

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190040-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 15. März 2019

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom tt.mm.2019 (EK190022)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2009 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Erbringung von Beratung- und Supportleistungen in den Bereichen General-Management, Controlling & Finance, Legal & Tax, IT, Human Resources und Marketing & Communication. Weiter bezweckt sie die Beratung von grossen und mittelgrossen Unternehmen sowie Unternehmensgruppen auf der Basis betriebswirtschaftlicher und steuerrechtlicher Erkenntnisse, u.a. im Bereich der Verrechnungspreise bzw. der Konzernverrechnungspreise, die Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten, den Erwerb und das Inkasso von Forderungen sowie den nationalen und internationalen Handel mit Gütern aller Art (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom tt.mm.2019, 10.00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderungen der Gläubigerin (act. 3 = act. 8/6 S. 2):

CHF	3'489.85	nebst Zins zu 5 % seit 14.09.2018
CHF	100.00	Betreibungskosten
CHF	50.00	Mahnkosten
CHF	53.30	5 % Verzugszins vor Betreuung
CHF	233.10	Betreibungskosten

1.3. Gegen die Konkursöffnung kann beim Obergericht innert 10 Tagen Beschwerde erhoben werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Darauf hat die Vorinstanz richtig hingewiesen (act. 3 S. 2 f., Dispositiv-Ziffer 5). Der vorinstanzliche Entscheid wurde der Schuldnerin am 1. März 2019 zugestellt (act. 8/7). Die Beschwerdefrist lief am Montag, 11. März 2019, ab. Mit ihrer Eingabe vom 11. März 2019 (Datum Poststempel; Datum Eingang: 12. März 2019) erhob die Schuldnerin somit rechtzeitig Beschwerde gegen das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Dietikon vom tt.mm.2019. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung

(act. 2 S. 2). Mit dem heutigen Entscheid wird letzterer Antrag der Schuldnerin obsolet.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht werden (BGE 136 III 294, BGE 139 III 491).

2.2. Die Schuldnerin hat die Forderung samt Zinsen, Mahn- sowie Betreuungskosten nach der Konkursöffnung beim Betreibungsamt Dietikon bezahlt (act. 5/3). Sie hat sodann die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des Konkursamtes für die Zeit von der Konkursöffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren hinterlegt (act. 5/4). Der Konkurs ist somit aufzuheben, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat.

2.3.1. Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. 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 zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3 u.a. mit Hinweis auf BGE 132 III 715, E. 3.1).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 1. März 2019 (act. 5/6) ergeben sich neun zwischen dem 1. November 2017 und 19. November 2018 eingeleitete Betreibungen. Davon wurden vier Betreibungen – inklusive der Konkursforderung – durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt. Der Betreibungsregisterauszug weist damit noch fünf offene Betreibungen in gesamthafter Höhe von Fr. 289'797.65 aus. Die Betreibung-Nr. 1 über Fr. 1'000.00 befindet sich noch im Anfangsstadium, sie trägt den Code "ZB" für "Betreibung eingeleitet". In den Betreibungen-Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 wurde Rechtsvorschlag erhoben und die Betreibung-Nr. 5 über Fr. 25'672.70 ist bereits bis zur Konkursandrohung fortgeschritten.

2.3.3. Die Schuldnerin führt aus, die Konkursöffnung sei auf eine Verkettung unglücklicher Umstände zurückzuführen: Ihr Verwaltungsrat habe den Termin in der Agenda falsch eingetragen. Der Aktionär (und Financier) sei auf einer Geschäftsreise in Serbien gewesen, habe seine Rückreise in die Schweiz wegen einer Grippe um eine Woche verschieben müssen, sei erst am 28. Februar 2019 wieder in der Schweiz gewesen und damit zu spät um reagieren zu können (act. 2 S. 3). Die Schuldnerin geht davon aus, mit einem Guthaben von Fr. 60'000.00 über ausreichend Liquidität zu verfügen. Weitere (Geld-)Eingänge würden in den nächsten Tagen erwartet. Die derzeitige Geschäftstätigkeit sei lukrativ. Jedenfalls verfüge sie über genügende Mittel, um den Betrieb fortsetzen zu können. Der Aktionär und Verwaltungsrat seien entschlossen den Betrieb aufrechtzuerhalten. Die Schuldnerin ist der Meinung, dass nur eine Betreibung gemäss Betreibungsregister für sie kritisch werden könne, dies sei die Betreibung-Nr. 5 der B. \_\_\_\_\_ GmbH vom 1. November 2017. Bei dieser Betreibungsforderung über Fr. 25'672.70 handle es sich um eine bestrittene Schuld. Sie sei vom vorherigen Aktionär übernommen worden, welcher den neuen Aktionär darüber nicht informiert habe. Der frühere Aktionär habe sich ihr gegenüber verpflichtet, den Anspruch der B. \_\_\_\_\_ GmbH zu regeln. In zwei Wochen würden Vergleichsgespräche stattfinden. Bei den Betreibungen-Nr. 3 und Nr. 1 handle es sich um ungerechtfertigte Betreibun-

gen, seit der Erhebung des Rechtsvorschlages sei nichts mehr geschehen. Die der Betreuung-Nr. 2 zugrunde liegende Forderung betreffe ebenfalls Geschäfte des Altaktionärs. Seit der Erhebung des Rechtsvorschlages seien über 12 Monate vergangen. Die Forderung aus der Betreuung-Nr. 4 bestehe schliesslich zu Recht: Eine Einigung mit der Gläubigerin werde zurzeit ausgearbeitet (act. 2 S. 4 f.). Bei dieser Betreuungsschuld handelt es sich über die grösste Position über Fr. 216'497.70 (act. 5/6).

2.3.4. Die unbelegten, blossen Behauptungen der Schuldnerin zu den noch offenen Betreibungen genügen den hier notwendigen Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht (vgl. oben Erw. 2.3.1.). Zudem verfangen die in den Betreibungen-Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 1 von der Schuldnerin erhobenen Einwände nicht, seit Erhebung des Rechtsvorschlages habe sich nichts mehr getan. Ein Fortsetzungsbegehren kann während eines Jahres nach Zustellung des Zahlungsbefehls gestellt werden. Die Frist steht während eines (Rechtsöffnungs-)Verfahrens still (siehe Art. 88 Abs. 2 SchKG). Insbesondere bei der Betreuung-Nr. 3 vom 26. März 2018 und der Betreuung-Nr. 1 vom 31. August 2018 kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Zahlungsbefehl nicht mehr gültig wäre und die Betreuung nicht noch fortgesetzt werden könnte. Würde man zugunsten der Schuldnerin immerhin davon ausgehen, dass das Recht auf Stellung des Fortsetzungsbegehrens in der Betreuung-Nr. 2 vom 20. Dezember 2017 bereits erloschen ist, so würde dies der Schuldnerin gleichwohl nicht helfen. Es müsste immer noch von offenen Betreuungsschulden über Fr. 283'170.40 ausgegangen werden, wovon die Schuldnerin wie gesehen den Hauptteil anerkennt. Die Schuldnerin reicht zu der von ihr behaupteten Zahlungsfähigkeit als einzigen Beleg eine Vermögensübersicht der Raiffeisenbank ... [Region] ein. Diese weist ein Vermögen von Fr. 56'981.02 aus (act. 5/5), was bei weitem nicht ausreicht, um die noch offenen Betreuungsschulden zu tilgen. Hinzu kommt, dass die Schuldnerin keinen Zwischenabschluss sowie keine Kreditorenliste, Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre einreicht. Ob sie tatsächlich – wie behauptet – lukrativ wirtschaftet und insbesondere welche Einkünfte den laufenden Verbindlichkeiten gegenüberstehen, bleibt völlig im Dunkeln.

Zusammenfassend versäumt es die Schuldnerin somit, glaubhaft darzulegen, dass sie in der Lage sein wird, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit die bestehenden Schulden abzutragen. Da die Beschwerde erst nach Ablauf der Beschwerdefrist beim Obergericht eingetroffen ist (vgl. oben Erw. 1.3.), konnte die Schuldnerin auch nicht darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie die Beschwerde hinsichtlich ihrer Zahlungsfähigkeit vor Ablauf der Rechtsmittelfrist hätte ergänzen können.

2.3.5. Nach dem Gesagten ist die Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind nicht erfüllt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

3.

Die Schuldnerin ist auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, KUKO SchKG-Diggelmann, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

4.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Prozessentschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht wegen Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. 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 Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Dietikon, 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. K. Würsch

versandt am:  
15. März 2019