

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170156-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 28. Juli 2017

in Sachen

A._____ AG,

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 5. Juli 2017 (EK170917)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil vom 5. Juli 2017, 10.00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/7 = act. 3):

CHF	2'962.40	nebst Zins zu 5 % seit 16.03.2017 abzüglich TZ CHF 3'012.40 am 03.07.2017
CHF	100.00	Betreibungskosten
CHF	50.00	Mahnkosten
CHF	70.06	5 % Verzugszins vor Betreuung
CHF	146.60	Betreibungskosten

1.2. Mit Beschwerde vom 21. Juli 2017 (Datum Poststempel) beantragt die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/9). Der vorinstanzliche Entscheid war der Schuldnerin am 11. Juli 2017 zugestellt worden (act. 8/9). Unter Berücksichtigung der Betreibungsferien läuft die Beschwerdefrist bis am 4. August 2017 (Art. 56 Ziff. 2 SchKG i.V.m. Art. 63 SchKG). Darauf sowie auf die Anforderungen an eine Beschwerde gegen die Konkursöffnung, welche innert laufender Rechtsmittelfrist noch ergänzt werden könne, wurde die Schuldnerin mit Verfügung der Kammer vom 24. Juli 2017 hingewiesen. Weiter wurde festgehalten, dass der Beschwerde (noch) keine aufschiebende Wirkung gewährt werden könne. Sodann wurde der Schuldnerin eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Am 26. Juli 2017 (Datum Poststempel) machte die Schuldnerin eine weitere Eingabe. Dieser legte sie einen Beleg über die gleichentags vorgenommene Zahlung des vom Obergericht erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 sowie eine Quittung betreffend die Sicherstellung von Fr. 1'800.00 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich bei (act. 11 und act. 12/3-4).

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-9). Das Verfahren ist spruchreif, wobei das Gesuch der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dem heutigen Entscheid obsolet wird.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. Neue Behauptungen und Urkundenbelege über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). 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 Schuldnerin belegt mittels Belastungsanzeige des Kontos bei der Credit Suisse, den Restbetrag der Konkursforderung samt Zinsen, Mahn- sowie Betreibungskosten mit Valutadatum vom 20. Juli 2017 an die Gläubigerin bezahlt zu haben (act. 5/9/3). Die Schuldnerin hat sodann die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des Konkursamtes für die Zeit von der Konkursöffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren hinterlegt und für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 12/3-4). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachzuweisen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, 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 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 (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). 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).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 7. Juli 2017 weist insgesamt 17 zwischen dem 2. April 2015 und dem 13. Juni 2017 eingeleitete Betreibungen aus (act. 5/8). Davon wurden 8 Betreibungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt. Neben der Betreibung der nun getilgten Konkursforderung weist der Betreibungsregisterauszug damit noch 8 offene Betreibungen aus. Im Beschwerdeverfahren belegt die Schuldnerin, die den Betreibungen Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5 und Nr. 6 zugrunde liegenden Forderungen bezahlt zu haben (act. 5/9/1-2 und act. 5/9/4-7). Bei der Betreibung Nr. 7 über eine Forderung von Fr. 14'314.00 ist als Stand "Betreibung eingeleitet" angegeben und bei der Betreibung Nr. 8 über Fr. 28'154.65 wurde der Konkurs angedroht. Anhand des vermerkten Betreibungsbeginns im November bzw. Dezember 2015 ist davon auszugehen, dass diese Betreibungen nicht weiterverfolgt wurden bzw. die Fristen nach Art. 88 und Art. 166 SchKG verstrichen sind. Damit liegen keine offenen Betreibungen mehr vor.

2.3.3. Die Schuldnerin ist seit dem 7. Dezember 2001 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die Führung

und den Betrieb eines Treuhandbüros (act. 6). Sie erklärt, ihr Geschäftsführer und einziger Angestellter habe sich infolge eines Unfalls sowie gesundheitlicher Probleme, welche zum Spitalaufenthalt vom 4. bis 7. Juli 2017 geführt hätten, nur schleppend um die Zahlungsverpflichtungen kümmern können. Dennoch sei der Geschäftsführer gewillt, sämtliche Schulden zu begleichen. Dies zeige sich insbesondere darin, dass die Forderung der Konkursgläubigerin noch vor der Konkursöffnung in der Höhe von Fr. 3'012.40 bezahlt worden sei. Die Betreuungsschulden sowie auch die übrigen nicht betriebenen Rechnungen seien nun allesamt beglichen. Auf dem Geschäftskonto bei der UBS AG würden sich per 11. Juli 2017 Fr. 3'640.97 befinden, es bestünden offene Debitoren von Fr. 23'877.40 und die noch nicht in Rechnung gestellten, aber angefangenen Arbeiten würden sich auf Fr. 2'282.50 belaufen. Die Schuldnerin macht geltend, vor diesem Hintergrund zahlungsfähig zu sein (act. 2 S. 3 f.).

2.3.4. Die Schuldnerin reicht keine Belege, wie etwa einen Zwischenabschluss sowie Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Zu beachten ist jedoch, dass sie in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um am 19./20. Juli 2017 Forderungen (inkl. der Konkursforderung) von insgesamt Fr. 19'695.25 zu begleichen, beim Konkursamt Fr. 1'800.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen (vgl. act. 5/9/1-10 und act. 12/3-4). Aus der von der Schuldnerin aufgestellten Debitorenliste per 19. Juli 2017 geht ein offener Forderungsbetrag von Fr. 23'877.40 hervor. Auch wenn gewisse Forderungen noch aus den Jahren 2015/16 stammen, in einem Fall die Einleitung der Betreuung angedroht wurde (act. 5/11/1), so sind doch Forderungen im Umfang von Fr. 8'748.00 neueren Datums (act. 5/11/1). Das behauptete Kontoguthaben von Fr. 3'640.97 ist belegt (act. 5/7). Vor diesem Hintergrund bestehen genügende objektive Anhaltspunkte für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich aufgrund alledem als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht die Möglichkeit nicht ausschliesst, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im

Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Das gilt jedenfalls bei erstmaligen Konkursöffnungen, denen die Begleichung der Konkursforderungen auf dem Fuss folgt.

3. Ausgangsgemäss wird die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juli 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.00 (Fr. 1'800.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt

Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
2. August 2017