

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS130212-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili.

Urteil vom 16. Dezember 2013

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C._____ AG,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. November 2013 (EK130395)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 28. November 2013 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 7). Mit Beschwerde vom 4. Dezember 2013 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung (act. 2). Mit Präsidialverfügung vom 5. Dezember 2013 wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass der Konkursaufhebungsgrund der Tilgung voraussetze, dass nicht nur die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bezahlt sei, sondern auch die Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichts hinterlegt seien, was durch Urkunden zu belegen sei (act. 10). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 15/23 und act. 18). Zudem reichte die Beschwerdeführerin mit Eingaben vom 5. und 6. Dezember 2013 diverse weitere Unterlagen nach und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 12-15). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 9. Dezember 2013 entsprochen (act. 16).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer mit der Beschwerde Zahlungsbelege eingereicht, aus welchen ersichtlich ist, dass sie am 16. August 2013 dem Betreibungsamt D._____ zugunsten der Beschwerdegegnerin Fr. 3'000.-- (act. 5/1) sowie am 26. November 2013 und am 4. Dezember 2013 der Beschwerdegegnerin direkt Fr. 15'882.50 und Fr. 490.-- (act. 5/2-3) überwiesen hat. Zudem hat sie ein Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 4. Dezember 2013 eingereicht, worin die Beschwerdegegnerin mitteilt, dass die Beschwerdeführerin den betriebenen Ausstand beglichen habe, und sie das Konkursbegehren zurückziehe (act. 5/4). Ferner hat die Beschwerdeführerin eine Quittung des Konkursamtes D._____ vom 6. Dezember 2013 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet hat (act. 15/22). Damit hat die Beschwerdeführerin sowohl den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG als auch denjenigen des Gläubigerverzichts gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG innert der Rechtsmittelfrist durch Urkunden nachgewiesen.

4.1 Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners gilt sodann als glaubhaft gemacht, wenn für ihr Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für

eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf un-
absehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012,
E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom
20. April 2012, E. 3.1; 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle
Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von
der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betrei-
bungsamtes D._____ vom 29. November 2013 (act. 5/16) weist für die Zeit von
Juli 2011 bis November 2013 23 Beteiligungen im Gesamtbetrag von
Fr. 92'816.50 aus, wovon drei Beteiligungen im Betrag von Fr. 2'830.90 durch
Zahlung an das Beteiligungsamt oder an die Gläubigerin erledigt wurden. Dem-
nach bestehen gemäss diesem Beteiligungsregisterauszug abzüglich der Kon-
kursforderung (Fr. 18'148.90) derzeit noch 19 offene Beteiligungen in der Höhe
von Fr. 71'836.70. Verlustscheine bestehen keine. Bei den offenen Beteiligungen
handelt es sich um 7 Beteiligungen über insgesamt Fr. 13'062.90, bei welchen
ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, um 4 Beteiligungen in
Höhe von Fr. 41'140.10.--, bei welchen Rechtsvorschlag erhoben wurde, und
8 Beteiligungen über Fr. 17'633.70.--, bei welchen erst der Zahlungsbefehl zuge-
stellt wurde.

4.3 Zu den offenen Beteiligungen führt die Beschwerdeführerin aus, dass zwi-
schenzeitlich bis auf 5 Forderungen (Beteiligungen Nr. 1, 2, 3, 4 und 5) alle übr-
igen bezahlt seien (act. 2 S. 6 f. und act. 5/16). Die 5 Forderungen seien teilweise
bestritten und im unbestrittenen Umfang würden derzeit Gespräche mit den Gläu-
bigerinnen betreffend Abzahlungsvereinbarungen laufen (act. 2 S. 7). Zu diesen
Ausführungen reicht die Beschwerdeführerin diverse Belege ein. Diesen Belegen
kann jedoch nur die Erledigung von zwei Beteiligungen (Nr. 6, 7) über Fr. 1'479.60
und Fr. 3'425.-- entnommen werden (act. 5/18-19 und act. 13). Zudem wurden am
26. November 2013 und am 4. Dezember 2013 in zwei Beteiligungen (Nr. 8 und
Nr. 9) Teilzahlungen im Umfang von Fr. 1'087.25 und Fr. 932.-- geleistet (act. 5/2
und act. 5/20), worauf die Gläubigerin der einen Beteiligung über Fr. 2'946.--
(Nr. 8) immerhin das gestellte Konkursbegehren zurückgezogen hat (act. 5/17). Im

übrigen stellen die Ausführungen der Beschwerdeführerin aber bloss Behauptungen dar, die deshalb noch nicht glaubhaft sind. Dementsprechend ist vorliegend nach wie vor von offenen in Betreuung gesetzten und unmittelbar durchsetzbaren Forderungen in Höhe von rund Fr. 63'000.-- auszugehen. Dazu kommen aktuelle Kreditoren. Insgesamt beträgt die Höhe der kurzfristigen Schulden und Verbindlichkeiten gemäss provisorischer Bilanz vom 2. Dezember 2013 rund Fr. 120'000.-- (Fr. 92'330.47 + Fr. 30'915.26; act. 5/5).

4.4 Diesen Schulden stehen ebenfalls gemäss provisorischer Bilanz vom 2. Dezember 2013 Debitorenforderungen von Fr. 93'486.40 gegenüber (act. 5/5). Dabei ist jedoch nicht ersichtlich, um was für Debitoren es sich handelt, wie hoch das Delkredererisiko ist und in welchem Zeitraum mit Zahlungen gerechnet werden kann. Geht man von einem Delkredererisiko von 10 % und einer üblichen Zahlungsfrist von 30 Tagen aus, so würden der Beschwerdeführerin aber per Anfang Januar dennoch knapp Fr. 85'000.-- zur Verfügung stehen. Ferner wird die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben im Laufe des Dezembers 2013 weitere Debitorenforderungen in Höhe von Fr. 20'000.-- in Rechnung stellen können (act. 2 S. 4). Dafür reicht sie jedoch keine Belege ein und macht insbesondere auch keine substantiierten Angaben, aus welchen Aufträgen dieser Betrag resultieren sollte, weshalb er auch nicht glaubhaft erscheint. Demgegenüber können gestützt auf die von der Beschwerdeführerin eingereichten Werkverträge vom 9. Juli 2013, vom 23. September 2013, vom 4. Juli 2013, vom 6. Mai 2013 und vom 20. August 2013 Einnahmen von ungefähr Fr. 85'000.--, Fr. 20'000.-- und Fr. 41'000.--, Fr. 202'500.--, Fr. 73'000.-- sowie Fr. 16'989.85 nachvollzogen werden (act. 5/6, act. 5/7, act. 5/8, act. 5/9 und act. 5/10). Allerdings geht aus der Mehrheit dieser Verträge nicht hervor, bis wann die Arbeiten abgeschlossen waren oder werden, wann der genannte Preis fällig geworden ist oder fällig wird und wann mit den genannten Beträgen gerechnet werden kann, oder ob bereits Akontozahlungen oder gar die gesamten Beträge geleistet worden sind. Einzig aus dem Vertrag vom 4. Juli 2013 mit der E. _____ AG betreffend das Bauprojekt ..., Zürich, geht hervor, dass die Montagearbeiten (Montage von 2700 Links à Fr. 75.-) im Juli 2013 beginnen und 6 Monate dauern (act. 5/8). Dabei ist die Beschwerdeführerin zwar berechtigt, nach Massgabe des Arbeitsfortschrittes Akontozah-

lungen abzüglich eines Rückbehaltes von 10 % mit einer Zahlungsfrist von 30 Tagen zu verlangen. Da die Arbeiten aber bis zum 30. Dezember 2013 andauern, wird die Beschwerdeführerin für die letzten Arbeiten im Dezember 2013 am Ende des Monats noch Rechnung stellen können, wobei grundsätzlich mit einer Zahlung bis Ende Januar 2014 gerechnet werden kann. Hierbei erscheint es angemessen, zugunsten der Beschwerdeführerin immerhin den auf einen Monat entfallenden Betrag, nämlich rund Fr. 30'000.-- ((Fr. 202'500.-- / 6 [Monate]) minus 10 %), zu berücksichtigen.

Nach Angaben der Beschwerdeführerin sind zudem Offerten mit einem Auftragsvolumen von gesamthaft Fr. 424'672.95 pendent (act. 2 S. 5 f.). Diese Angaben decken sich insofern mit den hierzu eingereichten Offertstellungen (act. 5/11, act. 5/12, act. 5/13, act. 5/14 und act. 5/15). Da es sich aber bloss um Offerten handelt, muss der entsprechende Vertrag zuerst zustande kommen und überdies der Betrag auch tatsächlich realisiert werden, bevor er zur Schuldentilgung herangezogen werden kann. Deshalb ist der Betrag im Rahmen der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht zu berücksichtigen.

Im Weiteren weist das auf die Beschwerdeführerin lautende Firmenkonto Nr. ... bei der Zürcher Kantonalbank gemäss Auszug vom 5. Dezember 2013 einen Saldo in Höhe von Fr. 24'097.50 aus (act. 15/24).

4.5 Den ausgewiesenen Verbindlichkeiten der Beschwerdeführerin in Höhe von rund Fr. 120'000 stehen somit finanzielle Mittel von Fr. 85'000.-- (Debitoren), Fr. 30'000.-- (Einnahmen aus laufendem Auftrag) und Fr. 24'097.50 (Bankguthaben), insgesamt also knapp 140'000.--, gegenüber. Die Beschwerdeführerin kann damit die bestehenden Schulden decken. Ferner vermag die Beschwerdeführerin mit den eingereichten Offerten glaubhaft zu machen, dass sie auch in Zukunft über genügend Aufträge verfügen wird, so dass ein Ertrag erwirtschaftet werden wird, um die laufenden Kosten zu decken. Insbesondere lässt auch die eingereichte Bilanz und Erfolgsrechnung per 2. Dezember 2013 auf keine offensichtliche Zahlungsunfähigkeit der Beschwerdeführerin schliessen (act. 5/5). Immerhin beläuft sich das kurzfristige Fremdkapital auf Fr. 123'245.73, die liquiden Mittel betragen Fr. 9'775.76 und die kurzfristigen Forderungen Fr. 101'505.01. Daraus

resultiert ein Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) von 90 % ([liquide Mittel + kurzfristige Forderungen] x 100 / kurzfristiges Fremdkapital). Diese Kennzahl, welche die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens darstellt, sollte 100 % ergeben. Sie ist vorliegend nur knapp nicht erreicht. Zudem wird bei einem Umsatz von rund Fr. 530'000.-- ein Reingewinn von beinahe Fr. 100'000.-- ausgewiesen. Vor diesem Hintergrund erscheint die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin insgesamt wahrscheinlicher, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt.

5.1 Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Verfahrens trägt die unterliegende Partei. Der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

5.2 Nach der Praxis der Kammer wird der Gläubigerverzicht gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG im Hinblick auf die Kosten grundsätzlich analog dem Klagerückzug behandelt und die Verfahrenskosten werden nach dem Gesagten dem Gläubiger auferlegt (OGer ZH, PS120091 vom 31. Mai 2012, E. 8; OGer ZH, PS130043 vom 17. April 2013, E. III.1.). Im vorliegenden Fall erfolgte die Rückzugserklärung der Beschwerdegegnerin jedoch auf Grund der vollständigen Bezahlung des betriebenen Ausstandes durch die Beschwerdeführerin (act. 5/4). Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden daher grundsätzlich durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind deshalb ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Der Verzichtserklärung der Beschwerdegegnerin vom 4. Dezember 2013 kann ferner auch nicht entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin die Verfahrenskosten bereits ersetzt hätte, so dass es vorliegend dazu führen würde, dass die Beschwerdeführerin die Kosten doppelt zu tragen hätte.

5.3 Die Kosten des Konkursrichters sind sodann aus dem beim Konkursamt geleisteten, die des Beschwerdeverfahrens aus dem bei der Obergerichtskasse einbezahlten Vorschuss zu beziehen. Das Konkursamt D._____ ist anzuweisen, von

dem bei ihm einbezahlten bzw. überwiesenen Vorschüssen der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. November 2013, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Barvorschuss verrechnet. Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt D._____ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D._____, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D._____, 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. Houweling-Wili

versandt am: