

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180016-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 5. März 2018

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 Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 6. Februar 2018 (EK180002)

### Erwägungen:

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.1996 im Handelsregister eingetragen. Sie ist im Wesentlichen im Bereich des Fassadenbaus tätig (vgl. act. 4). Am 6. Februar 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Andelfingen den Konkurs über die Schuldnerin (vgl. act. 3 = act. 5/7 = act. 10/2, nachfolgend zitiert als act. 3). Bei der Gläubigerin handelt es sich um die Stiftung Auffangeinrichtung BVG und damit um eine nach privatem Recht organisierte Stiftung, die BVG-Beiträge für Arbeitnehmer eintreibt. Die Bestimmung von Art. 43 Ziff. 1 SchKG ist daher nicht anwendbar (vgl. BSK SchKG I-ACCOCELLA, 2. A., Art. 43 N 6).

1.2. Gegen den Konkursöffnungsentscheid erhob der Treuhänder der Schuldnerin, B.\_\_\_\_\_, rechtzeitig Beschwerde. Eine Vollmacht reichte er nicht ein (vgl. act. 2, siehe zur Rechtzeitigkeit act. 5/8/2). Die Schuldnerin wurde daher mit Verfügung vom 12. Februar 2018 aufgefordert, dem Gericht eine Vollmacht lautend auf B.\_\_\_\_\_ einzureichen oder aber dessen Eingabe ausdrücklich zu genehmigen. Gleichzeitig wurde die aufschiebende Wirkung verweigert, da weder ein Konkurshinderungsgrund noch Unterlagen über die Zahlungsfähigkeit vorlagen (vgl. act. 6). Mit Eingabe vom 16. Februar 2018 (Datum Poststempel) und damit innert Beschwerdefrist reichte Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ namens und mit Vollmacht der Schuldnerin eine weitere Eingabe ein (vgl. act. 8 und act. 9). In der Folge wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt (vgl. act. 13). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin rechtzeitig bevorschusst (vgl. act. 6, act. 7/1 und act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Konkursöffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist

(Art. 174 Abs. 2 SchKG). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Laut Konkursandrohung betrug die Forderung der Gläubigerin ursprünglich Fr. 155'305.15 zzgl. Zins von 5% seit dem 15. März 2017 (vgl. 5/3). Gemäss einer Abrechnung der Gläubigerin leistete die Schuldnerin acht Teilzahlungen, so dass die Restforderung zuzüglich Betriebskosten (Fr. 556.60) und Verzugszins vor der Betreuung (Fr. 4'854.72) noch Fr. 39'480.12 beträgt. In der genannten Abrechnung führte die Gläubigerin einen provisorischen Verzugszins bis 4. Januar 2018 von Fr. 3'919.23 auf (vgl. act. 5/1). Der Konkursrichter eröffnete den Konkurs für die beiden genannten Beträge (Fr. 39'480.12 und Fr. 3'919.23). Der Zins lief aber bis zur Konkurseröffnung weiter (vgl. Art. 209 Abs. 1 SchKG). Dass die Gläubigerin in ihrer Abrechnung den provisorischen Verzugszins per 4. Januar 2018 aufführte, bedeutet nicht, dass sie auf einen Teil des ihr zustehenden Zinses verzichten wollte. Unter Berücksichtigung des Zinsenlaufes bis zur Konkurseröffnung beträgt die Konkursforderung damit Fr. 43'553.35. Am 15. Februar 2018 hat die Schuldnerin bei der Rechtsmittelinstanz zu Handen der Gläubigerin Fr. 44'649.35 hinterlegt (vgl. act. 10/3 und act. 11). Ferner hat sie beim Konkursamt Andelfingen zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursamtes bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'500.– sichergestellt (vgl. act. 10/8). Damit ist der Konkursverhinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

2.3. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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 vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldne-

rin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 E. 2.3).

Um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft darzulegen, reicht die Schuldnerin u.a. einen Beteiligungsregisterauszug (vgl. act. 10/5), einen Bankkontoauszug (vgl. act. 10/9), eine Kreditoren- und Debitorenliste (vgl. act. 10/4), einen Kontoauszug der Gläubigerin über die Ausstände der Schuldnerin (vgl. act. 10/6) sowie eine Übersicht ihres Auftragsvolumens ein (vgl. act. 10/10).

Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der eingereichte Auszug vom 13. Februar 2018 umfasst den Zeitraum vom 1. Juni 2015 bis 12. September 2017 (vgl. act.10/5). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin insgesamt 21 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 335'395.22. Auffallend ist zunächst, dass es sich bei zahlreichen Beteiligungen um öffentlich-rechtliche Forderungen handelt. Der Schuldnerin scheint bekannt zu sein, dass öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht der Konkursbetreibung unterliegen und ihr aus derartigen Forderungen somit keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht. Für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sind diese Beteiligungen aber trotzdem von Bedeutung (vgl. KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Art. 174 N 14). Von den erwähnten 21 Betrei-

bungen ist die vorliegende Konkursöffnung nicht mehr zu berücksichtigen. Siebzehn Betreibungen wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt (Z) bzw. an die Gläubiger (ZG) erledigt und zwei Betreibungen sind bereits erloschen (E). Gegenwärtig verbleibt noch eine offene in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 26'250.–, gegen welche die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben hat. Diese Forderung wird von der Schuldnerin bestritten. Sie führt dazu aus, beim Betreibenden handle es sich um einen ehemaligen Arbeitnehmer, der mit unwahren Angaben über seine Arbeitsleistung eine Lohnforderung geltend mache. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom Mai 2017 habe dem Arbeitnehmer mit Belegen dargelegt werden können, dass ihm kein zusätzlicher Lohn zustehe. In der Folge habe der Arbeitnehmer darauf verzichtet, die ihm ausgestellte Klagebewilligung innert der gesetzlichen Frist beim zuständigen Gericht einzureichen (vgl. act. 8 S. 3). Obwohl die Schuldnerin zu diesen Ausführungen keine Unterlagen einreicht, ist die Forderung nicht ihren Kreditoren zuzurechnen, da keine Hinweise dafür bestehen, dass sie systematisch und nur zur Verzögerung Rechtsvorschlag erhoben hat.

Zu Gunsten der Schuldnerin sind zunächst die Umstände zu werten, dass sie mehr als genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu hinterlegen sowie bis auf eine bestrittene Forderungen keine offenen Betreibungen mehr bestehen. Zur eingereichten Kreditorenliste, die Kreditoren im Gesamtumfang von Fr. 32'296.43 aufweist, äussert sich die Schuldnerin nicht näher (vgl. act. 8 S. 3). Nach Ausführungen der Schuldnerin kommen zu diesen Schulden noch Ausstände hinzu, die sie gegenüber der Gläubigerin hat. Sie führt aus, gemäss dem aktuellen Kontoauszug der Gläubigerin und nach Abzug des bei der Obergerichtskasse hinterlegten Betrages bestünde eine noch offene Schuld von rund Fr. 14'000.– (vgl. act. 8 S. 3 f.). Zudem habe sie ihre Schulden, die anfangs 2017 rund Fr. 155'000.– betragen hätten, im Umfang von Fr. 137'835.– reduzieren können, was für ihre Zahlungsfähigkeit spreche (vgl. act. 8 S. 3). Es ist nicht abschliessend klar, ob sich die Ausstände auf Fr. 14'000.– oder auf insgesamt Fr. 31'165.– (Fr. 14'000.– + [Fr. 155'000 ./. Fr. 137'835.–]) belaufen, und dies ergibt sich auch nicht ohne Weiteres aus dem eingereichten Auszug (vgl. act. 10/6). Mit den glaubhaft vorgebrachten und durch Rechnungen be-

legten Debitoren von Fr. 230'746.05 (vgl. act. 8 S.3 und act. 10/4) wird die Schuldnerin jedenfalls in der Lage sein, sowohl die bestrittene Forderung von Fr. 26'250.– als auch die Kreditoren (Fr. 32'296.43) und die weiteren Ausstände, die sie gegenüber der Gläubigerin hat (Fr. 14'000.– bzw. Fr. 31'165.–), zu begleichen.

Geprüfte Bilanzen oder Zwischenabschlüsse bzw. Erfolgsrechnungen, die über ihren Gewinn oder Verlust der letzten Jahre etwas aussagen würden, reicht die Schuldnerin keine ein. Als wenig aussagekräftig erweist sich sodann der Kontoauszug der UBS (vgl. act. 10/9). Diesem lässt sich entnehmen, dass per 15. Januar 2018 ein Negativsaldo von Fr. 48'471.88 bestand, der per 13. Februar 2018 bis auf Fr. 65.70 ausgeglichen werden konnte. In der erwähnten Zeitspanne betragen die Belastungen Fr. 55'721.27 und die Gutschriften Fr. 104'127.45. Die Ein- und Ausgänge stehen grundsätzlich – wie auch die Schuldnerin ausführt (vgl. act. 8 S. 4) – in einem gesunden Verhältnis zueinander. Wie dies in den vergangenen Monaten aussah und weshalb Mitte Januar 2018 ein Negativsaldo von beinahe Fr. 50'000.– bestand, geht jedoch weder aus dem Kontoauszug hervor noch äussert sich die Schuldnerin dazu.

Die Schuldnerin äussert sich auch nicht zu den aufgeführten Positionen ihrer eingereichten "Übersicht angefangener Arbeiten und noch pendenten Arbeiten" (vgl. act. 10/10). Zu ihrem aktuellen Auftragsvolumen führt die Schuldnerin einzig aus, dass sie über ein volles Auftragsbuch verfüge, und dass nur schon die von der C.\_\_\_\_\_ Schweiz AG erteilten Aufträge in den nächsten drei Monaten zu Einnahmen von mehr als Fr. 120'000.– führen würden (vgl. act. 8 S. 4). Dazu reicht sie eine E-Mailkorrespondenz zwischen ihr und einem C.\_\_\_\_\_ -Mitarbeiter ein, aus welcher einzig hervorgeht, dass die C.\_\_\_\_\_ Schweiz AG ab 19. Februar 2018 für mindestens drei Wochen zwei Arbeitnehmer der Schuldnerin und – je nach Arbeitssituation – ab Mai 2018 drei bis vier Arbeitnehmer der Schuldnerin auf einer Baustelle in ... benötigt. Das von der Schuldnerin erwähnte Auftragsvolumen geht aus den Unterlagen nicht hervor. Bei den weiteren eingereichten Korrespondenzen handelt es sich – bis auf drei Fälle – einzig um Offerten, dessen Annahme weder behauptet wurde noch aus den Unterlagen hervorgeht. Bestätigt wurden einzig die an D.\_\_\_\_\_ AG und an E.\_\_\_\_\_ gesandten Offerten, wobei nur

bei der Letzteren das Auftragsvolumen (Fr. 6'423.15) hervorgeht. Ein weiterer Auftrag geht aus einem zwischen der Schuldnerin und der F.\_\_\_\_\_ AG geschlossenen Vertrag hervor (vgl. act. 10/10). Wie es sich mit der Auftragslage der Schuldnerin tatsächlich verhält, bleibt wie gesehen unklar. In diesem Zusammenhang ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe des Gerichtes ist, aus den Unterlagen, die entsprechenden Aufträge und Beträge herauszusuchen. Die eingereichten Unterlagen liefern aber immerhin gewisse objektive Anhaltspunkte, dass die Schuldnerin auch in Zukunft Einkünfte generieren wird und sie mit regelmässigen Einnahmen rechnen kann. Es ist daher davon auszugehen, dass sie für den erwähnten Mietaufwand von Fr. 13'150.– sowie Personalaufwand von mehr als Fr. 15'600.– (vgl. act. 8 S. 4 i.V.m. act. 10/9) wird aufkommen können. Unklar ist, ob zu den erwähnten Verpflichtungen der Schuldnerin noch weitere fixe monatliche Ausgaben hinzukommen.

Trotz mangelnden Angaben rechtfertigt sich gerade noch die Annahme, dass die Konkurseröffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Schuldnerin zurückzuführen ist. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, im heutigen Zeitpunkt noch von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Schuldnerin auszugehen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses. Sollte es zu einer erneuten Konkurseröffnung kommen, wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen.

3.

Die Kosten des Konkurseröffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 6. Februar 2018, 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag (Fr. 44'649.35) Fr. 43'553.35 an die Gläubigerin und den Rest an die Schuldnerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt Andelfingen wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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 auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels act. 8, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Andelfingen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Andelfingen, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Andelfingen, 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:

lic. iur. O. Canal

versandt am:  
5. März 2018