

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS150012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming.

Urteil vom 20. März 2015

in Sachen

A._____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. X._____,

gegen

B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 14. Januar 2015 (EK140464)

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 14. Januar 2015 für eine Forderung von Fr. 61'746.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. Januar 2014 — abzüglich der Teilzahlung von Fr. 7'000.-- — sowie Fr. 800.-- Bearbeitungsgebühren und Fr. 206.60 Betreuungskosten (in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon) über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) den Konkurs (act. 7 = act. 8/6). Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde vom 22. Januar 2015 (Poststempel) samt Beilagen beantragte die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2; act. 5/2 und act. 5/4-16). Gemäss Empfangsschein der Poststelle ... zahlte sie gleichentags zuhanden der Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich den Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren in Höhe von Fr. 750.-- ein (act. 2 S. 4; act. 5/4; act. 11). Mit Präsidialverfügung vom 26. Januar 2015 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung betreffen die Forderung samt Zinsen und Kosten. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre 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 sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Die Schuldnerin zahlte gemäss Empfangsschein der Poststelle ... am 22. Januar 2015 zuhanden der Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich Fr. 58'958.30 zwecks Hinterlegung der Konkursforderung ein (act. 2 S. 4 f., act. 5/4 und act. 12). Dieser Betrag deckt den gesamten Forderungsausstand des vorliegenden Konkursverfahrens, was die Gläubigerin übrigens bestätigte (act. 13). Weiter leistete die Schuldnerin gemäss Bestätigung des Konkursamtes Dietikon vom 22. Januar 2015 die erforderlichen Sicherheiten (Gebühren und Auslagen inklusive erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 400.–, vgl. act. 7) im Umfang von Fr. 1'500.– (act. 5/5). Die Schuldnerin konnte somit durch Urkunden die Hinterlegung der Konkursforderung sowie die Sicherstellung der Konkurskosten nachweisen. Damit bleibt nachfolgend die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.1 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, 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 finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden.

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. ... aus dem Register des Betreibungsamtes Dietikon vom 19. Januar 2015 (die Schuldnerin verlegte ihren Sitz am 16. September 2013 in den Betreibungskreis, vgl. act. 5/6) wurden im Zeitraum April bis Juli 2014 drei Beteiligungen — ohne die in Betreibung gesetzte Konkursforderung — im Gesamtbetrag von knapp Fr.

18'500.-- gegen die Schuldnerin eingeleitet. Zwei der Betreibungsforderungen (Betreibungs-Nrn. ... und ...) wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt beglichen (act. 5/6 Blatt 2; act. 5/7). Die Schuldnerin konnte sodann mit Urkunden belegen, dass auch die Forderung in der Betreibung-Nr. ... vollständig beglichen wurde (act. 5/8). Somit sind keine Beteiligungen mehr offen.

4.3 Der Rechtsvertreter der Schuldnerin führte zur finanziellen Lage des Unternehmens zusammenfassend aus, diese sei gut bis ausgezeichnet (act. 2 S. 5). Die Schuldnerin verfüge über genügend liquide Mittel und habe sich bei der Bank nicht mittels Kontokorrent verschulden müssen. Den aktuellen Kreditoren von lediglich Fr. 38'702.85 stünden Debitoren in Höhe von Fr. 185'724.90 gegenüber. Bei Letzteren handle es sich um solvente und verlässliche Geschäftspartner, so insbesondere die Baudirektion des Kantons Zürich. Weitere umfangreiche und lukrative Aufträge ergäben sich aus dem Subplanervertrag-Nr. ... mit C._____ und D._____ AG, dem Auftrag der Baudirektion des Kantons Zürich vom tt. Juli 2014 sowie der Nachtragsofferte zu Gunsten der Baudirektion des Kantons Zürich vom tt. Januar 2015. Aus der Bilanz und der Erfolgsrechnung des Jahres 2012 sei ersichtlich, dass es sich bei der Schuldnerin um eine gesunde, erfolgreiche und funktionierende Unternehmung handle. Die Geschäftsabschlüsse für die Jahre 2013 und 2014 seien noch nicht abschliessend erstellt worden (act. 2 S. 6 f.).

Zur Konkurseröffnung sei es nicht wegen Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin gekommen. Vielmehr habe sie sich anfänglich über die Verpflichtung, den Forderungsbetrag vollumfänglich bezahlen zu müssen, geirrt. Dessen Berechnung bzw. Höhe sei umstritten gewesen (act. 2 S. 5).

4.4.1 Die Debitorenausstände der Schuldnerin für die Zeit Oktober 2014 bis Januar 2015 belaufen sich gestützt auf ihre Debitorenliste vom 18. Januar 2015 auf Fr. 185'724.90, wobei 26 der 35 Posten auf den Debitor C._____ mit einer Debitorensumme von total ca. Fr. 155'000.-- entfallen (act. 5/9). Die Schuldnerin bezeichnete ihre Debitoren als solvente und verlässliche Geschäftspartner (act. 2 S. 6). Die Kreditoren für selbige Periode betragen Fr. 38'702.85 (act. 5/10). Weiter reichte die Schuldnerin einen Kontoauszug des auf ihren Namen lautenden Kon-

tokorrents bei der Raiffeisenbank ... ein (act. 5/15). Dass es sich bei dem aus dem Kontoauszug per 31. Dezember 2014 ersichtlichen Saldo von Fr. 6'135.15 um den Schlusssaldo handelt, ist jedoch unwahrscheinlich. Beim eingereichten Dokument handelt es sich um die Seite 63, wobei die Gesamtzahl der Seiten des erwähnten Kontoauszuges nicht bekannt ist. Wie bei mehrseitigen Kontoauszügen üblich erscheint zuoberst in der Spalte "Text" zunächst der "Übertrag" der Belastungen, Gutschriften und des Saldo von der Vorderseite; vorliegend Belastungen Fr. 593'765.64, Gutschriften Fr. 596'538.15 und Saldo Fr. 6'135.15. Nach mehreren Belastungen erscheint am Ende der Spalte "Text" wiederum der Vermerk "Übertrag" und die vorerwähnten Zahlen. Würde es sich bei der Seite 63 um die für den Schlusssaldo relevante Seite handeln, wäre ein solcher aus dem Auszug klar ersichtlich und würde der Buchungstext nicht mit "Übertrag" enden, da dies nur bei fortlaufenden Seiten der Fall ist. Zudem enthalten Kontoauszüge per Ende Jahr auf der letzten Seite üblicherweise die Zinssituation. Nach dem Gesagten hat das von der Schuldnerin geltend gemachte Guthaben unberücksichtigt zu bleiben und ist der effektive Stand ihres Kontokorrents nicht bekannt.

Somit resultiert unter Berücksichtigung der aktuellen Debitoren und Kreditoren — offene Betreuungsforderungen bestehen keine mehr —, ein Guthaben der Schuldnerin von ca. Fr. 147'000.--. Da wie gesagt der aktuelle Saldo ihres Kontokorrents nicht bekannt ist und sie sich auch nicht zu ihren laufenden monatlichen Fixkosten äussert, ist diese Zahl mit einer gewissen Zurückhaltung zu berücksichtigen.

4.4.2 Mit dem eingereichten Subplanervertrag zwischen der Schuldnerin und C._____ und D._____ AG vom 13./24. August 2014 (act. 5/12) will Erstere "weitere umfangreiche und lukrative Aufträge" belegen (act. 2 S. 6). Zwar ist dem Subplanervertrag zu entnehmen, dass ein Honorar von Fr. 165'210.-- (act. 5/12 S. 3) vereinbart wurde, indes erfolgt die Rechnungsstellung gemäss Vertrag periodisch (act. 5/12 S. 5) und ist nicht klar, ob die zahlreichen C._____ - Debitorenposten (26 von total 35) gemäss Debitorenliste (act. 5/9) mit dem Subplanervertrag in Zusammenhang stehen oder nicht. Im ersteren Falle läge kein zusätzlich zu verrechnender Auftrag vor. So wird in der Rechnung vom 11. Januar

2015 in Höhe von Fr. 54'000.--, welche auf der Debitorenliste aufgeführt ist, auf den Subplanervertrag vom 24. August 2014 betreffend das Projekt Umbau ... Bezug genommen (act. 5/11) und erscheint der gesamte Debitorenausstand der C._____ gemäss Debitorenliste im Umfang von ca. Fr. 155'000.-- im Bereich des vereinbarten Honorars gemäss Subplanervertrag von Fr. 165'210.-- (act. 5/12 S. 3) zu liegen.

Weiter reichte die Schuldnerin einen Auftrag der Baudirektion des Kantons Zürich vom tt. Juli 2014 ein, gemäss welchem für Projektleitungsaufgaben für das ... die Honorarabrechnung nach Aufwand aufgrund des vereinbarten Ansatzes von Fr. 130.-- erfolgt und ein Kostendach von Fr. 154'440.-- vereinbart wurde (act. 5/13). Die Nachtragsofferte vom tt. Januar 2015 (act. 5/14) mit einem Kostendach von Fr. 200'000.-- hat unberücksichtigt zu bleiben, da es sich hierbei nur um eine Offerte handelt, dessen Annahme nicht behauptet wurde.

4.4.3 Die Schuldnerin äusserte sich nicht näher zur eingereichten Jahresrechnung für das Geschäftsjahr 2012 (aus welcher auch die Vorjahreszahlen ersichtlich sind, act. 15/16). Aktuellere Jahresabschlüsse oder gar ein Zwischenabschluss wurden nicht eingereicht.

Die Bilanz der Schuldnerin wies per 31. Dezember 2012 flüssige Mittel von Fr. 70'720.17, Debitoren von Fr. 29'101.55 und andere kurzfristige Forderungen (gegenüber Aktionären und Dritten sowie eine Barkaution) von Fr. 118'288.65 aus. Das Umlaufvermögen betragen somit total Fr. 218'110.37. Das Anlagevermögen ist mit Fr. 33'400.-- bilanziert, wobei Fr. 11'000.-- auf Beteiligungen, Fr. 14'400.-- auf mobile Sachanlagen und Fr. 8'000.-- auf immobile Sachanlagen entfallen. Das kurzfristige Fremdkapital ist mit Fr. 109'789.90 verbucht (Kreditoren 15'561.25, kurzfristige (Finanz-)Verbindlichkeiten Fr. 1'439.73 und Fr. 30'055.92, passive Rechnungsabgrenzungen Fr. 62'733.--). Unter Berücksichtigung des Aktienkapitals von Fr. 100'000.--, des Gewinnvortrags von Fr. 1'309.42 sowie des Jahresgewinns von Fr. 40'411.05 betrug das Eigenkapital Fr. 141'720.47 (act. 5/16 S. 1 - 4). Gemäss Erfolgsrechnung wurde ein Betriebsertrag netto für das Jahr 2012 von Fr. 609'499.05 ausgewiesen. Die Aufwände sind verbucht mit: Aufwand für Material, Waren und Dienstleistungen Fr. 245'366.90, Personalauf-

wand Fr. 204'039.20, sonstiger Betriebsaufwand (insb. Miet-, Fahrzeug-, Verwaltungs- und Werbeaufwand) Fr. 99'288.40, Finanzaufwand Fr. 128.55, Abschreibungen Fr. 10'500.-- Liegenschaftenerfolg Fr. 405.-- sowie Steuern Fr. 10'169.95 (act. 5/16 S. 5 - 7).

Vergleicht man die Vorjahreszahlen fällt auf, dass im Jahre 2010 die Jahresrechnung noch mit einem Verlust von Fr. - 12'068.14 schloss (act. 5/16 S. 4). Im Jahr 2011 konnte ein Jahreserfolg von Fr. 13'377.56 verbucht werden, wobei unter Berücksichtigung des vorerwähnten Verlustvortrags der Bilanzgewinn schliesslich nur Fr. 1'309.42 betrug. Dieser konnte im Jahr 2012 wie dargelegt auf Fr. 41'720.47 gesteigert werden.

5. Die Schuldnerin konnte wie dargelegt in den Jahren 2011 und 2012 gewinnbringend wirtschaften. Die Geschäftszahlen der Jahre 2013 und 2014 sind nicht bekannt. Die entsprechenden Dokumente seien noch nicht abschliessend erstellt worden, was aufgrund der kurzen Beschwerdefrist auch nicht nachgeholt werden können (act. 2 S. 7). Indes wurde auch keine Zwischenbilanz eingereicht, und ein Abschluss für das Jahr 2013 muss bei ordnungsgemässer Buchführung an sich so oder so zu erwarten sein. Ob kurzfristig abrufbare Vermögenswerte und in welchem Umfang solche allenfalls vorhanden sind, ist ebenfalls nicht bekannt (vgl. vorstehend Ziff. 4.4.1). Zwar belegte die Schuldnerin grössere Auftragsvolumen, wenn auch dies noch nichts über ihren eigentlichen Geschäftserfolg aussagt, da Angaben zu ihren Aufwendungen fehlen. Zu Gunsten der Schuldnerin ist jedoch zu berücksichtigen, dass ihre Kreditoren durch die bestehenden Debitoren bei Weitem gedeckt sind. Sodann wurden die vier Betreuungsforderungen aus dem Zeitraum April bis Juli 2014, welche Steuer- und Sozialversicherungsforderungen betrafen, getilgt und sind seither keine weiteren Beitreibungen erfolgt. Dies spricht für einen positiven Geschäftsgang. Demzufolge ist die Beschwerde im Ergebnis – wenn auch mit etwas Bedenken – gutzuheissen und ist der über die Schuldnerin am 14. Januar 2015 eröffnete Konkurs aufzuheben.

6. Durch die verspätete Hinterlegung der Konkursforderung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwer-

deverfahren, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

7. Der Gläubigerin 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 14. Januar 2015, 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. Die Kasse des Obergerichts des Kantons Zürich wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 58'958.30 der Gläubigerin auszuzahlen.
4. Das Konkursamt Dietikon 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 auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, an das Betreibungsamt Dietikon sowie an die Obergerichtskasse, 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. D. Tolic Hamming

versandt am: