

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS120248-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 31. Dezember 2012

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 11. Dezember 2012 (EK120329)

Erwägungen:

1.

Am 11. Dezember 2012, 11.00 Uhr, wurde über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 2'122.55 der Konkurs eröffnet (act. 4 = act. 7/6). Der Entscheid wurde der Schuldnerin am 17. Dezember 2012 zugestellt (act. 7/7). Mit Beschwerde vom 21. Dezember 2012 (Poststempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses (act. 3).

Da die Eingabe vom 21. Dezember 2012 keine Unterschrift trug, wurde C. _____ (Geschäftsführer der Schuldnerin) am 28. Dezember 2012 telefonisch kontaktiert, um ihm mitzuteilen, dass schriftlich eine Frist zur Verbesserung (Unterzeichnung der Beschwerde) angesetzt werde (act. 8). C. _____ sprach gleichentags persönlich vor, unterzeichnete die Beschwerde und leistete den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– (act. 8 und act. 9).

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 Kostenvorschuss unverkürzt zurückerstattet werden (*OGerZH* PS110095 vom 6. Juli 2011 auf 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.

4.1. Den Kostenvorschuss leistete die Schuldnerin fristgerecht (act. 9), auf die Beschwerde kann demnach *eingetreten* werden (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

4.2. Aus den bei der Kammer eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Schuldnerin der Gläubigerin den Forderungsbetrag von Fr. 2'122.55, für welchen der Konkurs eröffnet wurde, am 17. Dezember 2012 per Einzahlungsschein überwies (vgl. act. 4 und act. 5/1). Ausserdem überwies die Schuldnerin am selben Tag und per Einzahlungsschein Fr. 250.– an die Bezirksgerichtskanzlei Uster (act. 5/2). Ferner bezahlte die Schuldnerin dem Konkursamt D._____ Fr. 500.– (act. 5/3). Dieses bestätigte den Erhalt des Betrages und dass damit die bei einer Aufhebung des Konkurses anfallenden Gebühren und Auslagen des Konkursverfahrens (inkl. Kosten des Bezirksgerichts Uster) gedeckt seien (act. 5/4; dass das Konkursamt für seine Tätigkeit nur Fr. 50.– beansprucht, ist bemerkenswert, doch ist es nicht Sache der Kammer, das zu hinterfragen).

Damit ist ein *Konkursaufhebungsgrund* nachgewiesen. In diesem Sinne wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 28. Dezember 2012 die aufschiebende Wirkung einstweilen zuerkannt (act. 10).

5.

5.1. 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.

5.2. Aus dem von der Schuldnerin eingereichten Beteiligungsregisterauszug vom 21. Dezember 2012 (act. 5/5) ergibt sich Folgendes: Im Jahr 2010 wurden gegen die Schuldnerin keine Beteiligungen eingeleitet, im Jahr 2011 wurden gegen sie fünf Beteiligungen im Umfang von Fr. 6'998.70 eingeleitet, jedoch vollständig bezahlt. Im Jahr 2012 wurden zwölf Beteiligungen von insgesamt Fr. 15'698.57 eingeleitet, wovon zehn Beteiligungen im Betrag von Fr. 13'001.02 bereits wieder bezahlt wurden. Konkursandrohungen lagen über einen Gesamtbetrag von Fr. 2'184.47 vor, Fr. 2'122.55 wurden für die gegenständliche Konkursforderung bezahlt.

5.3. Es bestehen somit noch offene Beteiligungen (über deren Stadien nichts bekannt ist) von Fr. 2'697.55 (Fr. 15'698.57 abzüglich Fr. 13'001.02) sowie eine Beteiligung mit Konkursandrohung von Fr. 61.92 (Fr. 2'184.47 abzüglich Fr. 2'122.55). Kurzfristige Verbindlichkeiten, welche unmittelbar zu bedienen sind, sind in erster Linie Beteiligungen mit Konkursandrohung. Obwohl grundsätzlich bei (noch) bestehenden Beteiligungen im Stadium der Konkursandrohung keine gute Prognose gestellt werden kann, ist hier angesichts der bescheidenen Forderung von Fr. 61.92 von der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin auszugehen. Es bestehen keine weiteren unmittelbar zu bedienende Verbindlichkeiten. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen.

6.

6.1. Die Schuldnerin hat erst nach Konkurseröffnung die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses geschaffen, und es sind ihr daher alle Kosten aufzuerlegen.

6.2. 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. 450.– ist der Schuldnerin aufzuerlegen.

6.3. Die Kasse des Bezirksgerichts Uster ist anzuweisen, den Betrag von Fr. 250.– (vgl. Ziff. 4.2. vorstehend) der Schuldnerin auszuzahlen.

6.4. Das Konkursamt D. _____ ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin, Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 11. Dezember 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. 450.– wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Kasse des Bezirksgerichts Uster wird angewiesen, den Betrag von Fr. 250.– der Schuldnerin auszuzahlen.

4. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'050.– (Fr. 500.– Zahlung der Schuldnerin, Fr. 1'550.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuführen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie (mit besonderem Hinweis auf die Dispo-Ziffer 3) an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (mit besonderem Hinweis auf die Dispo-Ziffer 4) an das Konkursamt D._____ und an die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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: