

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS170212-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 22. September 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 6. September 2017 (EK171310)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) vom 6. September 2017, 10.00 Uhr, wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/6 = act. 3 S. 1).

CHF	31'606.90	nebst Zins zu 5 % seit 16.03.2017
CHF	100.00	Betreibungskosten
CHF	50.00	Mahnkosten
CHF	820.30	5 % Verzugszins vor Betreuung
CHF	251.20	Betreibungskosten

1.2. Mit Beschwerde vom 18. September 2017 (Datum Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 19. September 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.00 bereits vorgeschossen hatte (act. 5/17). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise 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, am 18. September 2017 Fr. 33'581.75 und damit die Konkursforderung samt Zinsen, Mahn- und Betreuungskosten bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (act. 5/3). Mit Zahlung vom selben Datum hat die Schuldnerin zudem auch den Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren geleistet (act. 5/17). Im Weiteren hat die Beschwerdeführerin mit Zahlung vom 8. September 2017 beim Konkursamt Wiedikon-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 1'800.00 sichergestellt (act. 5/4.1). Damit gelingt es der Schuldnerin, den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen.

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

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 8. September 2017 weist insgesamt 19 zwischen dem 23. Februar

2015 und dem 5. September 2017 eingeleitete Betreibungen aus (act. 5/2). Davon wurden 12 Betreibungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt. Neben der nun beglichenen Konkursforderung der Gläubigerin weist der Betreibungsregisterauszug damit noch 6 offene Betreibungen aus. Im Beschwerdeverfahren belegt die Schuldnerin, die den Betreibungen Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 zugrunde liegenden Forderungen samt Zinsen und Kosten am 18. September 2017 beim Betreibungsamt beglichen zu haben (act. 5/6.1-4). Die Schuldnerin macht geltend, mit Zahlung an die Gläubigerin vom 6. Juli 2017 auch die Forderung aus der Betreibung Nr. 5 über Fr. 7'700.00 getilgt zu haben (act. 2 S. 4). Gemäss Betreibungsregisterauszug beläuft sich die genannte Betreibungsforderung auf den von der Schuldnerin genannten Betrag, die eingereichte Zahlungsquittung weist jedoch nur eine Zahlung über Fr. 7'077.05 aus (act. 5/5). Mangels Erklärungen der Schuldnerin dazu, ist davon auszugehen, dass die Betreibung mit der Nr. 5 damit noch im Umfang von Fr. 622.95 offen ist. Die Schuldnerin führt zur Forderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung über Fr. 12'000.00 (Betreibung-Nr. 6) aus, dass dieser eine überhöhte Ermessenseinschätzung zugrunde liege. Sie werde sich schnellstmöglich mit der Steuerbehörde in Kontakt setzen, damit diese die tatsächliche Steuerbelastung berechnen könne, welche um einiges tiefer liege. Die Schuldnerin macht geltend, bereits für die vorausgegangene Steuerperiode so vorgegangen zu sein und sämtliche Ausstände zeitnah beglichen zu haben (act. 2 S. 4). Dass die Schuldnerin Mehrwertsteuerausstände, über welche sie betrieben wurde, bereits früher vollständig beglichen hat, macht sie durch Vorlage eines Schreibens der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 26. Juli 2017 glaubhaft (act. 5/8). Im von der Schuldnerin eingereichten E-Mail der Eidgenössischen Steuerverwaltung ist sodann festgehalten, dass diese bei Nachreichung der fehlenden Abrechnungen eine entsprechende Korrektur ihrer Ermessenseinschätzung vornehmen werde (act. 5/7). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Betreibung Nr. 5 über Fr. 12'000.00 derzeit noch offen ist. Die Schuldnerin liefert keine Anhaltspunkte, auf welchen Betrag sich die Betreibungsforderung reduzieren wird.

Es ist dementsprechend noch von zwei offenen Betriebsforderungen auszugehen, wovon bei einer noch ein Betrag von rund Fr. 620.00 und bei der anderen ein solcher von Fr. 12'000.00 offen ist.

2.3.3. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.1979 mit folgendem Zweck im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen: Handel mit Immobilien, Import und Export, Führen von Restaurantbetrieben, Beteiligungen und Lizenzen sowie Handel mit Waren aller Art (act. 6). Sie führt aus, ihre Schuldsituation sei mit der Hinterlegung der Konkursforderung und der Bezahlung weiterer Betriebsforderungen grösstenteils bereinigt. Ihre Zahlungsfähigkeit könne in Anbetracht dessen sowie den vorhandenen Mitteln ohne Weiteres bejaht werden. Auf der Aktivseite erwarte sie eine Zahlung von Fr. 35'000.00 aus dem Kioskverkauf an die B._____ GmbH. Sie verfüge über namhafte Mieterkautionsguthaben aus drei aufgelösten Mietverhältnissen. Ihre Konten bei der UBS AG würden zwar kaum mehr Guthaben aufweisen, bei der PostFinance würden sich aber noch Fr. 9'521.00 befinden und sie besitze zudem einen Lieferwagen Renault Trafic dCi115 mit einem Wert von rund Fr. 6'000.00. Die Schuldnerin erklärt, ihre Aktivitäten im Zuge einer Neuausrichtung grösstenteils heruntergefahren zu haben. Damit werde sie in naher Zukunft zwar kaum grosse Einnahmen generieren, jedoch würden sich ihre Auslagen dadurch in Grenzen halten (act. 2 S. 5).

2.3.4. Die Schuldnerin reicht keine Belege, wie etwa Debitoren- und Kreditorenlisten, einen Zwischenabschluss sowie Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein, was für eine im Handelsregister eingetragene, nach kaufmännischen Grundsätzen zu führende Gesellschaft Bedenken erweckt und die Liquiditätsprüfung erschwert. Zu beachten ist jedoch, dass die Schuldnerin in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten über fast Fr. 34'000.00 zu begleichen, beim Konkursamt Fr. 1'800.00 zu hinterlegen, die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschüssen und weitere Betriebsforderungen zu tilgen (vgl. act. 5/3-6). Mit Einreichung des Vertrages über den Verkauf eines Kiosks und die Bestätigung des einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafters der Käuferin, ist glaubhaft, dass der Schuldnerin Fr. 35'000.00 zu-

stehen und die Käuferin die Zahlung nächstens vornehmen möchte (act. 5/9-11). Ebenfalls belegt ist der behauptete Mittelzufluss aus der Freigabe von Mieterkaufungen und ein Guthaben auf den Firmenkonten über rund Fr. 10'400.00 (act. 5/12-14, act. 5/16). Es ist als glaubhaft zu erachten, dass es der Schuldnerin möglich sein wird, mit diesen Guthaben bzw. erwarteten Mittelzuflüssen die beiden noch offenen Betreibungen zu begleichen. Unbeschadet dessen, dass über weitere laufende Einkünfte sowie Verbindlichkeiten (wie z.B. Miete, Löhne) der Schuldnerin nichts weiter bekannt ist, ist zu ihren Gunsten davon auszugehen, dass sie ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen künftig wird befriedigen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG anzusehen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine 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.), zumindest dann, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. September 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 auszuführen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 33'581.75 an die Gläubigerin ausbezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie an die Obergerichtskasse und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, 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:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
22. September 2017