

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160189-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 2. Dezember 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____ Sammelstiftung ...,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. September 2016 (EK160352)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist eine in C._____ domizilierte GmbH. Sie ist seit dem 15. August 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt hauptsächlich die Durchführung von Transporten von Wirtschaftsgütern aller Art (act. 6).

2. Mit Urteil vom 21. September 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamts D._____ den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 86'748.35 nebst Zins zu 5% seit 23. April 2016, Fr. 1'281.85 Zins vom 1. Januar 2016 bis 22. April 2016 und Fr. 500.– Umtriebsentschädigung sowie Betreuungskosten von Fr. 206.60 (act. 3 = act. 7 = act. 8/6).

3. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 7. Oktober 2016 (Datum Poststempel; vgl. auch act. 9) beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkursdekrets und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Die Kammer erkannte der Beschwerde mit Verfügung vom 10. Oktober 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zu. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 750.– zu leisten (act. 11). Der Kostenvorschuss ging fristgerecht ein (act. 12/1 und 13). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen. Die vorinstanzlichen Akten sind beigezogen (act. 8/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. 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 einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich

Zinsen und Kosten erfolgt sein (vgl. auch KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden. Nachfristen werden nicht gewährt (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2. Der Konkursöffnung liegt eine Forderung von Fr. 86'748.35 zuzüglich Zinsen und Kosten zu Grunde. Die Schuldnerin zahlte daran am 15. Juli 2016 sowie am 2. August 2016 und damit vor Konkursöffnung je Fr. 19'891.05. Das geht aus dem Konkursöffnungsbegehren der Gläubigerin vom 19. August 2016 hervor (act. 8/1). Ebenfalls vor Konkursöffnung, am 29. August 2016, überwies die Schuldnerin dem Betreibungsamt D._____ Fr. 10'000.–, wovon anschliessend Fr. 9'950.– der Gläubigerin ausbezahlt wurden (act. 5/5 S. 2). Weitere Fr. 42'000.– überwies die Schuldnerin dem erwähnten Betreibungsamt am 28. September 2016 (act. 5/7 S. 5). Dieser Betrag dient gemäss Quittung des Konkursamts C._____ vom 6. Oktober 2016 zur Tilgung der Restforderung der Gläubigerin aus der Betreuung Nr. 1 (act. 5/8). Damit wurde die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten getilgt beziehungsweise hinterlegt. Ferner belegt die Schuldnerin mittels einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes C._____ vom 6. Oktober 2016, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt zu haben (act. 5/8; vgl. auch act. 10). Damit ist der Konkursverhinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

3. Folglich bleibt noch, mit Blick in die Zukunft, die Glaubhaftigkeit der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die

Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. 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 den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss dem Auszug aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamts D._____ vom 22. September 2016 wurde die Schuldnerin im Zeitraum vom 26. Februar 2014 bis 19. September 2016 41 Mal betreiben. Der Auszug über offene Beteiligungen des Betreibungsamts D._____ vom 29. September 2016 weist – inklusive der Beteiligung, die zur Konkursöffnung führte – noch 19 offene Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 426'985.75 auf (act. 5/6).

In zwei Fällen wurden die Beteiligungen von der Gläubigerin eingeleitet (Betr. Nr. 2 = Konkursforderung sowie Betr. Nr. 3). Die Schuldnerin macht dazu geltend, die Gläubigerin habe die Prämien für das Jahr 2015 zwei Mal in Beteiligung gesetzt. Mit Bezahlung der Konkursforderung (Betr. Nr. 2) sei auch die früher angehobene Beteiligung (Betr. Nr. 3) getilgt worden (act. 2 S. 7). Diese Ausführungen bestätigte die Gläubigerin in einer E-Mail-Nachricht vom 7. Oktober 2016 (act. 5/11 S. 1). In vier weiteren Fällen (Betr. Nr.4, 5, 6, und 7) bezahlte die Schuldnerin die in Beteiligung gesetzten Forderungen am 5. Oktober 2016, was aus dem eingereichten Kontoauszug der Schuldnerin hervorgeht (act. 5/7 S. 1-2 mit Verweis auf act. 5/6). Mit Ausnahme der Beteiligungskosten und Verzugszinsen von insgesamt Fr. 498.35 sind diese Schulden daher ebenfalls getilgt worden. Ebenfalls am 5. Oktober 2016 bezahlte die Schuldnerin die Ausstände beim

Steueramt des Kantons Solothurn (Betr. Nr. 8, 9, 10 und 11; act. 5/7 S. 1-2 mit Verweis auf act. 5/6). Auch diese Schulden sind mit Ausnahme der Betriebskosten und Verzugszinsen von insgesamt Fr. 1'357.95 somit beglichen worden.

Bei den restlichen noch offenen Betreibungen, welche sich auf rund Fr. 251'000.– belaufen, handelt es sich um Forderungen der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (Betr. Nr. 12, 13, 14 und 15), der Eidgenössischen Steuerverwaltung (Betr. Nr. 16, 17 und 18) der E._____ AG (Betr. Nr. 19) sowie der F._____ AG (Betr. Nr. 20; act. 5/6). Die Schuldnerin führt dazu aus, sie habe sich mit diesen vier Gläubigerinnen auf eine ratenweise Abzahlung der Schulden einigen können; die ersten Raten habe sie bereits überwiesen (act. 2 S. 7 f.). Die geltend gemachten Abzahlungsvereinbarungen ergeben sich aus der eingereichten E-Mail-Korrespondenz zwischen der Schuldnerin und den erwähnten Gläubigerinnen (act. 5/12 und 5/16-18). Aus dem Kontoauszug der Schuldnerin ist weiter ersichtlich, dass diese am 5. Oktober 2016 an die genannten Gläubigerinnen vier Zahlungen von insgesamt rund Fr. 60'000.– überwiesen hat (act. 5/7 S. 1-2). Die Gesamtschuld inkl. noch offene Betriebskosten und Zinsen reduziert sich nach Abzug dieser Teilzahlungen noch auf rund Fr. 193'000.–.

3.2. Zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin aus, von ihrer derzeitigen Hauptauftraggeberin, der F._____ AG, monatliche Einkünfte von Fr. 270'000.– bis Fr. 290'000.– zu erzielen. Nachdem sie von der F._____ einen weiterführenden Auftrag bis Ende September 2017 zu einem Auftragsvolumen von rund Fr. 3'140'000.– erhalten habe, würden ihr diese Einnahmen auch in Zukunft zufließen (act. 2 S. 7 f. mit Verweis auf act. 5/13-15). Die monatlichen Verpflichtungen würden sich auf rund Fr. 108'000.– (ca. Fr. 90'000.– Lohnzahlungen, ca. Fr. 12'000.– Benzinkosten und ca. Fr. 6'000.– weitere Ausgaben) belaufen (act. 2 S. 8).

3.3. Die Schuldnerin erhielt von der F._____ AG im September 2016 eine Gutschrift von Fr. 276'365.45 und im Oktober 2016 eine solche in der Höhe von Fr. 292'587.25 (act. 5/7 S. 2 und 5; vgl. auch act. 5/13-14). Die behaupteten zukünftigen Einnahmen und damit auch der von Oktober 2016 bis September 2017 zu erwartende Gesamtertrag von rund Fr. 3'140'000.– sind aufgrund der detaillier-

ten Aufstellung der Tourkosten, welche vom Leiter der F. _____... unterzeichnet wurde (act. 5/15), glaubhaft gemacht. Dasselbe gilt für die geschätzten monatlichen Ausgaben der Schuldnerin von rund Fr. 108'000.– für Lohnforderungen, Benzinkosten und weitere Ausgaben. So stimmen diese Zahlen mit den Belastungsanzeigen auf dem Kontoauszug der Schuldnerin überein (vgl. act. 5/7 S. 1-5). Unklar ist, ob zu den erwähnten Verpflichtungen der Schuldnerin noch weitere fixe monatliche Ausgaben wie z.B. Leasingraten für Fahrzeuge oder Mietzinse für Immobilien hinzukommen. Auch zu den Gründen, weshalb sie in Zahlungsschwierigkeiten geraten ist und sich derart hoch verschuldet hat, macht die Schuldnerin keine Ausführungen. Aufgrund der heute vorhandenen Angaben kann jedoch noch davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin mit den künftigen Einnahmen sowohl die laufenden Kosten als auch die noch offenen Beteiligungen begleichen kann. Sollte es innert eines Jahres erneut zu einer Konkursöffnung kommen, wäre allerdings wohl eine andere Sicht geboten, wenn die Schuldnerin nichts Triftiges vorzutragen vermöchte.

3.4. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin im Sinne der vorstehenden Erwägungen kann nach dem Gesagten bejaht werden. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Konkurs ist aufzuheben.

III.

Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts zu tragen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. September 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt C._____ wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Vorschüssen von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– 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 auszuzahlen; die weiteren Zahlungen der Schuldnerin sind bestimmungsgemäss (vorab zum Tilgen der Konkursforderung) zu verwenden.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und an das Konkursamt C._____, 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am:
2. Dezember 2016