

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160211-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 29. November 2016

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 27. Oktober 2016 (EK160377)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Am 27. Oktober 2016 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichtes Dielsdorf auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin vom 20. September 2016 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 5). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 2. November 2016 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt, die Konkursöffnung aufzuheben, und macht im Wesentlichen geltend, den der Beschwerdegegnerin geschuldeten Betrag einschliesslich Zinsen und Kosten beim Obergericht und beim Konkursamt Höngg-Zürich hinterlegt zu haben; sie sei zahlungsfähig (act. 2; Beilagen: act. 3, 4/2–10).

Bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 7. November 2016 (vgl. act. 6/8/1) ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde mit verschiedenen Eingaben (act. 8/1–3b, 9, 10/1–2, 14, 15/1–3; vgl. act. 11 und 12).

Mit Verfügung vom 4. November 2016 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–8). Für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin einen Vorschuss geleistet (act. 4/10).

### **II.**

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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. 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 Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkun-

den nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs-  
hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn  
sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können  
hingegen keine gewährt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491).

### III.

Die Schuldnerin hat beim Obergericht am 2. November 2016 einen Betrag von  
Fr. 3'700.– hinterlegt (act. 4/3). Die von der Beschwerdegegnerin in Betreuung  
gesetzte Forderung von Fr. 3'555.35 einschliesslich Zinsen bis zur Konkursöff-  
nung und Betreuungskosten ist damit gedeckt. Weiter hat die Schuldnerin dem  
Konkursamt Höngg-Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet. Die-  
ser ist zusammen mit dem vom Konkursgericht nicht benötigten Teil des ihm von  
der Beschwerdegegnerin geleisteten Barvorschusses von Fr. 1'800.– hinreichend,  
um im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die konkursamtlichen Kosten zu  
decken und der Beschwerdegegnerin den ganzen dem Konkursgericht geleisteten  
Barvorschuss zurückzuerstatten (act. 4/5). Damit liegt ein Konkurshinderungs-  
grund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG vor. Zu prüfen bleibt die Zah-  
lungsfähigkeit der Schuldnerin.

### IV.

#### 1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit  
welchen der Schuldner die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen  
kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden  
Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden  
Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den  
Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich,  
wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erken-  
nen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare  
Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben wür-

den, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

## 2.

**2.1.** Die Schuldnerin wurde im Oktober 2004 als B.\_\_\_\_\_ GmbH ins Handelsregister eingetragen. Anfang Mai 2016 übernahm C.\_\_\_\_\_ von D.\_\_\_\_\_ sämtliche Stammanteile und die Geschäftsführung. Der Sitz der Gesellschaft wurde von Zürich nach Regensdorf verlegt. Im August 2016 wurde die Gesellschaft in A.\_\_\_\_\_ GmbH umfirmiert. Als Gesellschaftszweck registriert sind primär der Betrieb, die Führung und Verpachtung von Lebensmittelläden (richtig wohl: Lebensmittelläden) sowie Import und Export mit Lebensmitteln (act. 7). Die Schuldnerin gibt an, im Lebensmittel- und Geschenkartikel-Segment tätig zu sein und sich als Grossistin zu sehen. Ihr Produktsortiment bestehe aus Lebensmitteln des täglichen Gebrauchs wie Reis, Konserven und insbesondere Gewürze aus aller Welt sowie Geschenkartikeln und Gebrauchsgegenständen wie Teller, Töpfe, Küchenutensilien im allgemeinen und Dekorationsartikel. In Spreitenbach verfüge sie über Lagerräumlichkeiten. Zu ihrer "Hauptverkaufsfläche" zählten zwei Fahrzeuge (act. 14 Ziff. 1 f., 4; vgl. act. 4/4–4.1). Sie beschäftige (neben der Geschäftsführung) zwei Angestellte (act. 2 S. 2 Ziff. 4).

**2.2.** Der vom Betreibungsamt Zürich 3 am 3. November 2016 erstellte Betreibungsregisterauszug weist für die Zeit ab Dezember 2011 fünf betreibungsrechtliche Ereignisse aus. In einem Verfahren wurde die Schuld beim Betreibungsamt getilgt. Bezüglich der übrigen Verfahren ist keine Schuldtilgung registriert (act. 9):

	<u>Betr. Nr.</u>	<u>Eingang</u>	<u>Gläubiger</u>	<u>Forde- rung / Fr.</u>	<u>Stand</u>
a)	1	03.02.2012	E._____ AG	977.75	Rechtsvorschlag
b)	2	24.05.2012	F._____ AG	140.40	Rechtsvorschlag
c)	3	25.09.2013	G._____ AG	2'697.70	Konkursandrohung

d)	4	19.04.2016	H._____ AG	1'900.60	Zahlungsbefehl nicht zustellbar
				<hr/>	
				5'716.45	

Der Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Regensdorf vom 3. November 2016 weist für die Zeit ab 23. Mai 2016 zwölf Ereignisse mit einer Forderungssumme (ohne Zinsen und Kosten) von Fr. 42'039.30 aus. Vermerkt ist ein Verlustschein: Die Betreuung Nr. 5 zugunsten von Staat und Stadt Zürich vom 23. Juni 2016 über Fr. 20'030.25 endete, nachdem die Schuldnerin am 9. September 2016 eine Teilzahlung von Fr. 6'800.– geleistet hatte, mit der Ausstellung eines Verlustscheines nach Art. 115 SchKG über Fr. 13'817.30 (vgl. auch act. 4/8).

Offen sind beim Betreibungsamt Regensdorf folgende Verfahren (act. 8/1):

	<u>Betr. Nr.</u>	<u>Eingang</u>	<u>Gläubiger</u>	<u>Forderung</u> <u>/Fr.</u>	<u>Stand</u>
e)	6	23.05.2016	H._____ AG	2'847.70	Zahlungsbefehl
f)	7	23.05.2016	H._____ AG	706.70	Zahlungsbefehl
g)	8	13.06.2016	Stiftung Auf- fangeinr. BVG	3'347.85	Konkurseröffnung
h)	9	06.09.2016	SVA	4'902.10	Zahlungsbefehl
				<hr/>	
				11'804.35	

Zu den Betreibungen lit. a – d (Betreibungsamt Zürich 3) und lit. h (Betreibungsamt Regensdorf) äussert sich die Schuldnerin nicht.

Die den Betreibungen lit. e und f zugrunde liegenden Forderungen (ohne Zins und Kosten) dürften gemäss Bestätigungen einer Generalagentur der H.\_\_\_\_\_ vom 3. November 2016 bezahlt sein (act. 8/3a–b).

Der der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (Beschwerdegegnerin) geschuldete Betrag (Betreibung lit. g) ist beim Obergericht hinterlegt (Erw. III vorn).

Zusammenfassend muss davon ausgegangen werden, dass insgesamt nachstehende sechs Betreibungsforderungen (einschliesslich Verlustscheinforderung) offen sind (bezüglich der vierten Position – der Zahlungsbefehl des Betreibungsam-

tes Zürich 3 war nicht zustellbar – rechtfertigen sich angesichts der späteren Beitreibungen durch dieselbe Gläubigerin [act. 8/1] Zweifel):

	<u>Betr. Nr.</u>	<u>Eingang</u>	<u>Gläubiger</u>	<u>Forderung / Fr.</u>	
1)	1	03.02.2012	E._____ AG	977.75	
2)	2	24.05.2012	F._____ AG	140.40	
3)	3	25.09.2013	G._____ AG	2'697.70	
4)	4	19.04.2016	H._____ AG	1'900.60	
5)	5	23.06.2016	Staat und Stadt Zürich	13'817.30	(inkl. Zinsen und Kosten)
6)	9	06.09.2016	SVA	4'902.10	
				<hr/>	
				<b>24'435.85</b>	

**2.3.** Unter "Kreditoren" erwähnt die Schuldnerin die "Fixkosten der momentanen Führung" wie Kosten der Mitarbeiter, des Fahrzeugunterhalts und des Materialeinkaufs (act. 14 S. 1 Ziff. 3.1).

Die grösste Position, der Materialeinkauf, setze sich aus folgenden Schulden zusammen:

- Fr. (richtig: EUR) 10'661.– gegenüber I.\_\_\_\_\_ GmbH (die Schuldnerin legt eine Rechnung vom 28. September 2016 über EUR 18'783.60 vor und zieht eine ausgewiesene, aber ohne detaillierte Grundangabe geleistete "Teilzahlung September" über EUR 10'000.– vom 22. September 2016 ab (act. 15/1/3.1);
- Fr. 10'905.13 bei J.\_\_\_\_\_ GmbH (Rechnung vom 21. September 2016 für Verpackungsmaterial etc.; act. 15/1/3.2);
- EUR 4'814.60 bei K.\_\_\_\_\_ (Rechnung vom 7. Oktober 2016 für Geschirr, Wanduhren, Teppiche u.a.m.; act. 15/1/3.3).

Die zwei in der Beschwerdeschrift erwähnten Arbeitnehmer der Schuldnerin bestätigen unter dem Datum des 24. Oktober 2016, den Lohn für Oktober 2016 in bar erhalten zu haben; damit gälten sämtliche Lohnforderungen bis Ende Oktober 2016 als abgegolten (act. 10/1–2).

**2.4.** Der Saldo des Kontokorrentkontos der Schuldnerin bei der UBS AG betrug per 4. November 2016 Fr. 14'668.51 (act. 15/1/1; vgl. act. 4/6).

**2.5.** In der Debitorenliste der Periode 1.–24. Oktober 2016 führt die Schuldnerin 44 Rechnungen gegenüber ca. 30 Debitoren auf. Die Rechnungssumme beträgt Fr. 73'103.90, die vermerkten Teilzahlungen belaufen sich auf Fr. 5'200.–. Bis wann die Eingänge verbucht sind, geht aus der nicht datierten Liste nicht hervor (act. 15/2–3).

### **3.**

Auch wenn die Schuldnerin keinen Jahresabschluss geschweige denn Zwischenabschluss eingereicht hat, darf aufgrund der vorliegenden Unterlagen und Parteiausführungen als glaubhaft erachtet werden, dass sie in der Lage ist, den laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Namentlich die eingereichte Debitorenliste und das durch eine Salvovorschau der Bank belegte Bankguthaben per 4. November 2016 rechtfertigen diese Beurteilung (act. 15/3, act. 15/1/1). Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Schuldnerin beim Betreibungsamt Regensdorf noch im September und Oktober 2016 Teilzahlungen an Steuerschulden von insgesamt Fr. 7'800.– geleistet hat (act. 4/8–9). Am 13. September 2016 scheint sie bei der H. \_\_\_\_\_ AG Schulden von rund Fr. 3'500.– beglichen zu haben (act. 8/3a–b). Am 3. November 2016 – nach der Konkurseröffnung vom 27. Oktober 2016 – hat sie beim Betreibungsamt Regensdorf Schulden von rund Fr. 6'300.– getilgt (act. 8/2a–f). Zwei Arbeitnehmer haben sodann bestätigt, dass die Schuldnerin ihnen gegenüber bis Ende Oktober 2016 der Lohnzahlungspflicht nachgekommen sei (act. 10/1–2). Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist deshalb im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG glaubhaft. Sollte erneut der Konkurs über sie eröffnet werden, hätte sie zu gewärtigen, dass höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt würden.

**V.**

**1.**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt sind. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

**2.**

Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie die Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis veranlasst hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 27. Oktober 2016, mit dem über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin 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 und Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 3'700.– im Umfang von Fr. 3'555.35 an die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin auszuzahlen und den Mehrbetrag der Schuldnerin zurückzuerstatten.

4. Das Konkursamt Höngg-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'600.– (Fr. 2'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– 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 auszu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 14, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: