

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170206-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 22. September 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 Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 31. August 2017 (EK170281)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2008 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie insbesondere den Import und Export von Waren aller Art im Bereich antike Möbel (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 31. August 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 2'659.75 nebst 5 % Zins seit 16. März 2017, Fr. 44.50 Verzugszins vor Betreuung, Fr. 50.00 Mahnkosten und Fr. 355.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/6). Der Schuldnerin wurde dieser Entscheid am tt.mm.2017 durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich mitgeteilt (act. 8/8/5).

1.3. Mit Eingabe vom 11. September 2017 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihr mit Verfügung vom 12. September 2017 vorerst verweigert (act. 9), nach dem fristgemässen Eingang weiterer Unterlagen (vgl. insbesondere act. 16, 17 und 18/9-13) jedoch mit Verfügung vom 20. September 2017 gewährt wurde (act. 19).

1.4. Da die Schuldnerin bereits am 11. September 2017 Fr. 750.00 an die Obergerichtskasse überwiesen hatte (vgl. act. 5/6), konnte von einer Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses abgesehen werden.

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-8/1-5). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des

Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

2.2. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3.

3.1. Der Konkursöffnung liegt eine Forderung von Fr. 3'171.05 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 2'659.75 vom 16. März 2017 bis 31. August 2017 sowie Fr. 44.50 Verzugszins vor Betreuung, Fr. 50.00 Mahnkosten und Fr. 355.60 Betreuungskosten) zu Grunde (act. 3). Die Schuldnerin belegt, die Forderung der Gläubigerin inkl. Zinsen und Kosten, d.h. Fr. 3'171.05 am 14. September 2017 bei der Obergerichtskasse einbezahlt zu haben (act. 16). Damit hat die Schuldnerin die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Regensdorf) einschliesslich Zinsen und Kosten hinterlegt. Sodann liegt eine Bestätigung des Konkursamtes Höngg-Zürich vom 13. September 2017 vor, wonach die Schuldnerin beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 4'000.00 sichergestellt hat (vgl. act. 5/5 und act. 11 f.). Ebenso hat die Schuldnerin, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 5/6, oben E. 1.4). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) wurde damit innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.2. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, welcher beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner hingegen noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Schuldners im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

3.3. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er 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 der Schuldner 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).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Aus dem von

der Schuldnerin eingereichten Auszug ergibt sich, dass diese lediglich von der Gläubigerin drei Mal betrieben wurde; zwei dieser Betreibungen wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt. Offen war somit lediglich die Forderung in der Höhe von Fr. 2'854.25, welche zur vorliegenden Konkursöffnung führte. Da diese Forderung mittlerweile durch Hinterlegung bei der Obergerichtskasse sichergestellt ist, sind keine offenen Betreibungen mehr zu verzeichnen. Die Schuldnerin hat daher, soweit ersichtlich, keine Schulden mehr, was für ihre Zahlungsfähigkeit spricht.

Die Schuldnerin merkt in ihrer Eingabe vom 18. September 2017 im Übrigen an, die Forderung, welche zur Konkursöffnung geführt habe, sei zu Unrecht in Rechnung gestellt worden: Bereits Ende 2015 habe ihre Treuhänderin die Geschäftsführer bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG abgemeldet, da diese aus der Schweiz ausgewandert und nach Ungarn gezogen seien. Sie werde daher wohl noch eine Rückerstattung von zu viel bezahlten BVG Beiträgen erhalten (vgl. act. 17 S. 2 f.). Die Frage, ob die Forderung zu Recht oder nicht bestand, ist für das vorliegende Verfahren nicht (mehr) relevant. Die Schuldnerin ist aber in diesem Zusammenhang an den Hinweis ihres Vertreters zu erinnern (vgl. act. 2 S. 6), dass sie nicht nur postalisch in der Schweiz erreichbar, sondern auch durch eine Person (Geschäftsführer oder Direktor) vertreten werden können muss, welche Wohnsitz in der Schweiz hat (vgl. Art. 814 Abs. 3 OR). Andernfalls liegt ein Organisationsmangel mit entsprechenden Rechtsfolgen vor (vgl. Art. 819 i.V.m. Art. 731b OR).

3.5. Aus den weiteren eingereichten Unterlagen der Schuldnerin folgt sodann im Wesentlichen, dass ihr Geschäftskonto per 11. September 2017 einen Kontostand von rund Fr. 2'770.00 auswies (act. 18/10) und sie im Jahr 2016 einen kleinen Gewinn von Fr. 1'935.67, im Jahr 2015 hingegen noch einen Verlust von Fr. 14'840.76 verbuchte (vgl. act. 18/12). Basierend auf einem Zwischenabschluss per Mitte September 2017 geht die Schuldnerin davon aus, im laufenden Geschäftsjahr einen Gewinn von knapp Fr. 1'360.00 zu verzeichnen (act. 18/13).

3.6. Gestützt auf die eingereichten Unterlagen und insbesondere basierend auf dem Umstand, dass aktuell keine Schulden mehr zu bestehen scheinen und die

Schuldnerin aktuell keine Verluste zu schreiben scheint, erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit. Denn kann die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der am 31. August 2017 über die Schuldnerin eröffnete Konkurs aufzuheben ist.

4.

Die Schuldnerin hat trotz der Gutheissung ihrer Beschwerde die Kosten beider Instanzen zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

#### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 31. August 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. 200.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 5'600.00 (Fr. 4'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin den nach Abzug seiner Kosten verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr einbezahlten Betrag von Fr. 3'171.05 der Gläubigerin auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Höngg-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Regensdorf, 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. Menghini-Griessen

versandt am:  
22. September 2017