

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS120216-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

## Urteil vom 30. November 2012

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. November 2012 (EK121591)

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Am 1. November 2012, 10.00 Uhr, wurde über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 7'042.50 nebst Zins zu 5% seit dem 31. März 2011, Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 100.– Inkassokosten und Fr. 191.– Betreuungskosten der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 9). Der Entscheid wurde der Schuldnerin am 2. November 2012 zugestellt (act. 10/7). Mit rechtzeitig eingereicherter Beschwerde vom 12. November 2012 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und die Wiedereinsetzung in die Verfügung über ihr Vermögen, und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

#### **2.**

Bei der Gläubigerin handelt es sich um eine nach privatem Recht organisierte Auffangeinrichtung BVG. Es ist deshalb zu erwähnen, dass Art. 43 Ziff. 1 SchKG einer Konkurseröffnung nicht im Wege steht. Die Bestimmung ist nicht anwendbar, wenn als Stiftung privaten Rechts organisierte Auffang- oder Vorsorgeeinrichtungen BVG-Beiträge für Arbeitnehmer eintreiben (vgl. BSK SchKG I-Accocella, 2. Aufl. 2010, Art. 43 N. 6).

#### **3.**

Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Wenn der Schuldner sich auf Tilgung berufen will, muss er innert der Beschwerdefrist nicht nur die in der Konkursandrohung aufgeführten Positionen zahlen, sondern auch die Kosten des Konkursrichters und die des Konkursamtes zahlen oder sicherstellen – nur so kann dem Gläubiger bei einer Aufhebung des Konkurses der an den Konkursrichter geleistete Kosten-

vorschuss unverkürzt zurückerstattet werden (*OGerZH* PS110095 vom 6. Juli 2011 auf [www.gerichte-zh.ch/entscheide](http://www.gerichte-zh.ch/entscheide)). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind (KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 174 N. 18).

#### 4.

**1.1.** Den Kostenvorschuss leistete die Schuldnerin fristgerecht (act. 6), auf die Beschwerde kann demnach *eingetreten* werden (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

**1.2.** Gemäss Ausdruck des Geschäftsverwaltungssystems wurde dem Gerichtskonto am 9. November 2012, das heisst noch vor Ablauf der Beschwerdefrist, ein Betrag von Fr. 8'000.– überwiesen (act. 6). Erforderlich gewesen wären für Forderung, Zins bis zur Konkursöffnung (Art. 209 Abs. 1 SchKG), Betreibungs- und weitere Kosten insgesamt Fr. 7'972.95.– (vgl. act. 13).

Für die vom Konkursrichter aus dem Vorschuss der Gläubigerin direkt bezogenen Kosten der Konkursöffnung (Fr. 400.–) und die mutmasslichen Aufwendungen des Konkursamtes hinterlegte die Schuldnerin beim Konkursamt insgesamt Fr. 1'500.–, was dieses als ausreichend bezeichnete (vgl. act. 5/23 und act. 8).

Damit ist ein *Konkursaufhebungsgrund* nachgewiesen. In diesem Sinne wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 15. November 2012 die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt (act. 11).

#### 5.

**1.3.** Neben dem Konkurshinderungsgrund hat die Schuldnerin auch ihre *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft zu machen. Dazu müssen ausreichende liquide Mittel vorhanden sein, womit 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 abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es

sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als Indiz für bloss temporäre Zahlungsschwierigkeiten berücksichtigt werden.

**1.4.** Die Schuldnerin reichte zwei Beteiligungsregisterauszüge ein (act. 5/5). Aus den Beteiligungsregisterauszügen ergeben sich die folgenden, offenen Beteiligungen:

Betr. Nr.	Gläubiger	Forderung Fr.	Stand
132'135	B. _____ AG	1'319.33	Konkursandrohung
133'527	C. _____ AG	3'293.20	Konkursandrohung
134'355	D. _____ AG	9'905.20	Konkursandrohung
134'345	ESTV / Abteilung MWST	9'000.–	Fortsetzungsbegehren
134'647	... Abfall	311.05	Fortsetzungsbegehren
134'660	SUVA ...	8'655.70	Fortsetzungsbegehren
134'404	E. _____	3'776.–	Zahlungsbefehl
134'523	SVA Ausgleichskasse ZH	3'327.–	Zahlungsbefehl
134'547	SVA Ausgleichskasse ZH	20'098.35	Zahlungsbefehl
134'803	F. _____ AG	714.70	Zahlungsbefehl
135'382	SVA Ausgleichskasse ZH	2'323.60	Zahlungsbefehl (noch nicht zugestellt)
Total		<u>62'724.13</u>	

**1.5.** Bezahlt wurden in der Zwischenzeit (d.h. am 8. November 2012) die Rechnungen der ... in der Höhe von Fr. 311.05 (vgl. act. 2 S. 8 und act. 5/12) und der F. \_\_\_\_\_ AG im Umfang von Fr. 704.70 (act. 2 S. 8 und act. 5/14) – von der F. \_\_\_\_\_ AG wurde allerdings ein Betrag von Fr. 714.70 (vgl. Tabelle oben) in Beteiligung gesetzt. Ferner wurde die Forderung der C. \_\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 3'293.20 zuzüglich Zinsen und Beteiligungskosten bezahlt (vgl. act. 2 S. 6 und act. 5/7); es liegt eine Belastungsanzeige des Kontos der Schuldnerin vom 2. Oktober 2012 vor (act. 5/7). Die Schuldnerin bezahlte der ESTV (Eidgenössi-

sche Steuerverwaltung), Abteilung MWST, ausserdem am 17. Oktober 2012 einen Teilbetrag von Fr. 1'401.40 (act. 5/8). Die letzten beiden Zahlungen wurden im Betreibungsregisterauszug noch nicht berücksichtigt.

Dass die Forderung der B.\_\_\_\_\_ AG seit dem 11. Mai 2012 vollumfänglich bezahlt ist, konnte die Schuldnerin nicht belegen. Sie reichte einen Beleg der G.\_\_\_\_\_ AG ein (act. 2 S. 5, act. 5/6), der die Erteilung von fünf Zahlungsaufträgen im Gesamtbetrag von Fr. 1'275.69 am 10. Mai 2012 belegt, aus welchem sich aber nicht ergibt, dass die Zahlung, die nur bei Kontodeckung vorgenommen wird und noch widerrufbar war, auch tatsächlich erfolgt ist.

Die in Betreuung gesetzten Forderungen von Fr. 62'724.13 reduzieren sich demnach um Fr. 5'710.35 auf Fr. 57'013.78. Diesen Forderungen steht per 12. November 2012 ein Kontokorrent-Guthaben der Schuldnerin bei der G.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 79'792.95 (vgl. act. 2 S. 9 und act. 5/20) gegenüber. Damit ist die Schuldnerin in der Lage, sämtliche Forderungen sofort zu tilgen, was ihre Zahlungsfähigkeit in genügendem Umfang belegt. Dass sich die Schuldnerin für die ratenweise und nicht die sofortige Abzahlung der Schulden entschieden hat, schadet nicht: Ist sie zur sofortigen Tilgung der Schulden in der Lage, ist sie auch zur ratenweisen Tilgung in der Lage. Auf die diversen Abzahlungsverträge, welche bei den Akten liegen, ist deshalb nicht näher einzugehen (vgl. act. 5/9, act. 5/13, act. 5/10). Die Schuldnerin hat sodann eine handschriftliche Debitoren- / Kreditorenliste eingereicht (act. 5/17), aus welcher sich ergibt, dass sie über offene Forderungen im Umfang von Fr. 223'247.05 und über Schulden im Umfang von Fr. 71'219.60 verfügt. Die im Kontoauszug des Kontokorrentkontos ausgewiesenen 14 Gutschriften im Zeitraum vom 5. bis 12. November 2012 im Gesamtumfang von Fr. 81'428.55 sind Teil der im Übrigen nur ausnahmsweise (vgl. act. 5/22) belegten Debitorenliste, was es als glaubhaft erscheinen lässt, dass diese Guthaben auch tatsächlich bestehen. Auch wenn man die Gutschriften vom Gesamtbetrag der Debitoren in Abzug bringt, verbleiben offene Forderungen der Schuldnerin von Fr. 141'818.50, denen Kreditoren von Fr. 71'219.60 und die in der Kreditorenzusammenstellung nicht berücksichtigten offenen Betreibungen von Fr. 31'387.23 (Fr. 62'724.13 abzüglich die berücksichtigten Forderungen der

D.\_\_\_\_\_ AG, der ESTV, der SUVA sowie der E.\_\_\_\_\_ im Gesamtbetrag von Fr. 31'336.90), d.h. total Fr. 102'606.83 gegenüberstehen. Auch hier ergibt sich ein Guthabenüberschuss. Es erweist sich als glaubhaft, dass die Schuldnerin ein aktives Unternehmen führt und in absehbarer Zukunft weitere Zahlungen eingehen werden, so dass ihr eine gute Prognose gestellt werden kann.

**1.6.** Zuzustimmen ist der Schuldnerin in ihrer kundgetanen Absicht, sie werde sich in Zukunft gewissenhafter mit der Geschäftsadministration befassen. Dies beinhalte auch die Einforderung der hohen Debitorenausstände, was sie nunmehr wieder an die Hand nehmen werde (act. 2 S. 10). Die Schuldnerin bringt vor, es werde eine Person mit kaufmännischer Ausbildung eingestellt, welche sich ausschliesslich um Administrativaufgaben wie Rechnungsstellung, Zahlungen etc. kümmere. Dadurch solle vermieden werden, dass die Gesellschaft je wieder in eine solch missliche Lage gerate (act. 2 S. 10 und S. 7). Dies erscheint, vor allem angesichts der vielen bereits früher gegen die Schuldnerin eingeleiteten Betreibungen, sachgerecht (vgl. act. 5/5).

**1.7.** Die Schuldnerin hat glaubhaft dargetan, dass sie über genügend liquide Mittel verfügt, um die kurzfristigen Verbindlichkeiten zu tilgen, und dass sie auch in Zukunft bemüht und in der Lage sein wird, ihre Schulden abzutragen. Es bleibt daher beim positiven Ergebnis der Prüfung der Zahlungsfähigkeit. Die Beschwerde ist gutzuheissen.

## **6.**

**1.8.** Die Schuldnerin hat erst nach Konkurseröffnung die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses geschaffen (sie erschien trotz Vorladung nicht zur Verhandlung, weil sie den Termin vergass [vgl. act. 2 S. 9]), und es sind ihr daher alle Kosten aufzuerlegen.

**1.9.** Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzusetzen, der Schuldnerin aufzuerlegen und von dem von ihr geleisteten Barvorschuss zu beziehen. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– ist der Schuldnerin aufzuerlegen.

**1.10.** Das Konkursamt H. \_\_\_\_\_ ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin, 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 auszus zahlen.

**1.11.** Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, von dem bei ihr einbezahlten Totalbetrag von Fr. 8'000.– der Gläubigerin den Betrag von Fr. 7'972.95.– (Forderung zuzüglich Betreuungskosten und weitere Kosten [vgl. Ziff. 4.2.]) und der Schuldnerin Fr. 27.05.– auszus zahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 1. November 2012, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt H. \_\_\_\_\_ 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 auszus zahlen.

4. Die Gerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr einbezahlten Totalbetrag von Fr. 8'000.– der Gläubigerin den Betrag von Fr. 7'972.95.– (Forderung zuzüglich Betreuungskosten und weitere Kosten) und der Schuldnerin Fr. 27.05.– auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich, (mit besonderem Hinweis auf die Dispo-Ziffer 3) das Konkursamt H.\_\_\_\_\_ und (mit besonderem Hinweis auf die Dispo-Ziffer 4) an die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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. A. Muraro-Sigalas

versandt am: