

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190100-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 20. Juni 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt ass. iur. X._____,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom tt. Mai 2019 (EK190156)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist eine GmbH, welche die Durchführung von Objektreinigungen für den Gebäudeunterhalt und die Gebäudebewirtschaftung, Umzüge, Hauswarts- und Renovationsarbeiten bezweckt (vgl. act. 7).

1.2 Auf das entsprechende Konkursbegehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) vom 10. April 2019 hin eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) mit Urteil vom tt. Mai 2019 (act. 9/7 = act. 3 = act. 8 [Aktenexemplar]), in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Dietikon mit Wirkung ab 10:00 Uhr den Konkurs über die Schuldnerin; dies für eine Forderung von Fr. 898.85 nebst 5 % Zins seit 20. Dezember 2018, Fr. 50.– Mahnkosten, Fr. 9.80 Verzugszins vor Betreuung sowie für die Betreuungskosten.

1.3 Mit Beschwerde vom 13. Juni 2019 (Datum Zeitstempel) beantragte die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 9/7 i.V.m. act. 9/8 i.V.m. act. 6/1-3) die Konkursaufhebung und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Das Letztere wird mit dem heutigen Entscheid in der Sache obsolet.

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1 - 8). Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem heutigen Entscheid wird der Antrag der Schuldnerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsolet.

2. Zur Beschwerde im Einzelnen

Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Diesfalls wird nach ständi-

ger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (vgl. KuKo SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 7 und 12). Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren auch dann aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, Hinterlegung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG oder Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachweist. In diesem Fall hat die Schuldnerin jedoch überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). In jedem Fall ist zusätzlich erforderlich, dass die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. 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 (vgl. BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.1 Konkurshinderungsgrund

Die Schuldnerin reicht Belege dazu ein, dass sie per 11. April 2019 der Gläubigerin Fr. 880.50 überwiesen hat (vgl. act. 5/5). Da damit nicht die gesamte Konkursforderung nebst Zinsen und Kosten vor der Konkurseröffnung beglichen wurde, liegt keine Zahlung vor Konkurseröffnung im Sinne des Gesetzes vor.

Da die Schuldnerin nach Konkurseröffnung, am 3. Juni 2019, Fr. 431.20 an das Betreibungsamt zahlte (act. 5/4 S. 1) und das Konkursamt Dietikon mit Quittung des gleichen Tages bestätigte, dass der von der Schuldnerin sichergestellte Betrag von Fr. 1'200.– zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung ausreiche (act. 5/4 S. 2), gelingt es der Schuldnerin, den Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachzuweisen, da damit sowohl die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten als auch die Betriebskosten getilgt sind. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin in diesem Fall jedoch überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Zahlungsfähigkeit

2.2.1 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, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Dabei sind nur die sofort und konkret verfügbaren Mittel zu berücksichtigen, nicht aber zukünftige, zu erwartende oder mögliche Mittel. 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 (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016, E. 4; PS10111 vom 12. Juli 2011, E. 2). 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. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Schuldnerin im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheidens zu gewinnen ist (vgl. BGer 5A_944/2013 vom 19. März 2014, E. 3.1; 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4). Nach der 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 alten Schulden wird abtragen können (vgl. statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2).

Auch wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen 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 Gegen-

teil ausschliessen zu müssen (vgl. BGE 132 III 715 ff., E. 3.1; 132 III 140 ff., E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3).

2.2.2 Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Die Schuldnerin reicht schlechte Fotos eines Betreibungsregisterauszeuges ein (act. 5/3). Dieser ist derart verschwommen, dass weder erkennbar ist, von welchem Datum er datiert, noch in welcher Höhe er insgesamt Betreibungen ausweist. Erkennbar ist, dass sich zahlreiche Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung befinden; nicht aber, wie hoch diese Forderungen sind. Die Schuldnerin führt dazu einzig aus, es seien sämtliche Betreibungen bezahlt (vgl. act. 2 Rz. 4). Dass sie namentlich die Forderungen der zahlreichen sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Betreibungen bezahlt hat, hat sie nicht mit objektiven Anhaltspunkten – wie Quittungen oder Überweisungsbelegen oder dergleichen – untermauert, weshalb diese Behauptung nicht glaubhaft ist.

2.2.3 Zur Begründung ihrer Zahlungsfähigkeit führt sie weiter aus, die Auftragslage sei gut, die Gesellschaft liquide und ihre schlechte Zahlungsmoral in der Vergangenheit habe auf dem Unvermögen eines externen Buchhalters beruht, der inzwischen durch eine kompetente Person ersetzt worden sei (vgl. act. 2 Rz. 4). Auslöser der Konkursöffnung seien letztlich die aufgelaufenen Kosten von Fr. 431.20 gewesen, also ein noch geringerer Betrag als die ursprüngliche Forderung (vgl. act. 2 Rz. 7).

Da die Schuldnerin – ungeachtet ihrer Buchführungs- und Rechnungslegungspflicht (vgl. Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR) – weder Buchhaltungsunterlagen noch sonstige Belege zur Untermauerung dieser Behauptungen eingereicht hat, sind diese ebenfalls allesamt nicht glaubhaft. Mangels Unterlagen kann somit von vornherein nicht beurteilt werden, ob die Schuldnerin über sofort und konkret verfügbare Mittel verfügt, um namentlich den aktuell dringendsten Verpflichtungen – namentlich die sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Forderungen – nachkommen zu können. Dass der Konkurs aufgrund eines relativ geringen Betrages eröffnet wurde bzw. die Schuldnerin auch relativ geringe Beträge nicht

(fristgerecht bzw. rechtzeitig) bezahlte, spricht im Zweifel gegen ihre Zahlungsfähigkeit.

2.3 Nach dem Gesagten vermag die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG nicht glaubhaft zu machen. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses nicht erfüllt und die Beschwerde daher abzuweisen.

2.4 Immerhin bleibt der Schuldnerin die Möglichkeit, den Widerruf des Konkurses zu beantragen, zumal sie ausführte, sämtliche Forderungen getilgt zu haben. Der Widerruf kann vom Ablauf der Eingabefrist an bis zum Schluss des Verfahrens verfügt werden (vgl. Art. 195 Abs. 1 und 2 SchKG).

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Schuldnerin hat keinen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet, der verrechnet werden könnte. Der Gläubigerin sind im Beschwerdeverfahren keine Aufwendungen entstanden, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Konkursamt Dietikon wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt.
4. Die vorliegenden Verfahrenskosten werden vorsorglich zur Kollokation angemeldet.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dietikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an 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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
20. Juni 2019