

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180217-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-  
richtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 3. Dezember 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Sammelstiftung BVG der B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch B.\_\_\_\_\_ AG

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach  
vom 29. Oktober 2018 (EK180501)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregisterauszug bezweckt sie den Transport von Kies und Beton (vgl. act. 4).

1.2. Mit Urteil vom 29. Oktober 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Bülach (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 180'193.30 nebst 3.75 % Zins seit 1. Januar 2018, Fr. 500.– Umtriebsspesen und Fr. 415.60 Betreuungskosten, abzüglich der geleisteten Teilzahlungen vom 30. Juli 2018 und 13. August 2018 von je Fr. 4'966.05 (act. 3).

1.3. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 2. November 2018 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 2).

1.4. Mit Verfügung vom 5. November 2018 wurde die Schuldnerin aufgefordert, für das Beschwerdeverfahren innert 10 Tagen ab Zustellung der Verfügung einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu bezahlen. Die Schuldnerin hat die Verfügung innert der siebentägigen Abholfrist nicht abgeholt (act. 7/1) und den Kostenvorschuss nicht bezahlt. Eine Nachfristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses erübrigt sich jedoch, da die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn die Beschwerde führende Partei vor Ablauf der Beschwerdefrist ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und insbesondere durch Urkunden nachweist, dass inzwischen (d.h. noch vor Ablauf der Beschwerdefrist) die Schuld (Forderung), einschliesslich Zinsen und Kosten, bezahlt oder beim Obergericht hinterlegt worden ist, oder dass die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet hat.

2.2. Mit Eingabe vom 2. November 2018 erhob die Schuldnerin zwar rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Darin behauptete sie jedoch lediglich, sie sei in der Lage, die offene Forderung zu begleichen. Sie habe bereits mit der Abzahlung begonnen, die Gläubigerin sei jedoch trotz vielen Versuchen nicht bereit, eine Abzahlungsvereinbarung einzugehen.

2.3. Da die Schuldnerin in ihrer Eingabe vom 2. November 2018 weder einen Konkurs hinderungsgrund dargelegt noch Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit eingereicht hatte, wurde sie mit Verfügung vom 5. November 2018 auf diese Mängel hingewiesen. Sie wurde darauf aufmerksam gemacht, dass sie bis zum Ablauf der Beschwerdefrist Zeit habe, ihre Beschwerde zu ergänzen. Diese Frist endete am 12. November 2018 (vgl. act. 5/12).

2.4. Obwohl die Verfügung vom 5. November 2018 der Schuldnerin auch per A-Post zugestellt wurde, hat sich diese nicht mehr vernehmen lassen. Da die Schuldnerin somit einzig dargelegt hat, dem Betreibungsamt zugunsten der Gläubigerin mit mehreren Teilzahlungen insgesamt Fr. 40'000.– bezahlt zu haben, die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung der Gläubigerin aber wesentlich höher ist, hat die Schuldnerin diese Forderung weder getilgt noch hinterlegt. Für das vorliegende Verfahren ist im Übrigen nicht relevant, dass und weshalb die Gläubigerin der Schuldnerin keine Ratenzahlung gewährte. Die Schuldnerin hätte die Konkursöffnung nur mit dem Nachweis der vollständigen Tilgung der offenen Forderung der Gläubigerin oder einer Erklärung, wonach die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichte, verhindern können. Dies hat sie weder vor Vorinstanz noch im Beschwerdeverfahren vorgebracht.

2.5. Die Schuldnerin bringt ferner vor, die Konkursverhandlung vor Vorinstanz habe trotz Verhandlungsunfähigkeit ihres Geschäftsführers in Abwesenheit desselben stattgefunden.

2.5.1. Aus den Akten der Vorinstanz folgt, dass die Schuldnerin mit Schreiben vom 13. Oktober 2018 (eingegangen bei der Vorinstanz am 16. Oktober 2018) mit der Begründung, der Geschäftsführer falle infolge Krankheit längere Zeit aus, um die Verschiebung der Verhandlung auf einen Termin im Dezember ersuchte

(act. 5/8). Daraufhin forderte die Vorinstanz die Schuldnerin per E-Mail auf, innert 5 Tagen ein ärztliches Zeugnis einzureichen (act. 5/9). Nachdem bis am 25. Oktober 2018 kein solches Zeugnis nachgereicht wurde, lehnte die Vorinstanz das Verschiebungsgesuch am 25. Oktober 2018 ab und wies darauf hin, dass die Verhandlung am 29. Oktober 2018 stattfinden werde (vgl. act. 5/10).

2.5.2. Die Schuldnerin bringt nun vor, sie habe der Vorinstanz das Arztzeugnis mit einer Bestätigung der 100-prozentigen Verhandlungsunfähigkeit ihres Geschäftsführers am Verhandlungstag um 08.25 Uhr per E-Mail zugesandt. Die Schuldnerin bringt aber weder ein Beleg für diese Behauptung vor, noch findet sich eine entsprechende E-Mail in den Akten der Vorinstanz. Die Behauptung gilt daher als unbewiesen, weshalb darauf nicht abgestellt werden kann.

2.5.3. Es ist anzufügen, dass eine E-Mail am Morgen des Verhandlungstages bei bereits länger bekannter respektive behaupteter Verhandlungsunfähigkeit nicht rechtzeitig ist und ein Gericht ein solch verzögertes Verschiebungsgesuch auch ohne weitere Prüfung abweisen kann. Auch eine Wiederherstellung im Sinne einer neuen Festsetzung eines Verhandlungstermins würde vorliegend daran scheitern, dass die (behauptete) Nachreichung des Arztzeugnisses als Beleg für die Verhandlungsunfähigkeit früher hätte erfolgen können und daher nicht von einem bloss leichten Verschulden am Versäumnis ausgegangen werden kann (vgl. Art. 148 ZPO). Im Übrigen müsste der Geschäftsführer bei einer bekannten und länger andauernden Krankheit für eine Vertretung besorgt sein, welche ihn auch an der Konkursverhandlung hätte vertreten können.

2.6. Abschliessend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz den Konkurs zu Recht eröffnet hat und die Schuldnerin im Beschwerdeverfahren nichts vorbringt, was zur Aufhebung des Konkurses führt. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

### 3. Kosten

Ausgangsgemäss hat die Schuldnerin auch die Kosten für das Verfahren vor Obergericht zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Bülach, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bülach, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.
4. 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:

4. Dezember 2018