

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170160-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 10. August 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster vom 11. Juli 2017 (EK170201)

**Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11.07.2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister bezweckt sie die Erbringung aller im Zusammenhang mit Reinigungs-, Unterhalts- und Hauswartungsarbeiten stehender Tätigkeiten (act. 8).

1.2. Mit Urteil vom 11. Juli 2017, 11.00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Uster (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin; act. 8/7 = act. 3):

Forderungen von	CHF	649.35
Zinsen 5% seit 07.05. bzw. 30.07.2015	CHF	66.75
Gläubigerkosten	CHF	-
Betreibungskosten	CHF	111.60
. / . Teilzahlungen	CHF	-
<b>Total</b>	<b>CHF</b>	<b>827.70</b>

1.3. Die Schuldnerin erhob gegen die vorinstanzliche Konkursöffnung mit Eingabe vom 24. Juli 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragt die Aufhebung des Konkursentscheids und der Konkursöffnung (act. 2 S. 2; act. 7/8). Mit Präsidialverfügung vom 25. Juli 2017 wurde der Beschwerde einstweilen keine aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist am 4. August 2017 (mit Berücksichtigung der Betreibungsferien, vgl. Art. 56 Ziff. 2 SchKG i.V.m. Art. 63 SchKG) ergänzen könne. Ferner wurde der Schuldnerin eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Am 28. Juli 2017 (Datum Poststempel) reichte die Schuldnerin einen Beleg über die Sicherstellung von Fr. 700.00 beim Konkursamt Uster ein. Sie beantragte die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und die Erstreckung der Frist zur Nachreichung von Unterlagen (act. 11 S. 4 und act. 12). Die letzteren beiden Anträge wurden

mit Verfügung vom 2. August 2017 abgewiesen (act. 13). Der Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren ging gleichentags ein (act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-9). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. 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 Konkursöffnung 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 ständiger Praxis der Kammer von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abgesehen (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 7 und 12). Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren jedoch auch 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 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 (BGE 136 III 294 und 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 macht sinngemäss eine Begleichung der Konkursforderung vor Konkursöffnung geltend, indem sie ausführt, auf Anweisung des Betreibungsamtes Uster (in vier Tranchen) am 20. Juni 2017 Fr. 28'484.95 bezahlt zu haben. Die Schuldnerin führt zusammengefasst aus, sie habe hinsichtlich der Verwendung der Zahlung darum gebeten bzw. die Anweisung erteilt, dass die Be-

treibungen gelöscht werden, die am weitesten fortgeschritten seien. Das Betreibungsamt habe auch mündlich bestätigt, dass die Betreuung der Gläubigerin, in welcher bereits eine Konkursandrohung erfolgt sei, als erste beglichen werde. Dem Betreibungsamt Uster habe klar sein müssen, dass es die Pflicht habe, die Forderungen gemäss deren Fälligkeit zu befriedigen, wobei Forderungen mit Konkursandrohung Priorität hätten haben müssen. Aufgrund der Pflichtverletzung des Amtes sei die Zahlung – trotz den klaren Weisungen – an die falsche und nicht primär zu behandelnde Stelle bezahlt worden. Dieser Fehler bzw. diese Pflichtverletzung des Betreibungsamtes habe zur Konkurseröffnung geführt. Die Konkurseröffnung sei nicht ihrem Verhalten zuzurechnen. Aufgrund des Fehlverhaltens des Amtes habe sie die Konkursforderung nun am 14. Juli 2017 direkt der Gläubigerin einbezahlt (act. 2 S. 3 und 5 f.).

2.3. Gemäss den von der Schuldnerin eingereichten Belegen handelt es sich bei den beim Betreibungsamt Uster einbezahlten Fr. 28'484.95 um gepfändete Beträge. Das Betreibungsamt bestätigte, dass damit nur die Pfändungen gedeckt worden seien (act. 5/3-4). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Betrag von Fr. 28'484.95 im Zuge der Spezialexecution zuhanden solcher Gläubiger eingezogen wurde, welche gemäss Art. 43 SchKG nur auf Pfändung betreiben können. Aus diesem Grund geht das Argument der Schuldnerin fehl, die Beträge seien vom Konkursamt zu Unrecht nicht im Rahmen der Generalexekution an die Konkursforderung angerechnet worden. Im Rahmen der im Beschwerdeverfahren vorzunehmenden Prüfung ist daher zu folgern, dass keine Pflichtverletzung des Betreibungsamtes vorliegt. Aber selbst wenn eine Pflichtverletzung angenommen werden könnte, so könnte für das vorliegende Verfahren ohnehin nur darauf abgestellt werden, ob die Konkursforderung der Gläubigerin vor Konkurseröffnung tatsächlich getilgt oder hinterlegt wurde; auf eine durch die Schuldnerin subjektiv vorgestellte resp. gewollte Forderungsbegleichung kann es nicht ankommen. Es ist deshalb darauf abzustellen, dass die Konkursforderung durch die Schuldnerin erst am 14. Juli 2017 und damit *nach* der Konkurseröffnung beglichen wurde (act. 5/5). Am 28. Juli 2017 hat die Schuldnerin sodann die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des Konkursamtes für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerde-

verfahren hinterlegt und für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet (act. 12; act. 15).

Die Schuldnerin hat damit den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen. Da die Tilgung wie gesagt nach Konkursöffnung erfolgte, hat die Schuldnerin, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.3.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, 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 wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014).

2.3.2. Die Schuldnerin macht geltend, es könne keine Rede davon sein, dass sie überschuldet sei. Aus ihren Rechnungen bzw. Aufträgen gehe hervor, dass sie noch immer gute Umsätze mache und sich die Schulden im Vergleich mit den Aktiven des Geschäfts absolut im Rahmen hielten. Die noch offenen Betreibungen würden einen Betrag von Fr. 6'818.85 ausmachen. Abgesehen von der teilweisen Illiquidität dieser Betreibungen, da zum Beispiel jene von C.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_

AG / E. \_\_\_\_\_ AG und jene einer Firma aus Holland bestritten würden, überstiegen die offenen Rechnungen den Betrag der noch offenen Betreibungen. Auch würden die noch offenen Betreibungen zum Teil bereits aus dem Jahr 2015 stammen und seien offenbar nicht weiterverfolgt worden. Die Schuldnerin erklärt, es mangle nicht am Geld, sondern an der Buchhaltung. Ihr Geschäftsführer habe dies erkannt. Die Buchhaltung sei aufgrund der harten körperlichen Arbeit nicht mehr nachgeführt resp. mangelhaft geführt worden. Es seien Vorkehrungen getroffen worden, damit dies nie wieder vorkomme. Es sei ein Buchhalter engagiert worden, der mit dem Geschäftsführer erneut über die Bücher gehen werde. Herr F. \_\_\_\_\_, der Gesellschafter und Geschäftsführer, habe wegen seiner Kinder die gebuchte Ferienreise antreten müssen, weshalb innert Beschwerdefrist keine weiteren Unterlagen hätten eingereicht werden können. Nach seiner Rückkehr und dem Eingang neuer Kundenzahlungen werde er alles unternehmen, um die tatsächlich geschuldeten Beträge zu begleichen und das Ganze geordnet dem Treuhänder zu übergeben. Die Schuldnerin beruft sich schliesslich darauf, dass von einem Vertreter einer GmbH, die sich hauptsächlich um Reinigungen bemühe, nicht dieselbe Sorgfalt erwartet werden könne wie beispielsweise von einem Vertreter einer kotierten Aktiengesellschaft (act. 2 S. 4; act. 11 S. 2 ff.).

2.3.3. Die Schuldnerin reicht keine Belege, wie etwa Debitoren- und Kreditorenlisten, einen Zwischenabschluss sowie Jahresabschlüsse, Steuererklärungen oder Steuerrechnungen der letzten Jahre ein, was die Liquiditätsprüfung erheblich erschwert. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage hätte ferner ein aktueller, detaillierter und vollständiger Betreibungsregisterauszug der letzten fünf Jahre gegeben. Auch einen solchen reichte die Schuldnerin nicht ein, sie legte immerhin aber einen Auszug des Betreibungsamtes Uster vom 13. Juli 2017 über die noch offenen Betreibungen vor (act. 5/7). Ohne die darin aufgeführte und mittlerweile getilgte Konkursforderung ergeben sich daraus noch neun offene Betreibungen mit einer gesamthaften Forderungssumme von Fr. 5'986.10. Die unsubstantiierten und unbelegten Bestreitungen der Schuldnerin zu gewissen Betreibungen genügen den Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht. Sodann ist die Behauptung der Schuldnerin nicht zutreffend, dass die Betreibungen zum Teil bereits aus dem Jahr 2015 stammten und

offenbar nicht weiterverfolgt worden seien. Die noch offenen Betreibungen stammen aus den Jahren 2016 und 2017. Sechs Betreibungen sind bereits bis zur Konkursandrohung gediehen, was in Bezug auf die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin negativ zu bewerten ist und bedingt, dass die Schuldnerin – um nach Aufhebung der vorliegenden Konkursöffnung nicht sogleich wieder in Konkurs zu geraten – über genügend flüssige Mittel resp. Mittelzuflüsse verfügt. Die Schuldnerin reicht zwanzig am 19. Juli 2017 gestellte Kundenrechnungen ein (act. 5/6-7). Wie von der Schuldnerin vorgebracht, kann zu ihren Gunsten festgehalten werden, dass diese Kundenforderungen über insgesamt Fr. 19'2833.16 (selbst unter Berücksichtigung eines gewissen Delkredererisikos) die noch offenen Betreibungen deutlich übersteigen. Die eingereichten Rechnungen lassen auf diverse laufende Reinigungsaufträge und somit auf regelmässige künftige Mittelzuflüsse in dieser Höhe schliessen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Schuldnerin in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um per 20. Juni 2017 Fr. 28'484.95 an das Betreibungsamt Uster zu leisten (act. 5/3-4), die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu begleichen (act. 5/5), beim Konkursamt Fr. 700.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschliessen (act. 12; act. 15). Aufgrund der dürftigen Dokumentation, welche die Schuldnerin vorlegt, lässt sich kein vollständiges Bild über die Zahlungsfähigkeit gewinnen. Das Fehlen von Erfolgsrechnungen, Bilanzen usf. lässt auf mangelnde Sorgfalt bei der Buchführung schliessen, was bei einer Gesellschaft wie der Schuldnerin nicht leicht zu nehmen ist; sie irrt jedenfalls, wenn sie dartut, man könne von ihr dergleichen nicht erwarten; ein kaufmännisch geführter Betrieb muss sich dieser Mühe unterziehen. Im Sinne einer letzten Chance kann die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aber gerade noch als hinreichend glaubhaft gemacht angesehen werden. Denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausge-

geschlossen 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.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht. Sollte es jedoch den Erwartungen zum Trotz innert relativ kurzer Zeit wieder zur Konkursöffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gerade noch als glaubhaft gemacht anzusehen ist, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und die Konkursöffnung mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 11. Juli 2017 aufzuheben ist.

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 Uster vom 11. Juli 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. 450.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Uster wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'250.00 (Fr. 700.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'550.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 2'000.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.



4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Uster, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Uster, 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:  
11. August 2017