

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190087-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

Urteil vom 6. Juni 2019

in Sachen

A._____ GmbH in Liquidation,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 15. Mai 2019 (EK190572)

Erwägungen:

1.

1.1. Die A._____ GmbH (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt. Mai 2009 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie insbesondere die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, das Personalmanagement und die Personalberatung. Am 19. Oktober 2018 beschloss die Gesellschafterversammlung die Auflösung der Gesellschaft. Seither befindet sich die Schuldnerin in Liquidation (vgl. act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 15. Mai 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (fortan Gläubigerin) von Fr. 345'137.45 nebst 5 % Zins seit 13. September 2016, abzüglich Fr. 238'700.48 vom 13. September 2016, Fr. 19'528.36 Verzugszins vor Betreuung, Fr. 50.– Mahnkosten und Fr. 520.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 8 = act. 9/12). Der Schuldnerin wurde dieser Entscheid am 16. Mai 2019 zugestellt (act. 9/14).

1.3. Mit Eingabe vom 24. Mai 2019 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, welche ihr mit Verfügung vom 27. Mai 2019 einstweilen gewährt wurde (act. 10).

1.4. Da die Schuldnerin am 21. Mai 2019 Fr. 144'000.– und damit mehr als die Konkursforderung an die Obergerichtskasse überwiesen hatte (vgl. act. 7), konnte von einer Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses abgesehen werden.

1.5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 9/1-15). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkureröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein.

2.2. 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 Konkurs hinderungsgründe 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 hingegen nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3.

3.1. Der Konkureröffnung liegt eine Forderung von Fr. 140'737.25 (inkl. Zinsen von 5 % auf dem Betrag von Fr. 345'137.45 vom 13. September 2016 bis am 15. Mai 2019 [Datum der Konkureröffnung], abzüglich Fr. 238'700.48 vom 13. September 2016, Fr. 19'528.36 Verzugszinsen vor Betreuung, Fr. 50.– Mahnkosten und Fr. 520.60 Betreuungskosten) zu Grunde (vgl. act. 8). Die Schuldnerin belegt, am 21. Mai 2019 Fr. 144'000.– an die Obergerichtskasse bezahlt zu haben (vgl. 5/6 und act. 7). Damit hat die Schuldnerin die der Konkureröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 11) einschliesslich Zinsen und Kosten hinterlegt. Sodann liegt eine Bestätigung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 20. Mai 2019 vor, wonach die Schuldnerin beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'800.– sichergestellt hat (act. 5/7). Ebenso hat die Schuldnerin, wie bereits erwähnt, die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 7, oben

E. 1.4). Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) wurde damit innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

3.2. Nebst dem Konkursaufhebungsgrund hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung heisst dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. 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).

3.3. Vorliegend ist zu beachten, dass die Gesellschafterversammlung der Schuldnerin mit Beschluss vom 19. Oktober 2018 deren Auflösung beschlossen hat, weshalb der Zweck der Gesellschaft seither in der Auflösung und nicht mehr in der Fortführung der Geschäftstätigkeit besteht. Grundsätzlich verlangt die Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren, dass diese wirtschaftlich sinnvoll ist. Dies ist bei einem Schuldner, welcher keine Aktiven mehr aufweist und keine Geschäftstätigkeit mehr ausführt, an sich nicht der Fall (vgl. OGer ZH PS160177 vom 25. Oktober 2016, E. 4.2 mit Hinweisen, BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 2.4, je mit Hinweisen). Die Schuldnerin erklärt vorliegend, die Konkursöffnung sei nicht auf eine schlechte finanzielle Situation, sondern auf eine langfädige juristische Auseinandersetzung mit der Gläubigerin über die Höhe der zu bezahlenden BVG-Beiträge zurückzuführen. Die Angelegenheit sei nun mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. November 2018 rechtskräftig entschieden worden. Die Gläubigerin habe ihre mittels Verfügung vom

13. September 2016 festgesetzte Forderung von damals Fr. 423'506.95 mehrfach reduziert und schliesslich mit Beitragsverfügung vom 15. November 2017 wiedererwägungsweise aufgehoben und die Beiträge neu auf Fr. 106'436.97 festgesetzt. Die Schuldnerin habe es aufgrund der mühseligen Vorgeschichte "drauf ankommen" lassen und habe die nächsten Schritte der Gläubigerin abgewartet. Nur deshalb sei es zur Konkursöffnung gekommen, nicht wegen eines Liquiditätseinganges (vgl. act. 2 S. 5). Aus den eingereichten Unterlagen ist ersichtlich, dass die Schuldnerin im letzten Jahr zwar einen Verlust erzielte, dieser aber mit dem Gewinnvortrag verrechnet werden konnte (vgl. act. 5/11). Auf dem Geschäftskonto der Schuldnerin befinden sich per 23. Mai 2019 rund Fr. 42'000.– (act. 5/9). Der eingereichte Auszug aus dem Betreibungsregister weist, abgesehen von der Betreuung, welche zur Konkursöffnung führte, keine weiteren Einträge auf (vgl. act. 5/5). Es ist daher glaubhaft, dass die Gesellschaft über keine weiteren Schulden verfügt, welche sie nicht bezahlen könnte. Im vorliegenden Fall scheint es daher sachgerecht, den Konkurs aufzuheben, und die Auflösung der Gesellschaft dem Liquidator (und nicht dem Konkursamt) zu überlassen. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

4.

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Mai 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von den bei ihr hinterlegten Fr. 143'250.– (Fr. 144'000.– abzgl. Fr. 750.–) Fr. 140'737.25 an die Gläubigerin und den Restbetrag von Fr. 2'512.75 an die Schuldnerin zu überweisen.
4. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– 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 auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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:

MLaw N. Menghini-Griessen

versandt am:
7. Juni 2019