

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170062-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 24. März 2017

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen  
vom 21. Februar 2017 (EK170037)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem 25. Juli 2008 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt die Ausführung von Hoch- und Tiefbauten sowie aller anderen mit dem Baugewerbe zusammenhängenden Arbeiten, insbesondere die Ausführung von Gipser- und Stuckaturarbeiten (act. 8/2/1-2 = act. 6).

1.2. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Horgen (fortan Vorinstanz) vom 21. Februar 2017 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 3'987.00 nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2016, Bearbeitungsgebühr Inkasso von Fr. 199.35 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.60 (act. 3 = act. 7 = act. 8/13).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 3. März 2017 (Datum Poststempel: 4. März 2017) rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/14/1). Am 6. März 2017 (Datum Poststempel) und damit innert laufender Rechtsmittelfrist reichte die Schuldnerin einen weiteren Beleg über die Tilgung der Konkursforderung ein (act. 9-10). Mit Präsidialverfügung vom 7. März 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Der Gläubigerin wurde zudem eine Frist zur Stellungnahme zur behaupteten Tilgung der Konkursforderung angesetzt, mit dem Hinweis, dass eine allfällige Bestreitung zu begründen sowie zu belegen wäre und bei ausbleibender Äusserung innert Frist von der Anerkennung der Tilgung ausgegangen werde (act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-15). Die Schuldnerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 12/1 und act. 13). Die Gläubigerin äusserte sich innert der ihr angesetzten Frist nicht (act. 12/2). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist eingebracht werden (BGE 136 III 294; BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Schuldnerin führt aus, sie habe die Mietausstände betreffende Forderung der Gläubigerin bei deren Vertretung der C.\_\_\_\_\_ AG beglichen (act. 2 S. 3). Aus den von der Schuldnerin eingereichten Zahlungsbelegen ergibt sich sodann ein gesamthafter, innert Rechtsmittelfrist bezahlter Betrag von Fr. 7'201.75 (fünf Mieten à Fr. 1'329.00, Fr. 210.80 Zins, Fr. 199.35 Bearbeitungsgebühr Inkasso, Fr. 146.60 Betreuungskosten; act. 5/5 und act. 10). Da es sich bei der Konkursforderung um Mietzinsforderungen, mithin um periodische Forderungen handelt und den von der Schuldnerin vorgelegten Quittungen für die erfolgte Posteingahlung keine Erklärung im Sinne von Art. 86 OR zu entnehmen war, war der Gläubigerin Frist angesetzt worden, um sich dazu zu äussern. Die Gläubigerin setzte der Behauptung der Schuldnerin innert Frist nichts entgegen, weshalb die Tilgung der Konkursforderung (androhungsgemäss) als anerkannt gilt (vgl. act. 11 S. 4). Die Schuldnerin hat im Weiteren am 23. Februar 2017 die Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Kosten des Konkursgerichts beim Konkursamt Wädenswil sichergestellt und für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 5/3; act. 13). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit be-

deutet, dass ausreichende, 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 der 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, die Behauptungen seien zutreffend, 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 vom 10. Juli 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 abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Wädenswil vom 22. Februar 2017 weist insgesamt acht zwischen dem 20. Mai 2015 und dem 23. Mai 2016 eingeleitete Beteiligungen aus (act. 5/4). Von den acht eingeleiteten Beteiligungen wurden zwei Beteiligungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt und eine Beteiligung ist erloschen. Neben der Beteiligung der nun getilgten Konkursforderung weist der Betreibungsregisterauszug damit noch vier offene Beteiligungen aus. Im Beschwerdeverfahren belegt die Schuldnerin mittels Abrechnung des Betreibungsamtes Wädenswil vom 1. März 2017, die Forderung aus der Beteiligung Nr. 1 beglichen zu haben. Die Abrechnung bescheinigt den Erhalt des Endbetrages durch das Betreibungsamt sowie die Ablieferung des Forderungsbetrages an die Gläubigerin (act. 5/11). Die Schuldnerin führt zur noch offenen Beteiligung Nr. 2 aus, am 20. Mai 2015 Rechtsvorschlag

erhoben zu haben, denn die der Betreuung zugrunde liegende Forderung der D.\_\_\_\_\_ AG sei bereits gegenüber der E.\_\_\_\_\_ AG beglichen worden (act. 2 Rz. 13). In einem von der Schuldnerin hierzu eingereichten Schreiben bestätigte die E.\_\_\_\_\_ AG, dass sie bei Eingang der Zahlung von Fr. 10'000.00 auf ihrem Konto bis am 20. Januar 2016, die D.\_\_\_\_\_ AG mit dem Rückzug der Betreuung beauftragen werde (act. 5/7). Einem weiteren von der Schuldnerin ins Recht gereichten Schreiben ist zu entnehmen, dass sie die D.\_\_\_\_\_ AG am 24. Februar 2017 zum Rückzug der Betreuung aufforderte (act. 5/6). Auch wenn sich die Begleichung der in Betreuung gesetzten Forderung aus diesen Belegen nicht klar ergibt, ist doch zu berücksichtigen, dass – auch wenn die Forderung noch nicht beglichen sein sollte – die Frist zur Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. 2 wohl mittlerweile verstrichen wäre. Damit bestehen noch zwei offene Betreibungen: Die Betreuung Nr. 3 der Sammelstiftung F.\_\_\_\_\_ über eine Forderung von Fr. 16'126.70 und die Betreuung Nr. 4 der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich über Fr. 13'868.20. Die Schuldnerin macht geltend, die Forderung der Sammelstiftung F.\_\_\_\_\_ würde sich gemäss mündlicher Abklärung nur noch auf Fr. 9'000.00 und jene der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich auf rund Fr. 11'500.00 belaufen (act. 2 Rz. 15-16). Die Schuldnerin reicht hierzu allerdings keine Belege ein. Es ist daher von noch zwei offenen Betreibungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 30'000.00 auszugehen.

2.3.3. Die Schuldnerin gibt an, es würden keine weiteren offenen Forderungen bestehen und sie verfüge über genügend liquide Mittel, um ihren Betrieb weiterzuführen (act. 2 Rz. 19). Sie reicht zur Untermauerung ihrer Behauptungen jedoch keine Belege ein, was die Liquiditätsprüfung erschwert. Insbesondere fehlen Konto- oder Buchhaltungsbelege, ein Zwischenabschluss und Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre. Hinsichtlich der noch offenen Betreuungsforderungen führt die Schuldnerin aus, für diese werde "Sicherheit hinterlegt". Die Sicherheit bestehe "aus der Hinterlegung der offenen Debitorenrechnung an Herrn G.\_\_\_\_\_ [...] vom 17. Februar 2017 im Umfang von CHF 42'257.22". Herr G.\_\_\_\_\_ sei derzeit ihr einziger Debitor (act. 2 Rz. 15-16). Zu diesem Vorbringen legt die Schuldnerin zwei mit G.\_\_\_\_\_ geschlossene Verträge vom 2. September 2016 sowie eine diesen Auftrag betreffende Rechnung

vom 17. Februar 2017 über Fr. 42'257.22 vor (act. 5/8-10). Soweit die Schuldnerin damit geltend machen möchte, sie könne die noch offenen Betreibungsforderungen von rund Fr. 30'000.00 innert nützlicher Frist aus der zu erwartenden Debitorenzahlung von über Fr. 40'000.00 begleichen, so erscheint dies anhand der vorgelegten Belege als glaubhaft. Im Weiteren reicht die Schuldnerin Auftragsbestätigungen von Ende Januar resp. Anfang Februar 2017 ein, aus welchen sich ein Auftragsvolumen über rund Fr. 48'400.00 ergibt (act. 5/12).

2.3.4. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es der Schuldnerin möglich war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um neben der Konkursforderung weitere Betreibungsforderungen zu begleichen. Anhand der von der Schuldnerin vorgelegten Unterlagen zur bestehenden offenen Debitorenforderung und der Auftragssituation ist anzunehmen, dass es ihr möglich sein wird, in absehbarer Zukunft die beiden noch offenen Betreibungen zu begleichen. Es ist auch – trotz der spärlichen Dokumentation durch die Schuldnerin – zu ihren Gunsten davon auszugehen, dass sie ihre Gläubiger bei Fälligkeit der Forderungen künftig wird befriedigen können. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit als glaubhaft anzusehen. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht die Möglichkeit nicht ausschliesst, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.).

2.4. Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und der am 21. Februar 2017 über die Schuldnerin eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. Februar 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wädenswil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'300.00 (Fr. 1'800.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Horgen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wädenswil, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wädenswil, 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. Würsch

versandt am:  
24. März 2017