

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180229-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## **Beschluss und Urteil vom 31. Januar 2019**

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen  
vom 13. November 2018 (EK180328)

**Erwägungen:**

1. a) Die A. \_\_\_\_\_ GmbH (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt die Einbringung von Planungs- und Projektierungsdienstleistungen in den Bereichen von Teichanlagen und Tierhaltung, den Betrieb eines Internetshops und den Handel mit Waren aller Art (act. 8). Gestützt auf das Konkursbegehren der Firma B. \_\_\_\_\_ AG vom 17. Oktober 2018 (Poststempel) gegen die Schuldnerin (act. 7/1) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Horgen mit Urteil vom 13. November 2018 für eine Forderung von Fr. 1'521.95 nebst Zins zu 5% seit 19. April 2017, Fr. 255.00 Verzugsschaden und Fr. 162.60 Betreuungskosten über die Schuldnerin den Konkurs (act. 6). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 15. November 2018 zugestellt (7/9/1). Unter Berücksichtigung der Regelung des Fristenablaufs am Wochenende lief die 10tägige Beschwerdefrist demnach am 26. November 2018 ab (Art. 142 ZPO).  
  
b) Mit Eingabe vom 26. November 2018 (Poststempel) erhob die Schuldnerin rechtzeitig gegen diesen Entscheid Beschwerde mit den Anträgen, der Konkurs sei aufzuheben (act. 2 S. 2). In prozessualer Hinsicht verlangte die Schuldnerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und das Handelsregister sei anzuweisen, den Eintrag vom 14. November 2018, wonach die Gesellschaft in Liquidation sei, wieder zu löschen (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 28. November 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9).
2. a) Die Schuldnerin beantragte, wie bereits erwähnt, die *Anweisung* an das Handelsregisteramt, den Eintrag vom 14. November 2018, wonach die Gesellschaft in Liquidation sei, wieder zu löschen (vgl. act. 2 S. 2).

Die Kantone bestimmen die Aufsichtsbehörde, die mit der administrativen Aufsicht über das Handelsregister betraut ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 HRegV). Diese Behörde ist im Kanton Zürich die Justizdirektion (§ 42 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [EG ZGB/ZH, LS 230])

und § 58 Abs. 3 i.V.m. Anhang 1 lit. A Ziff. 8 und Anhang 2 Ziff. 1.1 lit. e der Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung [VOG RR/ZH, LS 172.11]). Im Übrigen ist für den Erlass eigentlicher Weisungen, die sich an die kantonalen Handelsregisterbehörden richten, das Eidgenössische Amt für das Handelsregister zuständig (vgl. Art. 5 HRegV). Weiter sind Verfügungen von kantonalen Handelsregisterämtern im Kanton Zürich direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht als einziger kantonaler Rechtsmittelinstanz anzufechten (vgl. Art. 165 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 181 HRegV i.V.m. § 41 i.V.m. §§ 19 Abs. 1 lit. a, 19a, 19b Abs. 1, 2 lit. b Ziff. 1 und Abs. 3 sowie 42–44 VRG/ZH; BGE 137 III 217 ff.; VB.2017.00440 vom 14. Februar 2018).

b) Die Kammer ist weder Aufsichts- noch Rechtsmittelbehörde über das Handelsregisteramt und kann diesem entsprechend auch keine Weisungen erteilen. Mangels Zuständigkeit der Kammer ist von vornherein auf den entsprechenden Antrag der Schuldnerin nicht einzutreten.

Im Übrigen hat das Gericht oder die Behörde gemäss Handelsregisterverordnung im Zusammenhang mit Konkursverfahren dem Handelsregisteramt die Konkurseröffnung zu melden (vgl. Art. 158 Abs. 1 lit. a HRegV) und dieses hat die entsprechende Eintragung unverzüglich nach Eingang der Meldung in das Handelsregister vorzunehmen (vgl. Art. 158 Abs. 2 HRegV). Das Handelsregister bezweckt die Erfassung und Offenlegung rechtlich relevanter Tatsachen und gewährleistet die Rechtssicherheit sowie den Schutz Dritter im Rahmen zwingender Vorschriften des Zivilrechts (vgl. Art. 1 HRegV). Da die Konkurseröffnung dem Handelsregisteramt mitzuteilen und von diesem unverzüglich einzutragen ist mit dem Vermerk, dass sich die Firma in Liquidation befindet, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Schuldnerin an der Löschung des entsprechenden, publizierten Liquidationseintrags ein (gegenüber dem Interesse Dritter an der Information überwiegendes) Rechtsschutzinteresse haben könnte, zumal sie selber darlegt, dass sie es bis zur Konkurseröffnung hatte kommen lassen und erst danach die Konkursforde-

rung bezahlt hatte, was schliesslich zur Verzichtserklärung der Gläubigerin führte.

Klarzustellen bleibt, dass bei juristischen Personen die Firma wieder ohne den Liquidationszusatz ins Handelsregister einzutragen ist, wenn einem Rechtsmittel, wie dies hier der Fall ist, die aufschiebende Wirkung erteilt wird (vgl. Art. 159 Abs. 2 lit. c HRegV). Da die Eintragung der Konkursöffnung und der Liquidationszusatz lediglich durchgestrichen werden, ist jedoch auch nach Erteilung der aufschiebenden Wirkung dies noch publik. Selbst bei Gutheissung der Beschwerde gegen die Konkursöffnung bleiben die durchgestrichenen Einträge bestehen.

3. a) Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat.

b) Die Schuldnerin weist unter Beilage eines Schreibens der Gläubigerin vom 15. November 2018 nach, dass diese auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. In diesem Schreiben bestätigt die Gläubigerin, dass die Forderung vollständig getilgt worden sei (act. 5/2). Sodann brachte die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamts Wädenswil bei, wonach sie am 19. November 2018 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'800.00 einbezahlt habe, was ausreiche, um die Kosten des Konkursverfahrens inkl. des Konkursgerichts zu decken (act. 5/27). Damit hat die Schuldnerin die Kon-

kurshinderungsgründe der Tilgung und des Gläubigerverzichts nachgewiesen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 3 SchKG). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.00 leistete die Schuldnerin einen Barvorschuss (act. 11).

4. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er 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 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

b) Die Schuldnerin führte in der Beschwerde aus, es habe sich um ein Missverständnis zwischen dem Vertreter der Gläubigerin und der Schuldnerin gehandelt. Beide seien davon ausgegangen, dass die Sache erledigt sei. Nicht beachtet worden sei, dass das Gericht ja bereits zur Konkursöffnung vorgeladen hatte. Zur Zahlungsfähigkeit wurde ausgeführt, die Schuldnerin sei mit ihren Buchführungsaufgaben in argen Rückstand geraten, weil zum einen das von ihr beauftragte Treuhandbüro vieles verschleppt, Fristen bei der Mehrwertsteuer nicht eingehalten habe und somit verschiedene Veranlagungen zu hoch ausgefallen seien. Hinzu komme, dass die Schuldnerin eine Mitarbeiterin beschäftigt habe, welche mit ihrer Aufgabe überfordert

gewesen sei, was der Geschäftsführer viel zu spät realisiert habe. Diese Mitarbeiterin habe gar Zahlungsbefehle versteckt, insbesondere der eidgenössischen Steuerverwaltung betreffend Mehrwertsteuer und der Sozialversicherungsanstalt, um damit zu kaschieren, dass sie die entsprechenden Abrechnungen noch nicht vorbereitet habe und folglich im Rückstand war. Im Jahr 2018 habe die Schuldnerin einen Berater zugezogen und habe Rückstände in der Buchhaltung aufgearbeitet. Es sei ihr auch gelungen, mit den Gläubigern, welche nicht rechtzeitig befriedigt werden konnten, Vereinbarungen über Auszahlungen zu treffen. Der Geschäftsführer beziehe seit längerer Zeit keinen Lohn mehr. Im Gegenteil, er habe jeweils über ein Kontokorrent Geld einfliessen lassen. Auch seine Ehegattin, Frau C.\_\_\_\_\_, habe dies so getan. Damit habe auch vermieden werden können, dass die eigentliche Unterdeckung der Bilanz vor Art. 725 OR problematisch geworden wäre. Die beiden Gläubiger hätten jeweils Rangrücktrittserklärungen abgegeben (act. 2 S. 3-4). Ausschlaggebend sei, dass die Schuldnerin erfreuliche Aussichten habe, die – zugegeben etwas prekäre – Lage in den nächsten Monaten zu überwinden. Es bestehe ein Auftragsbestand von erheblicher Höhe, womit sie in der Lage sein dürfte, mit ihren Zahlen à jour zu werden. Habe die Firma noch im vergangenen Jahr einen Verlust von Fr. 40'000.00 zu beklagen, dürfte im laufenden Jahr ein Jahresgewinn in der Grössenordnung von Fr. 86'000.00 resultieren. Zu beachten sei allerdings, dass periodenfremder Aufwand noch beglichen werden musste, d.h. in den Vorjahren nicht sauber abgegrenzte Positionen in diesem Jahr bereinigt worden seien. Es bleibe dann immer noch eine Gewinn von nahezu Fr. 50'000.00. Die Aussichten könnten also als gut qualifiziert werden (act. 2 S. 11).

5. Zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit reichte die Schuldnerin einen Auszug über offene Betreibungen des Betreibungsamtes Wädenswil ein (act. 5/17). Danach sind für den Zeitraum vom 15. Juni 2015 bis zum 26. November 2018 noch 51 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 191'416.13 (inkl. der vorliegenden Konkursforderung) registriert. Nach Abzug der vorliegenden Konkursforderung (Fr. 1'776.95, act. 5/17) sind somit noch 50 Betreibungsforderungen in der Höhe von **Fr. 189'639.18** offen.

Zwei Betreibungen mit einem Forderungsbetrag von insgesamt Fr. 14'750.00 (Nrn. 1 Fr. 9'750.00 und 2 Fr. 5000.00) sind erloschen und deshalb nicht mehr zu berücksichtigen. Für 10 Forderungen wurde der Zahlungsbefehl ausgestellt (insgesamt Fr. 60'783.70), 10 Betreibungen (Forderungsbetrag insgesamt Fr. 36'913.65) sind mit dem Code A (= Abstellung) versehen und in 26 Betreibungsverfahren wurde Rechtsvorschlag erhoben (insgesamt Fr. 70'651.78). Nebst der vorliegenden Konkursforderung befinden sich zwei weitere Betreibungsforderungen (Betreibung Nr. 3 Fr. 852.55 und Betreibung Nr. 4 Fr. 5687.50) im Stadium der Konkursandrohung (insgesamt Fr. 6'540.05).

Zu den einzelnen Betreibungen nahm die Schuldnerin Stellung (act. 2 S. 6-10). Zu bemerken ist, dass in der Regel bei nicht grundlosem Bestreiten der Betreibungsforderungen diejenigen mit erhobenem Rechtsvorschlag nicht berücksichtigt werden. Die Schuldnerin führte aus, die Betreibung der Firma D.\_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 3 vom 21.9.2016) habe bis zur Konkursandrohung geführt. Die Gläubigern habe diese Betreibung nicht weiterverfolgt (act. 2 Ziff. 20 S. 6). Es rechtfertigt sich daher, diese Forderung im Betrag von Fr. 852.55 nicht zu berücksichtigen, obwohl die Schuldnerin mit der Gläubigerin eine Ratenzahlung beginnend per Ende November 2018 vereinbart hat. Die Forderung der E.\_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 5) sei – so die Schuldnerin – längst erledigt (act. 2 Ziff. 21 S. 6). Sie belegt dies mit einer Betreibungsrückzugserklärung der E.\_\_\_\_\_ AG vom 23.11.2018 (act. 5/18). Somit ist auch diese Forderung im Betrag von Fr. 1'695.35 nicht zu beachten. Die mit Rechtsvorschlag behaftete Betreibungsforderung von F.\_\_\_\_\_ (Betreibung Nr. 6 vom 10.10.2016) im Betrag Fr. 173.00 wird von der Schuldnerin bestritten. Die Frist für eine Rechtsöffnung sei abgelaufen (act. 2 Ziff. 22 S. 6). Es rechtfertigt sich, auch diese Forderung, Fr. 173.00, nicht zu berücksichtigen. Soweit die Schweizerische Eidgenossenschaft betreffend Mehrwertsteuerausstände diverse Betreibungen eingeleitet hat, besteht eine Abzahlungsvereinbarung (act. 2 Ziff. 23 S. 7 i.V.m. act. 5/19). Die Schuldnerin reichte zwar keine Zahlungsbelege für getätigte Ratenzahlungen ein, sie vermerkte aber auf den Beilagen zum Schreiben der eidgenös-

sischen Steuerverwaltung vom 29. August 2018, welche Raten bereits bezahlt wurden. Insgesamt will sie Teilzahlungen von Fr. 17'500.00 (vgl. act. 5/19) geleistet haben. Es ist genügend glaubhaft gemacht, dass die Schuldnerin diese Beträge effektiv bezahlt hat, hätte doch die Steuerverwaltung bei Nichteinhaltung des Zahlungsplanes längst das Verwertungsbegehren gestellt. Somit reduziert sich die Gesamtschuld um weitere Fr. 17'500.00. Die Schuldnerin behauptete ferner, die mit einem Rechtsvorschlag versehene Forderung der G.\_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 7) im Betrag von Fr. 1'409.15 sei erledigt. Die Rückzugserklärung sei in Aussicht gestellt worden, leider noch nicht eingegangen (act. 2 Ziff. 24 S. 7). Somit ist auch diese Forderung, Fr. 1'409.15, ausser Acht zu lassen. Auch die Forderung in der Betreibung Nr. 8 zugunsten H.\_\_\_\_\_ ist mit einem Rechtsvorschlag behaftet. Hier führte die Schuldnerin aus, der Rechtsvorschlag sei zu Recht erfolgt, sie habe rechtzeitig geliefert und zudem könne die Betreibung aus dem Jahre 2016 auch nicht durch Rechtsöffnung weitergeführt werden (act. 2 Ziff. 25 S. 7). Auch diese Forderung im Betrag von Fr. 411.30 ist deshalb nicht zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Forderungen der Sozialversicherungsanstalt macht die Schuldnerin geltend, sie habe eine Abzahlungsvereinbarung getroffen und am 14. November 2018 in Unkenntnis der Konkureröffnung bereits eine erste Ratenzahlung im Betrag von Fr. 1'937.75 geleistet. Diese Rate sei beim Betreibungsamt aufgrund der Konkureröffnung blockiert (act. 2 Ziff. 26 S. 7). Den Zahlungsnachweis erbringt die Schuldnerin mit einem Kontoauszug der Raiffeisenbank, der die Zahlung am 14.11.2018 belegt (act. 5/9). Somit reduziert sich die Schuldensumme um weitere Fr. 1'937.75. Die effektiven Ausstände zugunsten der Sozialversicherungsanstalt (gemäss Betreibungsregister-Auszug total Fr. 27'266.55, Betreibung Nrn. 9, 10, 11, 12, 13) können nicht genau bestimmt werden, da nach den Ausführungen der Schuldnerin die früheren Betreibungen Akontozahlungen betrafen, die durch neue Verfügungen abgelöst worden seien (act. 2 Ziff. 26 S. 7). Da diesbezüglich aber keine Unterlagen eingereicht wurden, ist es angezeigt, die gesamte (Rest)schuld zu berücksichtigen. Die Schuldnerin machte ferner geltend, für die Forderung der I.\_\_\_\_\_ AG im Be-

trag von Fr. 3'519.00 sei die Betreuung zweimal eingeleitet worden, einmal am 22.2.2017 unter der Betreuung Nr. 14 und ein zweites Mal am 21.6.2018 unter der Betreuung Nr. 15 (act. 2 Ziff. 27 S. 7-8). In beiden Betreibungen wurde Rechtsvorschlag erhoben. Die Schuldnerin bestritt die Forderung, weil die Rechnung dem Kunden hätte zugestellt werden müssen, an welchen die Lieferung im Auftrag der Schuldnerin erfolgte. Inzwischen hat sich die Schuldnerin mit der Gläubigerin geeinigt und eine Zahlungsvereinbarung getroffen. Daraus ergibt sich, dass für die gleiche Forderung zwei Betreibungen eingeleitet worden sind (act. 2 Ziff. 27 S. 2 i.V.m. act. 5/20). Demzufolge rechtfertigt es sich, eine Betreibungsforderung im Betrag von Fr. 3'519.00 abzuziehen. Bezüglich der Betreibungsforderung der J. \_\_\_\_\_ SA (Betreibung Nr. 16) im Betrag von Fr. 725.00 berief sich die Schuldnerin auf Abrechnungsfehler, weshalb sie Rechtsvorschlag erhoben habe (act. 2 Ziff. 28 S. 8). Die Forderung im Betrag von Fr. 725.00 bleibt daher unberücksichtigt. Im weiteren machte die Schuldnerin geltend, der Firma K. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 17) nichts zu schulden, weshalb sie Rechtsvorschlag erhoben habe. Die Gläubigerin habe die Sache nicht weiterverfolgt (act. 2 Ziff. 29 S. 8). Auch um diese Forderung im Betrag von Fr. 645.85 reduziert sich die Gesamtschuld. Überdies hat die Schuldnerin gegen die beiden Forderungen der L. \_\_\_\_\_ AG Rechtsvorschlag erhoben (Betreibung Nr. 18 Fr. 3'244.30 und Betreuung Nr. 19 Fr. 2'464.65). Sie führte aus, diese Gläubigerin habe nach Rücksprache mit der Schuldnerin diese Forderungen nicht mehr weiterverfolgt und in der jüngsten Betreuung (Betreibung Nr. 20 Fr. 4'179.90) einen Rückzug eingereicht (act. 2 Ziff. 30 S. 8). Diese Ausführungen sind glaubhaft, wird doch unter der jüngsten Betreuung der Code A (= Abstellung) vermerkt, d.h. die Betreuung ist durch Meldung des Gläubigers wegen Zahlung oder anderem erledigt worden. Demnach bleiben weitere Forderungen im Betrag von Fr. 9'888.85 (Fr. 3'244.30 + Fr. 2'464.65 + Fr. 4'179.90) unberücksichtigt. Gegenüber der Firma M. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 21) will die Schuldnerin keine Schulden haben und erhob deshalb Rechtsvorschlag (act. 2 Ziff. 31 S. 8). Es rechtfertigt sich daher, diese Forderung im Betrag von Fr. 313.30 nicht zu beachten. Die unter der Betreuung Nr. 22 erwähnte

Betreibungsforderung (Stadium Konkursandrohung) zugunsten von N. \_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 5'687.50 besteht heute, gestützt auf die eingereichten Unterlagen, noch im Umfang von Fr. 1'687.50 (vgl. act. 5/22). Somit reduziert sich die Gesamtschuld um weitere Fr. 4'000.00. Überdies sind auch die weiteren von der Schuldnerin bestrittenen (act. 2 Ziff. 34, 35-37, 39, 41 und 43) und mit Rechtsvorschlag behafteten Betreibungsforderungen zugunsten von O. \_\_\_\_\_ GmbH (Betreibung Nr. 23 Fr. 473.00), P. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 24 Fr. 1'841.85), Q. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 25 Fr. 1'215.90), R. \_\_\_\_\_ (Betreibung Nr. 26 Fr. 5'091.30), der S. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 27 Fr. 3'348.00), T. \_\_\_\_\_ GmbH (Betreibung Nr. 28 Fr. 969.85) und U. \_\_\_\_\_ AG (Betreibung Nr. 29 Fr. 6'128.95), gesamthaft Fr. 19'068.85, nicht als Schulden zu berücksichtigen. Bezüglich der der Betreibung Nr. 30 zugrunde liegenden Forderung der V. \_\_\_\_\_ GmbH (Fr. 3'366.20) haben die Parteien vor dem Friedensrichteramt eine Vereinbarung getroffen. Eine erste Ratenzahlung von Fr. 1'300.00 wurde bereits geleistet (act. 2 Ziff. 38 i.V.m. act. 5/23). Dieser Betrag ist somit von der Gesamtforderung abzuziehen. Auch für eine weitere bestrittene Forderung, nämlich zugunsten der W. \_\_\_\_\_ GmbH (Betreibung Nr. 31 Fr. 3'321.20 RV), soll es eine Vereinbarung geben. Diese wollte die Schuldnerin noch nachreichen (act. 2 Ziff. 40 S. 9 i.V.m. Beilagenverzeichnis zur Beschwerde Bemerkung zu Beilage 24). Bis heute, insbesondere innert der Beschwerdefrist, gingen aber keine weiteren Unterlagen beim Gericht ein. Es rechtfertigt sich daher, diese Forderung im vollen Umfang zu berücksichtigen. Die mit einem Rechtsvorschlag behaftete Forderung in der Betreibung Nr. 32 zugunsten der AA. \_\_\_\_\_ AG im Betrag von Fr. 255.00 besteht gemäss Ausführungen der Schuldnerin zu Recht und es wurden Ratenzahlungen vereinbart (act. 2 Ziff. 42 i.V.m. act. 5/25). Hinsichtlich der Betreibung Nr. 33 für eine Forderung von Fr. 8'580.00 zugunsten AB. \_\_\_\_\_ stehen die Parteien in einem Rechtsstreit. Das Schlichtungsverfahren wurde aufgrund der Konkursöffnung sistiert (act. 5/26). Werde der Konkurs nicht aufrecht erhalten – so die Schuldnerin – werde dem Gläubiger vom Lieferanten die Ware geliefert und damit sei die Angelegenheit erledigt (act. 2 Ziffer 44). Es rechtfertigt sich deshalb, diese

Forderung im Betrag von Fr. 8'580.00 nicht zu berücksichtigen. Insgesamt sind somit Betreuungsforderungen von Fr. 102'869.23 (Fr. 189'639.18 – Fr. 86'769.95) offen.

Mit dem Gemeindesteueramt AC. \_\_\_\_\_ (Betreibung Nr. 34 Fr. 9'459.85) hat die Schuldnerin eine Zahlungsvereinbarung getroffen und will bereits Fr. 4'000.00 an Ratenzahlungen geleistet haben (act 2 Ziff. 32 i.V.m. act. 5/21). Für diese Zahlungen wurden zwar keine Belege eingereicht, jedoch hätte das Steueramt bei Nichteinhaltung der Ratenzahlungsfristen die Betreuung längst fortgesetzt (vgl. act. 5/21). Es sind deshalb auch diese Ratenzahlungen von Fr. 4'000.00 von der Schuld abzuziehen, d.h. die Schuld beträgt Fr. 98'869.23 (Fr. 102'869.23 – Fr. 4'000.00). Als Schulden unberücksichtigt zu bleiben haben ferner die mit dem Code A (= Abstellung) versehenen Betreibungen im Betrag von Fr. 36'913.65 abzüglich der bereits berücksichtigten Betreibungen Nrn. 5 zugunsten E. \_\_\_\_\_ (Fr. 1'695.35) und Nr. 20 zugunsten L. \_\_\_\_\_ AG (Fr. 4'179.90), somit lediglich Fr. 31'038.40. Zur Forderung des kantonalen Steueramtes Zürich (Betreibung Nr. 35) hat die Schuldnerin nichts ausgeführt, weshalb diese Schuld vollumfänglich zu berücksichtigen ist. Es verbleibt somit eine Restschuld von Fr. 67'830.83 (Fr. 98'869.23 – Fr. 31'038.40). Wie bereits erwähnt, konnten die effektiven Ausstände gegenüber der Sozialversicherungsanstalt aufgrund der fehlenden Angaben der Schuldnerin nicht berechnet werden. Die Schuldnerin behauptete, tatsächlich geschuldet seien von den Betreuungsforderungen nur noch die im Abschluss vom 30. September 2018 genannten rund Fr. 24'000.00 sowie die Mehrwertsteuer und die Sozialversicherungsbeträge (act. 2 Ziff. 17). Im betreffenden Abschluss werden Kreditoren im Betrag von Fr. 23'975.75 und Mehrwertsteuerausstände im Betrag von Fr. 15'167.30 ausgewiesen (act. 5/8). Gemäss Aufstellung der Eidgenössischen Steuerverwaltung wurden mit Schreiben vom 27. Juni 2018 Ratenzahlungstermine für Steuerausstände von total Fr. 25'210.57 festgelegt. Aus den handschriftlichen Vermerken ergibt sich, dass bis 30.9.2018 davon Fr. 12'500.00 bezahlt waren. Die Zahlung vom 1. Oktober 2018 bleibt unberücksichtigt (vgl. act. 5/19). Somit waren per Stichtag Zwischenbilanz für Vorperioden noch

Fr. 12'710.57 geschuldet. Die in der Zwischenbilanz erwähnten MWSt-Ausstände von Fr. 15'167.30 dürften somit die Restausstände gemäss Abzahlungsvereinbarung (act. 5/19) und die aktuellen MWSt-Forderungen aufführen. Werden zu den beiden bilanzierten Kreditoren noch Ausstände der Sozialversicherung hinzugerechnet (vgl. S. 8, Fr. 27'266.55), entspricht dies nahezu den obgenannten Betreuungsausständen.

Gemäss eingereichter Bilanzen werden für die Jahre 2015-2017 Verluste ausgewiesen, nämlich für das Jahr 2015 Fr. 21'362.76, für das Jahr 2016 Fr. 25'647.42 (mit Verlustvortrag insgesamt Fr. 47'010.18) und für das Jahr 2017 Fr. 39'353.29 (mit Verlustvortrag insgesamt Fr. 86'363.47) (act. 5/4 S. 2 u. 5). In der Bilanz 2017 werden kurzfristige Verbindlichkeiten aufgeführt (act. 5/4 S. 3), nämlich gegenüber der MWSt Fr. 23'609.42, gegenüber AD.\_\_\_\_\_ Fr. 60'239.99 und gegenüber C.\_\_\_\_\_ Darlehen Fr. 10'000.00. Für die beiden Kreditoren AD.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ bestehen für deren Forderungen im Betrag von Fr. 60'000.00 bzw. Fr. 10'000.00 Rangrücktrittserklärungen (act. 5/6 S. 4 und act. 5/7 S. 1). Es konnte in den ersten 9 Monaten des Jahres 2018 ein Gewinn von Fr. 49'152.61 realisiert werden. Der Gesamtgewinn wird mit Fr. 86'195.36 deklariert und davon ein periodenfremder Aufwand von Fr. 37'042.75 in Abzug gebracht (act. 5/8 S. 2). Unter Berücksichtigung des Verlustvortrages aus den Vorjahren von Fr. 86'363.47, resultiert somit ein Verlustvortrag von Fr. 37'210.86 (act. 5/8 S. 1). Was unter den periodenfremden Aufwand fällt, wurde ausgeführt, nämlich eine Bereinigung nicht sauber abgegrenzter Positionen. Für den Rest des Jahres (1/4 Jahr) kann bei gleich bleibendem Umsatz somit mit einem weiteren Gewinn von rund Fr. 28'700.00 gerechnet werden (Fr. 86'195.36 : 3). Dies lässt sich anhand der eingereichten Werkverträge und Aufträge (act. 5/11-16) sowie der Aufstellung Debitorenausstände/angefangene Arbeiten per 19.11.2018 durchaus nachvollziehen (act. 5/10). So kann die Schuldnerin für den Rest des Jahres 2018 noch zusätzlich Rechnung stellen, nämlich für Materialkosten ca. Fr. 27'280.80 (act. 5/10) und für Arbeitsleistungen Fr. 22'675.00. Dies lässt vermuten, dass die Schuldnerin für das Jahr 2018 einen Gewinn erreicht, der es ihr erlauben wird, die gesamten Verlustvorträge auszugleichen.

Nach einer Umsatzsteigerung von mehr als 100% gegenüber dem Jahr 2017 (vgl. act. 5/8) ist zu erwarten, dass auch 2019 ein erfolgreiches Geschäftsjahr wird. So konnte die Schuldnerin anhand ihrer Aufstellung aufzeigen, dass sie für das Jahr 2019 bislang Arbeitsleistungen von rund Fr. 90'000.00 in Rechnung stellen kann (act. 5/10).

Gemäss der Zwischenbilanz gibt es flüssige Mittel im Betrag von Fr. 24'919.14 und Debitorenausstände von Fr. 12'000.00. Diesen stehen kurzfristige Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen von Fr. 23'975.75 und Verbindlichkeiten Mehrwertsteuer von Fr. 15'167.30 gegenüber. Wieweit diese Kreditoren auch die Betreuungsforderungen enthalten, ergibt sich nur teilweise aus den Akten. Die Schuldnerin behauptete, die aktuellen Kreditoren, die kurzfristig zu bezahlen gewesen wären, hätten am 13. November 2018 das gleiche Bild gezeigt wie die Bilanz per 30. September 2018, nämlich Fr. 23'975.50. Die in der Zwischenzeit erfolgten Rechnungen aus Lieferungen und Leistungen hätte sie jeweils im Voraus bezahlen müssen bzw. sofort bezahlt, um weitere Lieferungen zu erhalten (vgl. act. 2 Ziff. 12). Diese Darstellung lässt sich dem eingereichten Bankauszug für die Zeit vom 1.10-25.11.18 (act. 5/9) nicht entnehmen und eine aktuellere Kreditorenliste wurde nicht eingereicht. Allerdings konnte die Schuldnerin, wie bereits erwähnt, mit Einreichung der Ratenzahlungsvereinbarung der Eidgenössischen Steuerverwaltung belegen, dass die in der Zwischenbilanz ausgewiesene Mehrwertsteuerschuld auch die betriebenen Mehrwertsteuerschulden berücksichtigt (vgl. S. 11-12). Nicht nachvollziehen kann das Gericht allerdings, ob bei den ausgewiesenen kurzfristigen Verbindlichkeiten im Umfang von Fr. 23'975.75 auch Betreuungsausstände enthalten sind. Klar ist aber, dass die Schuldnerin mit den vorhandenen flüssigen Mitteln ihre laufenden Verbindlichkeiten decken kann. Mit dem erwarteten Gewinnzuwachs im Jahr 2019 sollte es der Schuldnerin möglich sein, ihre Betreuungsausstände von Fr. 67'830.83 im laufenden Jahr zu tilgen.

Die Schuldnerin bemüht sich, ihre Schulden in den Griff zu bekommen. Dazu hat sie verschiedene Abzahlungsvereinbarungen getroffen, sogar mit

Gläubigern, welche die Betreuung neu einleiten müssten. Die Firma ist seit tt.mm.2015 im Handelsregister eingetragen (act. 5/3). Es zeichnet sich ab, dass die Anfangsschwierigkeiten hinsichtlich des Aufbaus der Geschäftstätigkeit, nicht zuletzt dank dem Beizug eines Fachmannes zur Bereinigung der Finanzen, überwunden sind.

6. Gestützt auf obige Erwägungen hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG somit zum heutigen Zeitpunkt hinreichend glaubhaft gemacht. Die Schuldnerin wird ihre Restschuld gegenüber N.\_\_\_\_\_, dessen Betreuungsforderung sich im Stadium der Konkursöffnung befindet (vgl. act. 5/22 i.V.m. act. 5/17), sofort zu begleichen haben, ansonsten sie eine weitere Konkursöffnung riskiert. Zudem ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass das Gericht bei erneuter Konkursöffnung einen strengeren Massstab anlegen würde.
7. Damit erweist sich der Beschwerde als begründet.
8. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

### **Es wird beschlossen**

1. Auf den Antrag, das Handelsregisteramt des Kantons Zürich sei anzuweisen, den Eintrag vom 14. November 2018, wonach die Gesellschaft in Liquidation sei, wieder zu löschen, wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

### **und erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 13. November 2018, mit dem über die

Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.

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, an die Beklagte unter Beilage von act. 2, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:  
1. Februar 2019