

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190074-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 25. April 2019

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 20. März 2019 (EK190071)

Erwägungen:

I.

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in C._____, welche den Betrieb eines Restaurants, Take-Aways und Lebensmittelladens bezweckt (act. 4).

2. Mit Urteil vom 20. März 2019 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3):

Fr. 5'302.85 nebst Zins zu 5 % seit 29.05.2018

Fr. 590.00 Verzugsschaden gemäss Art. 103/106 OR

Fr. 146.60 Betreuungskosten

3. Mit Eingabe vom 8. April 2019 erhob die die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 7/7) Beschwerde gegen dieses Urteil und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Letztere wurde ihr mit Verfügung vom 12. April 2019 einstweilen gewährt (act. 8). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-7). 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 durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (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 seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurs hinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden

nachzuweisen 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 werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin hat die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung der Gläubigerin von insgesamt Fr. 6'303.75 (inkl. Nebenforderung, Zins, Betreuungskosten sowie der vorinstanzlichen Parteientschädigung) am 8. April 2019 bei der Obergerichtskasse sichergestellt. Im Weiteren hat sie am 21. März 2019 beim Konkursamt Dietikon die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'000.– sichergestellt (act. 5/4). Ferner hat die Schuldnerin den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– am 8. April 2019 bei der Obergerichtskasse einbezahlt. Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Der Schuldner muss somit seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss seine Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen

lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem Gesamteindruck, der aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnen wird (BGer 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Dietikon vom 21. März 2019 lassen sich neben der Konkursbetreibung (Nr. ...) 29 weitere Betreibungen entnehmen, von denen jedoch in 15 Fällen die Forderung bereits an das Betreibungsamt oder den Gläubiger bezahlt wurde. Eine Betreibung ist zudem erloschen. Von den übrigen 13 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 17'117.05) befinden sich zwei (Gesamtbetrag Fr. 790.25) noch im Einleitungsstadium, während der Schuldnerin in 11 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 16'326.80) bereits der Konkurs angedroht wurde (act. 5/10).

Die Schuldnerin bringt zu ihren Schulden vor, neben den offenen Betreibungsschulden habe sie noch Mietzinsausstände von Fr. 33'586.85. Zur Abzahlung dieser Mietzinsausstände sei sie mit dem Vermieter im Gespräch. Eine zielführende Vergleichsverhandlung werde am 15. April 2019 stattfinden. Sie sei an einer raschen Abzahlung der Schuld interessiert und auch die Vermieterin sei an einer langfristigen Weiterführung des Mietverhältnisses interessiert, sonst hätte sie die offene Schuld schon längst betrieben bzw. das Mietverhältnis gekündigt (act. 2 S. 7 f.). Zur Tilgung der offenen Betreibungsforderungen habe zudem die D._____ GmbH mit Sitz in Zürich, welche gemäss Handelsregisterauszug die Reinigung und Verarbeitung von Textilien aller Art, den Import und Export sowie den Handel mit Textilien aller Art bezweckt (act. 5/5), am 8. April 2019 versprochen, ihr innert 5 Tagen ab Gewährung der aufschiebenden Wirkung ohne weitere Bedingung den Betrag von Fr. 25'000.– zu bezahlen. Durch diese Zahlung könne sie alle im Betreibungsregister vorhandenen Schulden abzahlen, womit als

offene Schuld nur noch die Mietzinsausstände verbleiben würden (act. 2 S. 4 f., S. 6).

Gemäss der von der Schuldnerin dazu vorgelegten, als "Zahlungsversprechen" betitelten Vereinbarung der Schuldnerin und der D._____ GmbH hat die Zahlung den Zweck, sämtliche Betreuungsforderungen, Zinsen und Kosten zu bezahlen. Zudem bestätigt die D._____ GmbH, dass sie in der Höhe des Zahlungsversprechens von Fr. 25'000.– solvent sei und den Betrag jederzeit bezahlen könne, was sie mit einem Post-Kontoauszug per 8. April 2019 belege (act. 5/6/1). Der beigelegte Kontoauszug, welcher vom Geschäftsführer der D._____ GmbH, E._____, unterzeichnet ist, weist per 7. April 2019 ein Guthaben von Fr. 22'680.14 und per 8. April 2019 zwei zusätzliche Gutschriften über Fr. 2'272.45 und Fr. 223.19 aus (act. 5/6/2).

2.4 Zum Grund ihrer Zahlungsschwierigkeiten führt die Schuldnerin an, ihre Liquidität habe per 20. März 2019 beinahe Null betragen, weil sie im Monat März 2019 neben den laufenden Rechnungen eine ausserordentliche Zahlung von € 25'000.– habe leisten müssen (act. 2 S. 9). Hierzu legt sie eine Bestätigung vor, gemäss der sie ein ihr im Februar 2018 gewährtes Darlehen über € 25'000.– im März 2019 vollständig zurückbezahlt hat (act. 5/11). Zu ihren finanziellen Verhältnissen bzw. ihrer Geschäftslage bringt sie weiter vor, sie habe im Jahr 2017 bei einem Betriebsertrag von Fr. 161'787.20 und einem Aufwand von Fr. 161'643.90, davon Fr. 83'036.47 Personalaufwand und Fr. 51'156.– Mietzinsaufwand, einen Gewinn von Fr. 143.30 erzielt (act. 2 S. 5). Im Jahr 2018 habe sie diesen Gewinn auf Fr. 6'836.70 steigern können, wobei der Betriebsertrag Fr. 141'781.20 und der Gesamtaufwand Fr. 138'944.50 betragen habe. Der Personalaufwand habe dabei im Vergleich zum Vorjahr mehr als halbiert werden können und habe noch Fr. 41'460.06 betragen (act. 2 S. 6). Im Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis 28. Februar 2019 habe sie einen Gewinn von Fr. 22'510.70 erzielt (act. 2 S. 6). Dieser in den ersten zwei Monaten des Jahres 2019 erzielte Gewinn sei dank einer Reorganisation des Betriebs und einer markanten Senkung der Kosten, insbesondere der Personalkosten, erreicht worden. Die Auftrags- und Ertragslage sei unverändert. Sie habe den Personalbestand per 2018 von vier auf nunmehr zwei

Personen reduziert. Wie die Geschäftszahlen 2018/2019 zeigen würden, sei ihr Betrieb mit diesem verkleinerten Personalbestand möglich und auf Gewinnkurs. Da eine Erhöhung der übrigen Kosten nicht zu erwarten sei, könne davon ausgegangen werden, dass sie von jetzt an einen vergleichbar hohen Gewinn erzielen werde (act. 2 S. 8).

Zum Beleg dieser Zahlen reicht die Schuldnerin die von ihrem Geschäftsführer unterzeichneten Bilanz- und Erfolgsrechnungen für die Jahre 2017 und 2018 (act. 5/7-8). Ausserdem legt sie eine ebenfalls von ihrem Geschäftsführer unterzeichnete Zwischenbilanz per 28. Februar 2019 ins Recht (act. 5/9); aus dieser lässt sich der von der Schuldnerin für die ersten zwei Monate 2019 behauptete Gewinn entnehmen, wobei sich die flüssigen Mittel der Schuldnerin im Vergleich zur Bilanz 2018 von Fr. 29'328.10 auf Fr. 51'748.80 erhöht haben.

2.5 Festzuhalten ist, dass die der Schuldnerin von der D._____ GmbH versprochene Zahlung von Fr. 25'000.– weder durch die Schuldnerin noch in der dazu eingereichten Vereinbarung rechtlich qualifiziert wird, weshalb unklar bleibt, ob es sich dabei um eine Schenkung oder um ein Darlehen handelt. Rechtlich wäre eine Schenkung zwar nicht zu vermuten, doch kann vorliegend offen gelassen werden, ob durch diese Zahlung nur eine Umschichtung oder doch eine Reduktion der Schulden der Schuldnerin stattfindet, denn auch wenn von einer rückzahlbaren Forderung ausgegangen würde, wäre – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gerade noch als glaubhaft anzusehen.

So ist zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin einerseits zu berücksichtigen, dass sie im März 2019 neben laufenden Verbindlichkeiten eine offene Darlehensschuld offenbar ihres Geschäftsführers von € 25'000.– zurückbezahlt hat. Andererseits ist glaubhaft, dass es der Schuldnerin dank reduzierten Personalkosten möglich war, ihre Rentabilität und insbesondere ihren Gewinn im laufenden Geschäftsjahr zu steigern. Würde sich diese erste Tendenz im gesamten Geschäftsjahr fortsetzen, wäre es der Schuldnerin möglich, ihre offenen Verbindlichkeiten innert nützlicher Frist, längstens aber innert zwei Jahren, zu begleichen. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist deshalb glaubhaft. Festzuhalten ist jedoch, dass – sollte es den Erwartungen zum Trotz dennoch zu einer erneu-

ten Konkursöffnung kommen – der Massstab in einem weiteren Konkursverfahren strenger und die Tatsache der erneuten Konkursöffnung in einem Beschwerdeverfahren ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin wäre.

III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Konkursgerichtes und die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen.
2. Den Gläubigern ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 20. März 2019 (EK190071-M), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben, und das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Die von den Gläubigern bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 6'550.– der Gläubigerin Fr. 6'303.75 unter der Schuldnerin – unter Vorbehalt des Verrechnungsrechts des Staates – den Restbetrag auszuzahlen.

4. Das Konkursamt Dietikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'800.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschuss) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an:
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2;
 - das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten,
 - das Konkursamt Dietikon,ferner mit besonderer Anzeige an:
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
 - das Betreibungsamt Dietikon,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:

MLaw N. Seebacher

versandt am:
25. April 2019