

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170010-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter  
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Ge-  
richtsschreiber MLaw P. Klaus

## **Beschluss und Urteil vom 27. Januar 2017**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 11. Januar 2017 (EK160315)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 25. November 1999 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation und Betreiben von und Handel mit Kommunikationsanlagen und -produkten, Vertrieb von Kommunikationsendgeräten sowie Unternehmensberatung für Kommunikationsmitteleinsatz und deren Beschaffung (act. 7).

1.2. Mit Urteil vom 11. Januar 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 16'721.30 nebst Zins zu 5 % seit dem 10. Juni 2016, Fr. 306.60.– Betreuungskosten sowie Fr. 50.– Mahnkosten, abzüglich einer Teilzahlung vom 10. Juni 2016 von Fr. 6'338.50 (act. 3 = act. 5 = act. 6/12). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 20. Januar 2017 rechtzeitig Beschwerde (act. 6/13/1 i.V.m. act. 2). Sie beantragt, den angefochtenen Entscheid vollumfänglich aufzuheben und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

1.3. Bereits am 18. Januar 2017 überwies die Schuldnerin der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die üblichen Kosten des Rechtsmittelverfahrens (act. 2 S. 2 i.V.m. act. 4/4). Von einer Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses ist daher abzusehen. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens sind beigezogen (act. 6/1-13). Eine Beschwerdeantwort ist nicht einzuholen; das Beschwerdeverfahren ist spruchreif.

2. 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, Hinterle-

gung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10). 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 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 indes nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3. Der Konkursöffnung liegt eine Forderung von Fr. 16'721.30 zu Grunde (act. 5; act. 6/3). Die Schuldnerin zahlte daran am 10. Juni 2016 Fr. 6'338.50 (act. 5 S. 2). Die Schuldnerin belegt, am 17. Januar 2017 beim Konkursamt Stäfa Fr. 11'100.– sichergestellt zu haben (act. 4/2). Damit ist die noch offene Konkursforderung von Fr. 11'045.20 (Fr. 10'382.80 [Fr. 16'721.30 – Fr. 6'338.50] + Fr. 306.60 Betreuungskosten + Fr. 50.– Mahnkosten + Fr. 305.80 [Zins von 5 % auf Fr. 10'382.80 vom 10. Juni 2016 bis 11. Januar 2017]) gedeckt. Zudem hat die Schuldnerin am 13. Januar 2017 die Kosten des Konkursamtes Stäfa unter Einschluss der erstinstanzlichen Spruchgebühr mit Einzahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 4/3 i.V.m. act. 8). Da die Schuldnerin auch die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bereits überwies, ist die Voraussetzung der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 SchKG erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

4.

4.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin 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 vor-

übergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen.

4.2. 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 der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind erfüllt, wenn Urkunden den objektiven Schluss zulassen, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, die Sachdarstellung der Schuldnerin treffe zu. Vorausgesetzt ist, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-Giroud, 2. Aufl. 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der das Gericht davon überzeugen würde, dass die Sachdarstellung der Schuldnerin zutrefte, ist nicht nötig. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten der Schuldnerin 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).

4.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Beteiligungsregister. Die Schuldnerin reichte einen Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamts Pfannenstiel vom 18. Januar 2017 zu den Akten (act. 4/5). Dieser weist neben der nun sichergestellten Konkursforderung im Zeitraum seit August 2012 rund 70 Beteiligungen und 20 nicht getilgte Verlustscheine im Betrag von Fr. 154'751.05 (act. 4/5 S. 9) auf. Wohl vermochte die Schuldnerin von diesen 70 Beteiligungen 49 zu einem Gesamtbetrag von Fr. 310'627.80 durch Zahlung an das Beteiligungsamt zu tilgen (act. 4/5). Jedoch befinden sich nach dem Auszug weiterhin neun offene Forderungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 406'518.30 in Beteiligung, gegen die die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hat. In sieben Fällen (Gesamtbetrag: Fr. 39'924.85) ist die Beteiligung eingeleitet. Die Schuldnerin liess es neben dem vorliegenden Verfahren vier weitere Male (Gesamtbetrag: Fr. 82'923.31) zu einer Konkursandrohung kommen (act. 4/5). In einem zusätzlichen Fall wurde – jedenfalls nach dem

Betreibungsregisterauszug (act. 4/5 S. 8) – der Konkurs eröffnet. Wie es zu einer weiteren – der vorliegenden – Konkurseröffnung kommen konnte, ist unklar.

4.4. Die Schuldnerin selber führt aus, dass sich aus dem Betreibungsregisterauszug offene Forderungen von insgesamt Fr. 687'653.61 ergeben würden (act. 2 S. 3). Sie belegt, dass die unter der Betreibungsnummer 1... geführte Forderung von Fr. 7'001.46 bezahlt worden ist (act. 4/6). Über die Betreuung der B.\_\_\_\_\_ SA in der Höhe von Fr. 209'631.– (Betreibungsnummer 2...) wurde vor Handelsgericht ein Vergleich geschlossen, in welchem die Forderung auf Fr. 170'000.– reduziert wurde (act. 4/7). In Anrechnung an die reduzierte Forderung habe die Schuldnerin bereits insgesamt Fr. 80'000.– an Ratenzahlungen geleistet, sodass noch Fr. 90'000.– dieser Forderung offen sei (act. 2 S. 4 i.V.m. act. 4/8). Das Konkursbegehren in der Betreibungsnummer 3... über Fr. 10'014.40 wurde zurückgezogen (act. 4/9). Über die diversen Forderungen der Sozialversicherungsanstalt Zürich von total Fr. 69'000.– sei ein Abzahlungsplan über einen Betrag von Fr. 28'500.– geschlossen worden (act. 2 S. 4 i.V.m. act. 4/11). Entgegen dem Betreibungsregisterauszug betrage die offene Forderung gegenüber der C.\_\_\_\_\_ Vorsorgestiftung (Betreibungsnummern 4..., 5... sowie 6...) nicht Fr. 129'417.35 sondern noch Fr. 64'728.10 (act. 2 S. 4 i.V.m. act. 4/10). Die Forderung der D.\_\_\_\_\_ GmbH über Fr. 66'695.36 (Betreibungsnummer 7...) habe über ein privates Darlehen getilgt werden können. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich – ginge man von der Darstellung der Schuldnerin aus – aus dem Betreibungsregisterauszug immer noch offene Verbindlichkeiten von Fr. 386'123.60 ergeben würden.

4.5. Zur finanziellen Lage führt die Schuldnerin aus, dass sie trotz der Konkurseröffnung zahlungsfähig sei und über genügend finanzielle Mittel verfüge, um den laufenden Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Die Schulden hätten sich wegen des rückläufigen Geschäftsgangs der letzten Jahre und aufgrund von Infrastrukturiinvestitionen über Fr. 500'000.– ergeben. Der provisorische Abschluss für das Jahr 2016 würde wieder einen Gewinn von rund Fr. 37'000.– aufweisen, nachdem im vergangenen Jahr noch ein Verlust von rund Fr. 107'000.–

resultierte. Für das laufende Jahr werde von einem deutlich gesteigerten Gewinn von Fr. 270'000.– ausgegangen (act. 2 S. 4 f.).

4.6. Die Ausführungen der Schuldnerin vermögen nicht zu überzeugen. Dass sie insbesondere über genügend Mittel verfügen soll, um den laufenden Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, widerlegt sie selbst durch die eingereichten Urkunden. Die monatlich vereinbarten Ratenzahlungen von Fr. 10'000.– an die B.\_\_\_\_\_ SA reissen, nach unregelmässigem Zahlungseingang seit Juli 2015, am 5. Juli 2016 gänzlich ab (act. 4/8). Weiter belegt die Schuldnerin wohl, dass mit der Sozialversicherungsanstalt Zürich eine Zahlungsvereinbarung mit ratenweiser Tilgung der Restschuld von Fr. 28'500.– in monatlichen Raten von Fr. 1'200.– (Fälligkeit der ersten Rate am 31. Juli 2016) vereinbart worden war (act. 4/11). Dass die Ratenzahlungen tatsächlich geleistet wurden, geht indes aus den eingereichten Unterlagen nicht hervor und wurde auch nicht behauptet (act. 2 S. 4). Die Schuldnerin behauptet weiter, dass sie die Forderung über Fr. 66'695.35 der D.\_\_\_\_\_ GmbH durch eine Umschuldung bzw. ein privates Darlehen habe tilgen können. Ein Dokument dazu wie beispielsweise den Darlehensvertrag reicht sie jedoch nicht ein, sondern stellt bloss in Aussicht, die entsprechende Gläubigererklärung sofort nach Erhalt einzureichen. Der Hinweis auf die Nachreichung ist jedoch unbehelflich, da sämtliche Unterlagen wie bereits erwähnt (vgl. Ziff. 2) innert der Rechtsmittelfrist einzureichen sind. Von wem sie das private Darlehen im Übrigen erhalten haben soll, bleibt das Geheimnis der Schuldnerin. Jedenfalls reicht die blosser Behauptung zur Glaubhaftmachung nicht aus, weshalb weiterhin von einer bestehenden Schuld über Fr. 66'695.35 ausgegangen werden muss.

4.7. Die auf die Planerfolgsrechnung (act. 4/17) gestützte Hoffnung der Schuldnerin, im laufenden Jahr einen Gewinn von Fr. 270'000.– zu erzielen, erscheint nicht glaubhaft. Einerseits besteht die Rechnung im Wesentlichen in einer blossen Behauptung in tabellarischer Form. Die Schuldnerin versäumt es, konkrete Auftragsunterlagen einzureichen oder die Auftragslage schon nur darzulegen, aus der sich der monatliche Gewinn zusammensetzen soll. Auch wenn man andererseits weiter mit ihr davon ausgeht, dass sich der Aufwärtstrend (2015: Verlust von Fr. 36'000.–, 2016: Gewinn von Fr. 107'000.–, 2017: Gewinn von Fr. 270'000.–)

fortsetzen werde, erscheint die angeführte Zahl von Fr. 270'000.–, insbesondere wegen der fehlenden Darstellung der Auftragslage und der erwarteten Höhe, unrealistisch. Der Schuldnerin ist zuzugestehen, dass sie zwar viele Beteiligungen durch Zahlung an das Beitreibungsamt tilgen konnte. Jedoch wurde in vier beziehungsweise nach der Schuldnerin in drei weiteren Fällen bereits die Konkursandrohung für nicht unerhebliche Beträge gestellt. Die Schuldnerin stellt sodann nicht in Abrede, dass offene Verlustscheine über einen Betrag von rund Fr. 155'000.– bestehen. Nach ihrer Darstellung als auch aus dem Bild, das sich aus dem Beteiligungsregisterauszug ergibt, bestehen weiter offene Forderungen über mehrere hunderttausend Franken. Die Schuldnerin legt nicht hinreichend bzw. nur für ausgesuchte Beteiligungen dar, wie sie die – teilweise schon bis zu einem bedrohlichen Fortschritt gediehenen – Ausstände begleichen will. Es ist auch angesichts der Tatsache, dass vereinbarte Ratenzahlungen bereits nicht (mehr) geleistet werden, nicht zu erwarten, dass sie ihre Schulden in näherer Zukunft wird abtragen können. Von einer bloss vorübergehenden Illiquidität kann unter diesen Umständen nicht mehr ausgegangen werden.

5. Zusammengefasst kann damit festgehalten werden, dass die Schuldnerin innert kurzer Zeit zwar genügend Mittel aufzubringen vermochte, um die Konkursforderung inklusive Zinsen und Verfahrenskosten sicherzustellen. Ihre finanzielle Lage erscheint indes prekär und es ist unwahrscheinlich, dass die Schuldnerin ihren erheblichen Schuldenberg innert nützlicher Frist wird abtragen können. Nach dem Gesagten ist die Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind nicht erfüllt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

6. Da sogleich ein Entscheid gefällt werden kann, erübrigt sich ein Entscheid über den Antrag der Schuldnerin, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2 S. 1). Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; der Schuldnerin wegen Unterliegens nicht, der Gläubigerin mangels Umtrieben in diesem Verfahren nicht.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Stäfa, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfannenstiel, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am:  
27. Januar 2017