

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

## Urteil vom 6. Februar 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 17. Januar 2017 (EK160606)

### **Erwägungen:**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 27. März 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt, Transporte aller Art im In- und Ausland auszuführen und die damit zusammenhängenden Dienstleistungen zu erbringen (act. 5/6). Mit Urteil vom 17. Januar 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 6'308.35 nebst Zins zu 5 % seit 10. Dezember 2015, Fr. 246.60 Betreibungs- und Fr. 50.– Mahnkosten, abzüglich zweier Teilzahlungen von Fr. 875.– am 8. März 2016 und Fr. 925.– am 10. November 2016 (act. 3 = act. 8 = act. 9/6). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 26. Januar 2017 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2), welche ihr mit Verfügung der Kammer vom 27. Januar 2017 gewährt wurde (act. 10). Bereits zuvor hinterlegte die Schuldnerin am 26. Januar 2017 bei der Obergerichtskasse Fr. 750.– für die üblichen Kosten des Rechtsmittelverfahrens (act. 6). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens sind beigezogen (act. 9/1-9). Eine Beschwerdeantwort ist nicht einzuholen; das Beschwerdeverfahren ist spruchreif.

2. 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung 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 die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshin-

dernde 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. 6'308.35 zu Grunde (act. 8 S. 2; act. 9/2). Die Schuldnerin zahlte daran am 8. März 2016 Fr. 875.– und am 10. November 2016 Fr. 925.– (act. 8 S. 2). Zusätzlich leistete sie am 9. Dezember 2016 eine weitere Teilzahlung in der Höhe von Fr. 1'025.– (act. 5/8). Die noch offene Konkursforderung beläuft sich damit noch auf Fr. 4'087.75 (Fr. 3'483.35 [Fr. 6'308.35 – Fr. 875 – Fr. 925 – Fr. 1'025] + Fr. 246.60 Betreuungskosten + Fr. 50.– Mahnkosten + Fr. 307.80 [Zins von 5 % seit 10. Dezember 2015 bis 17. Januar 2017 auf dem Forderungsbetrag abzüglich der Teilzahlungen, act. 5/7 S. 2 sowie act. 9/3 mit Berechnungsübersicht]). Am 20. Januar 2017 überwies die Schuldnerin der Gläubigerin Fr. 4'287.75 (act. 5/9), was die noch offene Restschuld zu tilgen vermag. Zudem hat die Schuldnerin beim Konkursamt Bassersdorf Fr. 800.– hinterlegt, was – wie das Konkursamt am 18. Januar 2017 bestätigte – sowohl seine als auch die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 200.– zu decken vermag (act. 5/5). Da die Schuldnerin auch die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bereits überwies, ist die Voraussetzung der Hinterlegung bzw. Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

4.

4.1. 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 ihre laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin 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 der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin 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).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Beteiligungsregister. Die Schuldnerin reichte einen Beteiligungsregisterauszug des Beteiligungsamts Kloten vom 23. Januar 2017 zu den Akten (act. 5/10). Dieser weist neben der nun sichergestellten Konkursforderung im Zeitraum vom 19. August 2015 bis zum 28. November 2016 zwölf weitere Beteiligungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 30'552.25 auf (act. 5/10 S. 2 f.). Zwei Beteiligungsforderungen (Beteiligungs-Nr. 1 und 2) zu einem Betrag von insgesamt Fr. 7'783.80 (Fr. 6'830.20 + Fr. 953.60) vermochte die Schuldnerin durch Zahlung an das Beteiligungsamt zu tilgen. Nach dem Auszug befinden sich acht weitere Forderungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 19'069.30 in Beteiligung, gegen die die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hat. Zwei weitere Beteiligungen (Beteiligungs-Nr. 3 und 4, Gesamtbetrag Fr. 3'698.95) befinden sich im Einleitungsstadium (act. 5/10 S. 2).

4.3. Zur Situation im Allgemeinen führt die Rechtsvertreterin der Schuldnerin aus, dass B. \_\_\_\_\_ im Dezember 2015 sämtliche Namenaktien der Schuldnerin vom vormaligen Verwaltungsrat erworben habe und die Gesellschaft seit diesem Zeitpunkt als alleiniger Verwaltungsrat führe. Seither habe die Auftragslage kontinuierlich gesteigert werden können. Im Jahr 2016 habe die Schuldnerin nahezu Fr. 560'000.– an Zahlungseingängen verbucht (vgl. auch act. 5/11). Die Schuldnerin sehe sich allerdings noch mit einigen unerwarteten Altlasten in Form von

Schulden – vornehmlich Steuer- und sozialversicherungsrechtliche Forderungen – aus der Zeit des Voreigentümers konfrontiert (act. 2 S. 4).

4.4. Zur finanziellen Lage führt die Rechtsvertreterin der Schuldnerin im Besonderen aus und belegt, dass sowohl die Forderung in der Betreuung Nr. 5 (Fr. 414.80) als auch in der Betreuung Nr. 6 (Fr. 2'719.70) bereits gegen Ende 2015 mittels Zahlung an die Gläubiger getilgt worden waren (act. 2 S. 5 i.V.m. act. 5/12 S. 2 a.E. und act. 5/13). Die Forderung in der Betreuung Nr. 7 über Fr. 2'226.80 gehe weiter auf eine LKW-Reparatur zurück, welche der betreibende Gläubiger indes ohne entsprechenden Auftrag ausgeführt habe. Die Klagebewilligung im Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlags habe dieser jedoch verfallen lassen (act. 2 S. 5). Die Schuldnerin anerkennt sodann, dem Staat und der Stadt Zürich die Staats- und Gemeindesteuern für die Jahre 2013 und 2014 im Gesamtbetrag von Fr. 3'698.95 (Betreibungs-Nr. 3 und 4; vgl. auch act. 5/14 f.) zu schulden, und belegt, dass sie mit dem Steueramt Kloten bereits in Kontakt für eine Abzahlungsvereinbarung steht (act. 5/16). Die Schuldnerin anerkennt weiter, die direkten Bundessteuern für die Jahre 2013 und 2014 im Gesamtbetrag von Fr. 1'720.80 (Betreibungs-Nr. 8 und 9) zu schulden. Sie belegt, dem Kanton Zürich am 23. Januar 2017 in diesem Zusammenhang eine erste Tranche von Fr. 850.– überwiesen zu haben (act. 5/17 i.V.m. act. 5/18) und stellt in Aussicht, den noch offenen Saldo so schnell wie möglich zu begleichen (act. 2 S. 6). Schliesslich anerkennt die Schuldnerin, dass die SVA Zürich ihr gegenüber noch Lohnbeiträge für die Jahre 2015 und 2016 im Gesamtbetrag von Fr. 9'158.10 (Betreibungs-Nr. 10 sowie 638.80) geltend mache. Sie belegt, mit der SVA Zürich in dieser Sache in Kontakt zu stehen (act. 5/19) und führt dazu aus, am ausstehenden Betrag wegen Unregelmässigkeiten bei den Familienzulagen noch eine Reduktion anbringen zu wollen (act. 2 S. 6). Bei der Betreuung der C.\_\_\_\_\_ AG (Betreibungs-Nr. 11) handle es sich erneut um eine LKW-Reparaturrechnung, die die Schuldnerin so nicht akzeptiere. Sie hoffe auf eine aussergerichtliche Einigung bei 50 % des in Betreuung gesetzten Betrags von Fr. 2'829.30 (act. 2 S. 7).

4.5. Der Saldo des Kontokorrents der Schuldnerin belief sich per 22. Januar 2017 auf Fr. 11'598.28 (act. 5/20). Nach ihren Angaben verfügt sie zudem über

einen Lastwagen MECO mit Anhänger mit einem Verkehrswert von ca. Fr. 30'000.– (act. 5/21). Laut Ausführungen des Buchhalters der Schuldnerin belaufe sich ihr Debitorensaldo auf Fr. 62'368.85 (act. 5/11 i.V.m. act. 5/21). Hinzu kämen noch – wie auch der Buchhalter bestätigt (act. 5/11) – weitere, allerdings noch nicht fakturierte Debitoren von ca. Fr. 15'000.–. Die Schuldnerin legt sodann eine Kreditorenliste ins Recht, die ausstehende Kreditoren über Fr. 15'564.50 ausweisen (act. 5/21; vgl. zum Ganzen act. 2 S. 7 f.).

4.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert kurzer Zeit mehr als genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu tilgen bzw. zu hinterlegen (vgl. Ziff. 3). Sie belegt zudem der Konkursgläubigerin am 20. Januar 2017 weitere Fr. 1'525.– überwiesen zu haben (act. 5/9), um so die weiteren noch nicht in Betreuung gesetzten Schulden gegenüber der Konkursgläubigerin aus dem "laufenden Beitragskonto" auszugleichen (act. 5/8 i.V.m. act. 2 S. 4). Die Schuldnerin belegt, dass aus den aus dem Betreibungsregisterauszug hervorgehenden Schulden höchstens noch ein Betrag von Fr. 18'783.95 (Fr. 30'552.25 – Fr. 7783.80 – Fr. 414.80 – Fr. 2'719.70 – Fr. 850.–; vgl. Ziff. 4.2 i.V.m. Ziff. 4.4) offen ist. Die Schuldnerin begründet glaubhaft, dass ein Grossteil der noch ausstehenden Forderungen aus früheren "Altlasten" vor der Übernahme der Gesellschaft durch B.\_\_\_\_\_ herrühren. Sie äusserte sich nicht näher zu der eingereichten Kreditorenliste, welche Kreditoren im Gesamtumfang von Fr. 15'564.50 ausweist (act. 5/21). Es ist nicht abschliessend klar, ob diese Schulden zusätzlich zu den Betreuungsschulden hinzukommen oder zu einem Grossteil (vgl. etwa den Kreditor der SVA über Fr. 8'964.–, der beinahe mit dem Gesamtbetrag der von diesem Gläubiger in Betreuung gesetzten Forderung von Fr. 9'158.10 oder derjenige der C.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 2'465.40, der ebenso mit dem Betreuungsbetrag von Fr. 2'829.30 beinahe übereinstimmt) doppelt geführt sind. Die Schuldnerin reichte auch keine geprüften Bilanzen und Erfolgsrechnungen zu den Akten, die eine Aussage über Gewinn oder Verlust der letzten Jahre etwas aussagen würden. Demgegenüber konnte sie ausstehende Debitoren und noch nicht fakturierte Leistungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 77'000.– (act. 5/11 i.V.m. act. 5/22) sowie unmittelbar zur Verfügung stehende flüssige Mittel von Fr. 11'598.28 (act. 5/20) glaubhaft ma-

chen. Selbst wenn die Betreibungs- und Kreditorenforderungen zu einem Gesamtschuldbetrag von Fr. 34'348.45 (Fr. 15'564.50 + Fr. 18'783.95) zusammengekommen würden, vermöchte die Schuldnerin diesen Betrag durch die mutmasslichen Debitorenforderungen und noch nicht fakturierten Leistungen mühelos zu decken, auch unter Berücksichtigung eines Delkrederes.

4.7. Es bestehen damit objektive Anhaltspunkte, dass die Schuldnerin ihre Schulden in absehbarer Zeit und nach definitiver Auseinandersetzung mit einem Teil ihrer Gläubiger wird abtragen können. Es ist mithin von bloss vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten auszugehen. Die Ausführungen der Schuldnerin, wonach sie die Auftragslage kontinuierlich habe steigern können und ihr Konzept als Nischenplayer für Expresslieferungen im In- und europäischen Ausland grundsätzlich aufgehe, erscheinen zudem glaubhaft. Aus den Akten geht auch hervor, dass sich die Schuldnerin aktiv und aufrichtig um die Bereinigung ihrer Schuldensituation bemüht und Abzahlungen vornimmt (vgl. Ziff. 4.4). Vor diesem Hintergrund erscheint die Möglichkeit der Schuldnerin, auch in Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen, als gegeben. 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.). Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich unter diesen Vorzeichen somit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen, was zur Aufhebung des Konkurses über die Schuldnerin führt.

5. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihr Zahlungssäumnis verursacht hat. In Bezug auf die Zahlungsanweisungen (vgl. sogleich Dispositivziffer 3) ist besonders zu bemerken, dass beim Konkursamt Bassersdorf momentan Fr. 2'400.– (Zahlung der Schuldnerin von Fr. 800.– [act. 5/5] + Restbetrag des von der Gläubigerin geleisteten Vorschusses von Fr. 1'600.– [act. 8 S. 2; Fr. 1'800.– – Fr. 200.–]) liegen. Durch die Direktzahlung der Schuldnerin an die Gläubigerin von Fr. 4'287.75 (act. 5/9) beglich sie nicht nur

die noch ausstehende Konkursforderung von Fr. 4'087.75 (vgl. Ziff. 3), sondern gleich auch die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von Fr. 200.– (Fr. 4'287.75 – Fr. 4'087.75), wie die Schuldnerin zutreffend bemerkt (act. 2 S. 4; vgl. auch act. 5/8 S. 2). Damit hat sie der Gläubigerin an den von ihr geleisteten und nun zurückzuerstattenden Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– (act. 8 S. 2) bereits Fr. 200.– bezahlt, was vorzumerken ist. Um eine Überentschädigung der Gläubigerin zu vermeiden, ist das Konkursamt Bassersdorf anzuweisen, der Gläubigerin die Vorschussrestanz von Fr. 1'600.– zurückzuerstatten. Der übrige noch beim Konkursamt liegende Restbetrag (act. 5/5) ist nach Abzug der konkursamtlichen Kosten an die Schuldnerin auszuzahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 17. Januar 2017, mit dem über die Schuldnerin 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 bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt. Es wird vorge-merkt, dass die Schuldnerin der Gläubigerin diesen Betrag bereits ersetzt hat.
3. Das Konkursamt Bassersdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'600.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Bülach (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bassersdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Kloten, 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:  
6. Februar 2017