

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170133-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

## Urteil vom 25. Juli 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 28. Juni 2017 (EK170832)

### **Erwägungen:**

#### **1.**

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 8. Dezember 2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie be-  
zweckt zusammengefasst die Führung eines Kioskbetriebs, Dienstleistungen im  
Bereich Gastronomie und den Handel mit Lebensmitteln und Waren aller Art  
(act. 6).

1.2 Mit Urteil vom 28. Juni 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksge-  
richts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubige-  
rin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 18'711.90 nebst 5 %  
Zins seit 13. Dezember 2016, abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 10'000.00 vom  
11. April 2017, zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 350.60, Mahnkosten von  
Fr. 50.00 und Verzugszinsen von Fr. 553.70 (act. 3 = act. 7).

1.3 Mit Eingabe vom 30. Juni 2017 erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen  
das Urteil vom 28. Juni 2017. Die Schuldnerin beantragte darin die Aufhebung  
des Konkurses. Mit weiterer Eingabe vom 30. Juni 2017 stellte die Schuldnerin  
das Gesuch, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen  
(act. 2, 5).

1.4 Mit Verfügung vom 3. Juli 2017 wies der Vorsitzende den Antrag auf Ertei-  
lung der aufschiebenden Wirkung einstweilen ab, setzte der Schuldnerin Frist an,  
um für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss zu bezahlen, und wies  
sie auf die Möglichkeit hin, die Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist  
zu ergänzen (act. 9).

1.5 Am 6. Juli 2017 reichte die Schuldnerin eine Beschwerdeergänzung mit wei-  
teren Beilagen zu den Akten (act. 11, 12/1-5). Nach weiteren Hinweisen auf die  
Anforderungen an die Aufhebung des Urteils über die Konkurseröffnung (act. 13  
f.) ging am 11. Juli 2017 eine Bestätigung des Konkursamts Oerlikon-Zürich über

die Sicherstellung der konkursamtlichen Kosten und derjenigen des erstinstanzlichen Konkursgerichts ein (act. 16 f.).

1.6 Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 gewährte der Vorsitzende der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (act. 18).

1.7 Der Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens wurde fristgerecht geleistet (act. 15). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-12). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

## 2.

### 2.1 Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG kann die Konkureröffnung mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, uneingeschränkt geltend gemacht werden. Zudem können im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG (*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) auch Noven geltend gemacht werden, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkureröffnung auf solche erst nach der Konkureröffnung eingetretene Tatsachen, so hat die Schuldnerin zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Die Beschwerde 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). Nachfristen sind nicht zu gewähren (vgl. BGE 136 III 294; OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./1.).

## 2.2 Konkursaufhebungsgrund:

Die Schuldnerin überwies am 7. April 2017 Fr. 10'000.00 an die Gläubigerin und tilgte den Restbetrag der Konkursforderung (inkl. Zinsen bis zur Konkurseröffnung und Kosten gemäss Konkursandrohung) mit zwei weiteren Zahlungen an die Gläubigerin von Fr. 3'500.00 und Fr. 6'567.00 vom 26. und 29. Juni 2017 (act. 4/1-3).

Zudem hat die Schuldnerin am 11. Juli 2017 die Kosten des Konkursamtes Oerlikon-Zürich unter Einschluss der erstinstanzlichen Spruchgebühr mit Bezahlung von Fr. 1'200.00 sichergestellt (act. 16 f.).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG (Tilgung/Hinterlegung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin.

## 2.3 Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

2.3.1 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der das Gericht davon überzeugen würde, dass die Sachdarstellung des Schuldners zutrefte, ist nicht nötig.

2.3.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reichte einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts Zürich 11 vom 6. Juli 2017 über die vergangenen 5 Jahre zu den Akten (act. 12/3). Dieser weist neben der getilgten Konkursforderung 5 weitere Beteiligungen über einen Totalbetrag von Fr. 6'656.05 aus, welche die Schuldnerin mit Zahlung an das Konkursamt erledigt hat. Dazu kommt eine weitere Beteiligung über Fr. 2'739.00, welche die Schuldnerin mittels Rechtsvorschlages stoppte, worauf die Gläubigerin der ent-

sprechenden Betreuung ihren Anspruch (so die Schuldnerin, act. 11 S. 3) nicht weiter verfolgte.

2.3.3 Die Schuldnerin weist weiter mit Einreichung eines Kontoauszugs der Zürcher Kantonalbank über ihr Geschäftskonto per 30. Juni 2017 ein Guthaben von Fr. 2'124.26 nach (act.12/4).

2.3.4 Zu ihrem Geschäftsgang erklärt die Schuldnerin, sie betreibe einen Gastronomiebetrieb, kaufe die von Gästen konsumierten Waren mit Bargeld und verkaufe diese Waren entweder gegen Bar- oder gegen Kreditkartenbezahlung. Daher habe sie keine Debitoren oder Kreditoren (act. 11 S. 3).

2.3.5 Gemäss ihrer Erfolgsrechnung für das Jahr 2016 erzielte die Schuldnerin einen Gewinn von Fr. 36'659.30. In der Bilanz der Schuldnerin für das Jahr 2016 stehen dem Fremdkapital (kurzfristige Verbindlichkeiten) von Fr. 38'162.00 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 38'930.80 gegenüber (wobei allerdings bei der Position "B. \_\_\_\_\_ Geld-Transferkonto" nicht klar ist, worum es sich handelt; vgl. act. 12/5).

2.3.6 Weitere Unterlagen über ihre Geschäftstätigkeit hat die Schuldnerin nicht eingereicht, obwohl sie auf die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit hingewiesen wurde (act. 9). Dass keinerlei Debitoren und Kreditoren bestehen, ist nicht anzunehmen, zumal es wie gesehen doch zu einigen Betreibungen kam (act. 12/3).

Eine umfassende Einschätzung der finanziellen Lage der Schuldnerin ist auf dieser Basis kaum möglich. Immerhin sind auf dem Geschäftskonto der Schuldnerin (act. 12/4) verschiedene Gutschriften ersichtlich, und bei einem Kioskbetrieb ist nachvollziehbar, dass zumindest ein sehr grosser Teil der Geschäfte gegen Barzahlung erfolgt.

Angesichts des soeben zum Betreibungsregisterauszug und zum Geschäftsbetrieb Gesagten kann zu Gunsten der Schuldnerin angenommen werden, dass die Konkursöffnung nicht Folge einer dauernden Illiquidität war. Die Schuldnerin erscheint vor diesem Hintergrund nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid. Ihre Zahlungsfähigkeit ist insgesamt wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit.

2.4 Die Schuldnerin hat nach dem Gesagten innert der Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Tilgung/Hinterlegung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über die Schuldnerin am 28. Juni 2017 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

### **3.**

3.1 Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Schuldnerin hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

3.2 Das Konkursamt Oerlikon-Zürich ist anzuweisen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'200.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

3.3 Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 28. Juni 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Barvorschuss verrechnet.

4. Die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts (bereits aus dem von der Gläubigerin geleisteten Vorschuss bezogen) und des Konkursamtes werden ebenfalls der Beschwerdeführerin auferlegt.
5. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'200.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts 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, und an die Obergerichtskasse.
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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: