

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS180068-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 29. Mai 2018

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 3. Mai 2018 (EK180502)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 3. Mai 2018 für eine Forderung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 37'995.80 nebst Zins zu 5 % seit 27.12.2017 abzüglich Teilzahlung von Fr. 17'608.31 seit 27.12.2017 und Fr. 306.60 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 6), Fr. 50.00 Mahnkosten und Fr. 1'473.15 5% Verzugszins vor Betreuung über die A._____ GmbH (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Schuldnerin) den Konkurs (act. 3). Mit Eingabe vom 9. Mai 2018 (Poststempel) erhob die Schuldnerin Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses (act. 2 sinngemäss). Unter Hinweis auf einen Auszug der B._____ [Bank](act. 4/1/3) machte sie geltend, sie habe ungeachtet der bereits erfolgten Teilzahlungen am 8. Mai 2018 der Gläubigerin Fr. 39'825.55 überwiesen. Wie das Gericht den Kontoauszügen der B._____ entnehmen könne, verfüge die Firma über genügend liquide Mittel (act. 2). Mit Verfügung vom 11. Mai 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt. Die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass sie bislang die Hinterlegung der konkursamtlichen Kosten einschliesslich der erstinstanzlichen Spruchgebühr beim Konkursamt Unterstrass-Zürich mittels Urkunden nicht nachgewiesen und auch ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht habe. Die eingereichten Geschäfts-Kontoauszüge der B._____ reichten dafür nicht aus. Wieviel Schulden diesen Guthaben gegenüber ständen, sei nicht bekannt. Bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist könne sie ihre Beschwerdeschrift ergänzen. Ausserdem wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das vorliegende Verfahren angesetzt (act. 7). Diese Verfügung wurde der Schuldnerin am 14. Mai 2018 zugestellt (act. 8/1). Am gleichen Tag wurde der Vorschuss bei der Obergerichtskasse bar einbezahlt (act. 9). Mit Eingabe vom 23. Mai 2018 (Poststempel) reichte die Schuldnerin u.a. diverse Unterlagen zum Nachweis ihrer Zahlungsfähigkeit ein (act. 11/1-4).

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, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Wird Tilgung geltend gemacht, hat der Schuldner nachzuweisen, dass er die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten bezahlt hat. Zu den zur Schuld gehörenden Kosten gehören nebst den Betreuungskosten die erstinstanzliche Spruchgebühr, vorliegend Fr. 400.-, sowie die beim zuständigen Konkursamt anfallenden Kosten. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

Wie bereits in der Verfügung vom 11. Mai 2018 ausgeführt wurde, ist die Beschwerde innert einer Frist von 10 Tagen (Poststempel) ab Zustellung des erstinstanzlichen Entscheides beim Obergericht einzureichen und abschliessend zu begründen. Diese Frist kann nicht erstreckt werden. Das Urteil wurde der Schuldnerin am 4. Mai 2018 zugestellt (act. 6/11). Die 10tägige Beschwerdefrist lief am 14. Mai 2018 ab. Die Eingabe vom 23. Mai 2018 (act. 10) erfolgte demnach nach Ablauf der Rechtsmittelfrist und kann deshalb grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden.

3. a) Im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist kein Beweisverfahren über den Bestand bzw. die Höhe der Konkursforderung durchzuführen. Unabhängig davon, ob die Schuldnerin die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung bestreitet, weist das Obergericht deren Beschwerde ab, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht erfüllt sind. Es drängt sich aber vorliegend auf, ein paar Ausführungen zur Höhe der Konkursforderung zu machen.

b) Das Konkursöffnungsbegehren wurde am 21. März 2018 gestellt für eine Forderung von Fr. 22'217.24 zuzüglich Zinsen seit 27.12.2017 (act. 6/1), welche bis zur Konkursöffnung Fr. 354.70 ausmachten (vgl. act. 12). Da-

bei berücksichtigte die Gläubigerin - entgegen den Ausführungen der Schuldnerin - die am 11.12.2017 erfolgten Zahlungen. Aus dem von der Schuldnerin eingereichten Kontoauszug der Gläubigern wird auf dem Kontokorrent der Schuldnerin per 31.3.2018 ein Saldo von Fr. – 4'642.12 und auf dem Betreuungskonto der Schuldnerin ein Saldo von Fr. – 22'217.24 ausgewiesen (vgl. act. 4/2). Der Konkurs wurde für eine Forderung von insgesamt Fr. 22'571.94 (Fr. 22'217.24 zuzügl. Zinsen von Fr. 354.70) eröffnet (act. 11 i.V.m. act. 3). Nicht berücksichtigt wurde die am 10. April 2018 getätigte Zahlung von Fr. 4'642.12 (vgl. act. 4/1/4), welche den Ausgleich der laufenden Prämien betraf (vgl. act. 4/2). Die Schuldnerin machte ferner geltend, die Gläubigerin sei von falschen BVG-Beiträgen ausgegangen, per 1.1.2018 seien lediglich Fr. 33'339.29 statt Fr. 37'995.80, wovon die Gläubigerin ausgehe, geschuldet gewesen (act. 2). Diesbezüglich verweist sie auf die persönlichen Ausweise für C._____ vom 4. April 2018 (act. 4/3/1, Fr. 23'050.84) und für D._____ (act. 4/3/2, Fr. 10'288.45). Die Schuldnerin übersieht, dass es sich dabei um das auf dem Vorsorgeausweis per 1. Januar 2018 ausgewiesene Altersguthaben (sogenanntes Sparkapital) handelt und daraus nicht die Höhe der BVG-Beiträge, welche auch Risikobeiträge beinhalten, geschlossen werden kann (vgl. act. 4/3/1-2).

4. a) Mit der Beibringung eines Beleges der B._____ für die Überweisung von Fr. 39'825.55 (Valuta-Datum 8. Mai 2018) an die Gläubigerin (act. 4/1/2-3) hat die Schuldnerin die Tilgung der Konkursforderung nachgewiesen. Auch hat sie die Kosten des Konkursamtes (inkl. vorinstanzlicher Spruchgebühr) innert der Rechtsmittelfrist beim Konkursamt Unterstrass-Zürich hinterlegt (act. 11/5).

b) Damit ist eine konkurshindernde Tatsache (Tilgung) im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG dargetan. Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete die Schuldnerin einen Barvorschuss (act. 9).
5. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft

zu machen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. 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 (BGer 5A_921/2014 vom 11.03.2015 Erw. 3.1). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und die Schuldnerin auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_921/2014 vom 11.03.2015 Erw. 3.1).

b) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Das Obergericht hat keine Verpflichtung, selber einen aktuellen Betreibungsregisterauszug beim Betreibungsamt einzufordern. Vielmehr liegt es in der Verantwortung der Partei, binnen Frist möglichst aussagekräftige vollständige und aktuelle Angaben zu ihrer finanziellen Lage, insbesondere zu Einkommen, Vermögen und Schuldendienst vorzulegen (BGer 5A_921/2014 vom 11.03.2015 Erw. 3.4.2.) Weiter sind auch aktuelle Kreditoren- und Debitorenlisten sowie eine Bilanz oder allenfalls Zwischenbilanz hilfreich, die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners einzuschätzen. Auf die Möglichkeit der Beibringung solcher Unterlagen wurde die Schuldnerin in der Verfügung

vom 11. Mai 2018 hingewiesen (act. 7). Sie unterliess es aber, diese Unterlagen dem Gericht rechtzeitig, d.h. innert der Rechtsmittelfrist einzureichen, weshalb die Beilagen (act. 11/1-4) zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden können.

Berücksichtigt werden können hingegen zwei Geschäftskonto-Auszüge der B._____ (act. 4/1/1-2). Auf dem €-Konto werden per 7. Mai 2018 Guthaben im Umfang von € 120'687.33 (act. 4/1/1, bei einem Kurs von Fr. 1.1621 entsprechend Fr. 140'250.74) und auf dem CHF-Konto per 8. Mai 2018 von Fr. 996.31 ausgewiesen (act. 4/1/2). Unter Berücksichtigung, dass die Schuldnerin der Gläubigerin für die Konkursforderung Fr. 17'253.61 (Fr. 39'825.55 – Fr. 22'571.94) zu viel bezahlt hat, steht ihr somit ein Guthaben von Fr. 158'500.66 [(Fr. 140'250.74 + Fr. 996.31) + Fr. 17'253.61] zur Verfügung. Wieviele Schulden diesem Guthaben gegenüber stehen, ist dem Gericht nicht bekannt. Aus den eingereichten BVG-Unterlagen (act. 4/3/1-2 und act. 4/2) ergibt sich, dass die Schuldnerin lediglich zwei Angestellte hat, den Gesellschafter und Geschäftsführer D._____ (act. 5) und C._____. Nur einer, nämlich C._____, bezieht 2018 einen BVG-pflichtigen Jahreslohn (brutto Fr. 61'100.–, act. 4/3/1-2). Die Lohnkosten halten sich demnach in Grenzen. Die Gesellschaft bezweckt Handel mit Papier und Pappe, Papier-Produkten im Allgemeinen und ... (act. 5). Sie ist seit dem tt.mm.1998 im Handelsregister eingetragen (act. 5). In Anbetracht der Langlebigkeit dieser Firma - bislang wurde, mit vorliegender Ausnahme, noch nie ein Konkurs über sie eröffnet (vgl. act. 13) - und dessen, dass die Schuldnerin in der Lage war, den ansehnlichen Betrag von Fr. 39'825.55 innert vier Tagen nach Zustellung des vorinstanzlichen Urteils an die Gläubigerin zu bezahlen, spricht doch einiges dafür, dass sie ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen vermag. Hiefür sprechen auch die vorhandenen Guthaben auf den Geschäftskonten der B._____ (act. 4/1/1-2)

6. a) Gestützt auf obige Erwägungen hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zum heutigen Zeitpunkt hinreichend glaubhaft gemacht. Die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen

zur Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses sind erfüllt, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.

b) Die Schuldnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass die Anforderungen bei einer neuerlichen Konkursöffnung strenger wären und sie mit einer Eingabe, wie der hier vorgelegten, mithin ohne umfassende Darlegung der Einnahmen- und Kostensituation während der Beschwerdefrist keinen Erfolg mehr haben würde.

7. 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 Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. Mai 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. Das Konkursamt Unterstrass-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'400.– (Fr. 2'000.– 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 auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Unterstrass-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Han-

delsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 6, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
30. Mai 2018