

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS200074-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 16. April 2020

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Februar 2020 (EK200028)

## Erwägungen:

### I.

Am 26. Februar 2020 um 11 Uhr eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich auf Begehren der "B.\_\_\_\_\_, Sammelstiftung BVG" (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin) vom 7. Januar 2020 nach vorangegangener Betreuung den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 8). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 12. März 2020 rechtzeitig Beschwerde (act. 2; Beilagen: act. 3–4 und 5/2–10; vgl. act. 10/11 und act. 13). Sie beantragt, die Konkursöffnung aufzuheben.

Mit Verfügung vom 13. März 2020 wurde der Beschwerde antragsgemäss einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Da die Schuldnerin geltend macht, am 9. März 2020 den damals noch offenen Restbetrag der in Betreuung gesetzten Forderung mit einer durch Postquittung belegten Zahlung an die "B.\_\_\_\_\_, Lebensversicherungen AG" von Fr. 2'057.30 getilgt zu haben (act. 2 Ziff. 13, act. 5/8), wurde der Beschwerdegegnerin eine in den Gerichtsferien nicht stillstehende Frist angesetzt, um dem Gericht mitzuteilen, ob die Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt sei, mit dem Hinweis, dass bei Stillschweigen angenommen würde, dies sei der Fall (act. 11). Die Gläubigerin schwieg (vgl. act. 12/2).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 10/1–12). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sichergestellt (act. 5/7).

### II.

1. Mit der Beschwerde können Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens und Entscheides gerügt werden, wobei neue Tatsachen geltend gemacht werden können, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG).

**2.** Die Schuldnerin behauptet, die Vorladung zur Konkursöffnungsverhandlung sei ihr nie zugestellt worden. Sie habe von der Konkursöffnung bzw. der Verhandlung erst mit der Kontaktierung durch das Konkursamt Kenntnis erhalten. Es liege eine Gehörsverletzung vor. Sie weist darauf hin, dass die Vorladung vom 13. Januar 2020 durch die Post am 22. Januar 2020 mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an das Gericht zurückgesandt wurde (act. 10/6 und 5/3), und macht geltend, der "allenfalls noch erfolgte zweite Zustellungsversuch mit gewöhnlicher A-Post" – er erfolgte in der Tat am 31. Januar 2020 (vgl. act. 10/6 und vorinstanzlicher Aktenumschlag) – ändere am Gesagten nichts, da eine Vorladung – und nach dem Normzweck auch eine Verhandlungsanzeige im Sinne von Art. 168 SchKG – gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO zwingend durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung erfolgen müsse (act. 2 Ziff. 4–9 und 15 f.).

**3.** Dem vorinstanzlichen Protokoll (in act. 10, nicht akturiert) ist zu entnehmen, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin zu der auf den 11. Februar 2020 angesetzten Verhandlung erschien, einen Beleg des Betreibungsamtes über eine tags zuvor geleistete Teilzahlung von – einschliesslich Inkassogebühr – Fr. 1'000.– einreichte (act. 10/7) und um eine Fristerstreckung ersuchte. Die Konkursrichterin gewährte ihm eine letzte Frist bis 26. Februar 2020; bis dahin müsse er alle Abrechnungen vorbeibringen. Auf dem vorinstanzlichen Aktenumschlag unterzeichnete die Konkursrichterin den Vermerk: "Letzte Frist bis 26.2.20, 10 Uhr".

Die Behauptung der Schuldnerin, sie habe an der Konkursverhandlung mangels Kenntnis derselben nicht teilnehmen können (act. 2 Ziff. 15), ist damit widerlegt. Die Schuldnerin hatte von der Verhandlung Kenntnis und nahm ihre Rechte wahr. Auf das Argument, eine allfällige Zustellung der Vorladung mit nicht eingeschriebener A-Post sei ungenügend, ist nicht weiter einzugehen. Nachdem der Geschäftsführer der Schuldnerin zur Verhandlung erschienen war und um Fristerstreckung ersucht hatte, ist die Berufung auf eine nicht ordnungsgemässe Zustellung der Verhandlungsanzeige rechtsmissbräuchlich. Die in Art. 138 Abs. 1 ZPO vorgeschriebene Zustellung gegen Empfangsbestätigung ist im Übrigen nicht Selbstzweck, sondern bezweckt, dass das Gericht einen Zustellungsbeleg in den

Akten hat. Der Anspruch der Schuldnerin auf rechtliches Gehör wurde nicht verletzt.

### III.

1. Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung auch aufheben, wenn der vorinstanzliche Entscheid keinen Mangel aufweist und der Konkurs zu Recht eröffnet wurde. Voraussetzung ist in diesem Fall gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG, dass der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist.

2. Die Schuldnerin belegte vor Vorinstanz mit einer Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 11, dass sie bei diesem am 10. Februar 2020 an die in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 984.65 nebst Zins zu 5 % seit 19. Juni 2019, Fr. 572.80 und Betreuungskosten von Fr. 152.60 eine Teilzahlung von Fr. 995.– geleistet hatte (act. 10/7). Im Zeitpunkt der Konkursöffnung am 26. Februar 2020 waren somit knapp Fr. 750.– offen. Diese Restschuld (Zinsen und Betreuungskosten eingeschlossen) hat die Schuldnerin mit der Zahlung von Fr. 2'057.30 am 9. März 2020 getilgt (act. 5/8). Weiter hat sie dem Konkursamt Oerlikon-Zürich am 9. März 2020 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'600.– geleistet, der im Fall einer Gutheissung der Beschwerde die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des Konkursgerichtes deckt, so dass das Konkursamt der Beschwerdegegnerin gegebenenfalls den dem Konkursgericht geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückerstatten kann (act. 5/6). Eine erste Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses ist damit erfüllt (Tilgung). Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

3. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen der Schuldner seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die be-

stehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint (KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

Die Schuldnerin ist seit November 2017 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister eingetragen. Registrierter Zweck sind der Betrieb von Kiosken und Bistros, Organisation, Betrieb und Veranstaltung von Events jeglicher Art, Import und Export von Produkten der Gastronomie- und Kiosk-Branche sowie die Erbringung sämtlicher damit zusammenhängenden Dienstleistungen (act. 5/4).

Der von der Schuldnerin eingereichte Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 11 vom 28. Februar 2020 weist sieben betreibungsrechtliche Ereignisse mit einer Forderungssumme (ohne Zinsen und Kosten) von rund Fr. 9'350.– aus. Offen sind laut Auszug zwei Betreibungsverfahren über Forderungen von insgesamt (ohne Zinsen und Kosten) rund Fr. 3'100.– (Konkursforderung eingeschlossen). Nachdem die Schuldnerin die Konkursforderung getilgt und am 4. März 2020 an die weitere offene, im Pfändungsstadium befindliche Betreuung eine Teilzahlung von Fr. 900.– geleistet hat (act. 5/10), sind noch knapp Fr. 800.– offen. Verlustscheine sind keine registriert (act. 5/9; vgl. act. 2 Ziff. 13 f.).

Die Schuldnerin äussert sich nicht zum Geschäftsgang. Beweismittel für ihre aktuelle finanzielle Lage liegen nicht vor. Der Betreibungsregisterauszug gibt immerhin einen gewissen Aufschluss über ihr Zahlungsverhalten. Der Umstand, dass sämtliche Betreuungsforderungen bis auf einen Teilbetrag von knapp Fr. 800.– bezahlt sind, lässt es als glaubhaft erscheinen, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gegeben ist. Sollte es demnächst erneut zu einer Konkursöffnung kommen, hätte die Schuldnerin zu gewärtigen, dass strengere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt würden.

**4.** Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erweisen sich somit als erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen. Sie hat die Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis veranlasst.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. Februar 2020 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Die von der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'000.– (Fr. 1'600.– 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 auszuführen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 samt Beweismittelverzeichnis, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Zürich 11, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: