

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170142-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach so-  
wie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 26. Juli 2017

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 Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. Juni 2017 (EK170183)

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in ..., welche in erster Linie die Führung von Lebensmittelgeschäften sowie die Herstellung, den Import und Export von Lebensmitteln bezweckt (act. 6).

2.1 Mit Urteil vom 28. Juni 2017, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon gestützt auf den Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung des Betreibungsamtes Schlieren/Urduf für nachstehende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 7 [= act. 4 = act. 8/6]):

CHF	10'385.75	nebst Zins zu 5 % seit 14.12.2016
CHF		abzüglich Teilzahlungen von CHF 5'265.60
CHF	100.00	Betreibungskosten
CHF	50.00	Mahnkosten
CHF	206.60	Betreibungskosten

2. Mit Eingabe vom 7. Juli 2017 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 8/7) Beschwerde gegen das Konkurserkennntnis, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Gewährung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 10. Juli 2017 wurde der Beschwerde in der Folge die aufschiebende Wirkung zuerkannt und von der Schuldnerin ein Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren verlangt (act. 9). Dieser wurde fristgerecht (vgl. act. 10/1) geleistet (act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-7). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das 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 kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin belegt mittels Quittung des Konkursamtes Schlieren vom 30. Juni 2017, dass sie beim Konkursamt Fr. 6'000.– und damit einen die Restforderung der Gläubigerin inkl. Zinsen und Kosten übersteigenden Betrag zuhanden der Gläubigerin hinterlegt hat (act. 5/5). Im Weiteren hat die Schuldnerin am 29. Juni 2017 beim Konkursamt zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 5/6). Schliesslich hat die Schuldnerin am 11. Juli 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 11). Der Konkurs hinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkureröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit 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 strikt bewei-

sen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A\_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist die Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindrucks (BGer 5A\_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Im aktuellsten Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Schlieren/Urdorf vom 4. Juli 2017 ist einzig die der Konkursöffnung zugrunde liegende Betreibungsforderung der Konkursgläubigerin verzeichnet (act. 5/9). Einem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister desselben Betreibungsamtes vom 29. Juni 2017 konnten neben der Konkursforderung noch 14 weitere Betreibungen – davon 7 bezahlt ans Betreibungsamt – entnommen werden (act. 5/10). Doch belegt die Schuldnerin, dass sie diese offenen Betreibungen zwischen dem 29. und dem 30. Juni 2017 allesamt bezahlt hat (vgl. act. 5/7-8), wobei sie vorbringt, diese Zahlungen hätten durch private Einlagen der Gesellschafter finanziert werden können. Da die Gläubiger ihre jeweilige Betreibung nach Bezahlung der Forderung haben löschen lassen (vgl. act. 2 S. 3, Rz. 4 und S. 5, Rz. 13.5) und die Schuldnerin die Hinterlegung der Konkursforderung im vorliegenden Beschwerdeverfahren urkundlich belegt hat (vgl. vorstehend

Ziff. II.2.1), ist festzuhalten, dass die Schuldnerin über keine offenen Betriebsforderungen mehr verfügt.

2.4 Zu ihrer Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin zunächst aus, ihr provisorischer Abschluss für das Jahr 2016 weise einen Gewinn von Fr. 32'598.99 aus. Im Mai 2017 habe sich ihr Umsatz auf Fr. 58'025.45 und im Juni 2017 auf Fr. 68'139.67 belaufen. Auch in den Tagen vom 1. bis 4. Juli 2017 habe sie einen Umsatz von Fr. 8'717.65 erzielt (act. 2 S. 6, Rz. 14.3 ff.).

Sodann führt die Schuldnerin zu ihren Ausgaben aus, sie habe ihren Personalbestand per 2017 deutlich reduziert. Derzeit verfüge sie inkl. Geschäftsführer über 5 Angestellte, deren Nettolöhne im Juni 2017 insgesamt Fr. 15'786.60 betragen hätten (act. 2 S. 6, Rz. 14.6 f.). Hinzu kämen monatliche Mietkosten von Fr. 7'379.85 (Fr. 3'774.15 Bar + Fr. 3'605.70 Tageskaffee und Lager; act. 2 S. 6, Rz. 14.7). Für den Einkauf von Essen und Getränken kalkuliere sie Fr. 12'000.– pro Monat, wobei diese Zahl annäherungsweise mit den im provisorischen Abschluss 2016 ausgewiesenen Wareneinkäufen von Fr. 9'543.– pro Monat korrespondiere (act. 2 S. 6, Rz. 14.8).

Demnach stünden dem im Juni 2017 erzielten Umsatz in der Höhe von Fr. 68'139.– fixe Ausgaben in der Höhe von Fr. 35'165.– (Fr. 15'786.– Löhne + Fr. 7'379.– Miete + Fr. 12'000.– Wareneinkauf) gegenüber. Gemäss dieser Überschlagsrechnung verbleibe ihr am Ende des Jahres ein Überschuss von Fr. 32'974.–. Natürlich – so die Schuldnerin weiter – seien von diesem für den Monat Juni kalkulierten Überschuss weitere Verbindlichkeiten (Versicherungen, Elektrizität, Marketing, Beratungshonorare, etc.) in Abzug zu bringen, doch verdeutliche der Blick auf die Vorjahresrechnung, dass sie gewinnbringend operiere (act. 2 S. 7, Rz. 14.9 ff.). Dementsprechend sei ihre Zahlungsfähigkeit zu bejahen (act. 2 S. 7, Rz. 15).

2.5 Vorab festzuhalten ist, dass unklar bleibt, wie die von den Gesellschaftern zur Finanzierung der Schuldentilgung vorgenommenen "privaten Einlagen" zu qualifizieren sind. Indes ist aufgrund dessen, dass gemäss Handelsregisterauszug keine Erhöhung des Stammkapitals vorgenommen wurde (vgl. act. 6), davon

auszugehen, dass es sich bei den zur Finanzierung der Schuldentilgung vorgenommenen Einlagen der Gesellschafter um auf dem Konto "Gesellschafter KK" zu verbuchende Zahlungen und damit um eine Erhöhung des Fremdkapitals der Schuldnerin handelt. Dennoch erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aufgrund der Ausführungen der Schuldnerin sowie den von ihr eingereichten Unterlagen hinreichend dargetan. So ist aufgrund der eingereichten Bilanz glaubhaft, dass die Schuldnerin im Geschäftsjahr 2016 einen Gewinn von Fr. 32'598.99 erzielt hat (act. 5/11). Glaubhaft dargetan ist zudem aufgrund der vorzitierten Ausführungen der Schuldnerin sowie den dazu eingereichten Belegen (act. 5/11-15), dass die Einnahmen der Schuldnerin auch im laufenden Geschäftsjahr deren Ausgaben übersteigen. Insbesondere ist glaubhaft, dass die Schuldnerin mit dem von ihr geltend gemachten und in dieser Höhe für die Monate Mai und Juni 2017 belegten Umsatz (act. 5/12-13) neben den belegten Ausgaben für Miete und Löhne (vgl. act. 5/14-15) sowie den glaubhaft erscheinenden Ausgaben für Wareneinkäufe auch noch die weiteren, üblicherweise anfallenden Kosten (u.a. Versicherungen, Unterhaltskosten, Verwaltungskosten, Steuern) decken kann. Da die Schuldnerin sodann urkundlich nachgewiesen hat, dass sie über keinerlei offene Betreuungsschulden verfügt (vgl. vorstehend Ziff. II.2.3), welche es neben den laufenden Kosten abzuführen gälte, ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin hinreichend glaubhaft. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

### III.

#### Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. 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 Dietikon vom 28. Juni 2017 (Geschäfts-Nr. EK170183-M), 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Schlieren 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 der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, den bei ihm hinterlegten Betrag von Fr. 6'000.– zur Tilgung der Konkursforderung (Betreibung-Nr. ...) dem Betreibungsamt Schlieren/Urdorf zu überweisen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdorf, 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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
28. Juli 2017