

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170013-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 3. Februar 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 Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirkes Dietikon vom 10. Januar 2017 (EK160480)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 10. Januar 2017 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 26. Januar 2017 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 27. Januar 2017 entsprochen. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 10-11).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Kumulativ zu einem der Konkurshinderungsgründe hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zumachen. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).
3. Die Vorinstanz eröffnete den Konkurs über die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis, dass die Beschwerdeführerin zwar einen Nachweis über die Tilgung der Konkursforderung beigebracht habe, die durch das Konkursbegehren entstandenen Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 200.-- im Zeitpunkt der Konkursöffnung hingegen nicht bezahlt gewesen seien (act. 7; die Fr. 200.-- waren der reduzierte Betrag der Gebühr für den Fall, dass der Konkurs nicht eröffnet werden müsste). Die Beschwerdeführerin hat der Kammer mit der Beschwerde nun eine Abrechnung des Betreibungsamtes Schlieren/Urdsorf vom 20. Dezember 2016 mit dem

Nachweis der Tilgung der Konkursforderung (act. 3) sowie Quittungen des Bezirksgerichtes Dietikon und des Konkursamts Schlieren je vom 24. Januar 2017 zu den Akten gereicht (act. 5/3-4). Aus diesen Quittungen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin Fr. 200.-- direkt an das Bezirksgericht Dietikon bezahlt und die übrigen Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und des Konkursamts durch Zahlung von Fr. 1'000.-- beim Konkursamt Schlieren sichergestellt hat. Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4.1. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A\_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; 5A\_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von

der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Schlieren/Urdsorf (act. 5/5) weist für die Zeit vom 2. Oktober 2013 bis zum 24. Januar 2017 keine Verlustscheine und 27 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 49'670.75 aus (inklusive Konkursforderung, im Registerauszug mit Fr. 2'589.60.-- vermerkt, Betreibung Nr. ...). Alle diese Betreibungen sind durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden. Demnach bestehen derzeit keine offenen Betreibungen mehr, was für die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin spricht.

4.3. Des Weiteren gibt die Beschwerdeführerin an, sämtliche Ausstände für AHV, Mehrwertsteuer und BVG per 31. Dezember 2016 zwischenzeitlich bezahlt zu haben und lediglich noch Kreditorenforderungen in Höhe von Fr. 9'100.05 zu haben. Zudem würden sich die laufenden Verbindlichkeiten pro Monat auf Fr. 1'700.-- für den Mietzinsanteil an der Bürogemeinschaft, Fr. 880.-- für das Heimbüro, Fr. 170.-- für die Miete des Druckers und Fr. 9'100.-- für Löhne belaufen (act. 5/6). Diesen Verbindlichkeiten stehen nach Angaben der Beschwerdeführerin ein aktueller Bargeldbestand von Fr. 10'559.63, Kontoguthaben in Höhe von Fr. 42'385.73 und EUR 2'112.64 sowie Debitorenguthaben in Höhe von Fr. 102'501.-- gegenüber (act. 2 S. 3). Diese Zahlen unterlegt die Beschwerdeführerin mit Urkunden, namentlich einer vom einzigen Gesellschafter und Mitglied des Verwaltungsrates unterzeichneten Debitorenliste (act. 5/6), einer Zwischenbilanz per 31. Januar 2017 (act. 5/11) und Auszügen der auf die Beschwerdeführerin lautenden Konti bei der Migros Bank per 23. und 24. Januar 2017 (act. 5/7). Gemäss Letzteren weist das Eurokonto zwar bloss EUR 1'971.01 aus, das stellt allerdings eine verhältnismässig geringe und damit vernachlässigbare Abweichung dar. Insgesamt erscheinen diese Ausführungen der Beschwerdeführerin plausibel. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin gemäss Bilanz 2016 im vergangenen Jahr einen Gewinn von rund Fr. 34'000.-- erzielt hat (act. 5/8-9). Unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist deshalb davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die laufenden Verbindlichkeiten zu decken vermag.

4.5. Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen ist, zumal die Beschwerdeführerin offenbar in der Lage war, die offenen Schulden zu tilgen, so dass derzeit keine in Betreuung gesetzten Forderungen mehr bestehen. Zudem ist glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin mit den vorhandenen flüssigen Mitteln auch die laufenden Verbindlichkeiten wird decken können. Somit erscheint insgesamt die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin wahrscheinlicher. Daher gilt die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

5. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 10. Januar 2017, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene Gebühr des Konkursgerichtes von Fr. 400.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Bezirksgericht Dietikon wird angewiesen, die bei ihm von der Beschwerdeführerin einbezahlten Fr. 200.-- dem Konkursamt Schlieren zu überweisen.

5. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'600.-- (Fr. 1'400.-- und Fr. 200.-- vom Konkursgericht überwiesen bzw. noch zu überweisen sowie Fr. 1'000.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdorf, je gegen Empfangsschein.
7. 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. Houweling-Wili

versandt am:  
3. Februar 2017