehr, als anhand der eingereichten Unterlagen ebenfalls glaubhaft dargetan ist, dass der Schuldnerin keine regelmässigen Personalausgaben entstehen, belegt sie doch, dass sie die Angestellte B._____ per 31. Mai 2016 bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG zufolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgemeldet hat (act. 12/17) und dass ihr Geschäftsführer mit seiner Hauptberufstätigkeit im Jahr 2016 ein Nettoeinkommen von Fr. 144'800.– erzielt hat (act. 12/16; vgl. auch act. 12/14-15 und 12/17). Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist irrelevant, welches Einkommen ihr Geschäftsführer mit einer anderen Tätigkeit erzielt. Die Schuldnerin behauptet, ihr Geschäftsführer habe sich nie einen Lohn ausbezahlt, sondern die Gewinne jeweils in Wertschriften investiert (act. 11 S. 11, Rz. 35). Die Höhe dieser behaupteten Gewinne geht daraus nicht hervor. Den von der Schuldnerin vorgelegten Kontoauszügen lässt sich immerhin entnehmen, dass im Jahr 2016 Gutschriften von Fr. 179'344.97 Belastungen von Fr. 186'242.56 (act. 12/24) und zwischen Januar und April 2017 Gutschriften von Fr. 54'809.05 Belastungen von Fr. 44'019.36 (act. 12/23) gegenüberstanden. Auch wenn die Schuldnerin keinerlei Ausführungen zu weiteren regelmässigen Ausgaben (Steuern, Administrativkosten, u.ä.) macht bzw. bezüglich der Kündigung des Mietvertrages wiederum auf die nicht mehr zu berücksichtigende Parteiaussage ihres einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers verweist (vgl. act. 11 S. 11, Rz. 34), ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin dennoch gerade knapp noch zu bejahen bzw. zumindest als wahrscheinlicher einzustufen als ihre Zahlungsunfähigkeit. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 4. April 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wallisellen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'600.– (Fr. 2'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– 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.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 11, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Wallisellen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Opfikon, 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 N. Seebacher

versandt am:
12. Mai 2017