

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 9. Februar 2016

in Sachen

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

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 13. Januar 2016 (EK150431)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 10. Februar 2012 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie die Führung eines (oder mehrerer) Architekturbüros, die Projektierung, Planung und Realisierung von Bauvorhaben, die architektonische und städtebauliche Beratung, die Ausführung von Generalunternehmeraufträgen, die Beratung in Immobilien-Angelegenheiten, den Kauf und Verkauf von Grundstücken, den Kauf, die Verwaltung sowie das Halten von Beteiligungen an ähnlichen Unternehmen in der Schweiz und im Ausland (act. 6).

1.2. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Dietikon (fortan Vorinstanz) vom 13. Januar 2016 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet. Die Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 6'150.00 nebst Zins zu 5% seit 31. Oktober 2014 sowie Betreuungskosten von Fr. 146.60 (act. 3 = act. 8/6). Der vorinstanzliche Konkursentscheid wurde der Schuldnerin am 14. Januar 2016 zugestellt (act. 8/7). Die 10-tägige Frist zur Erhebung der Beschwerde gegen den Konkursentscheid lief damit bis am 25. Januar 2016.

1.3. Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 13. Januar 2016 erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 22. Januar 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 2). Mit Präsidialverfügung vom 25. Januar 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Am 25. Januar 2016 (Datum Poststempel) und damit innert Beschwerdefrist reichte die Schuldnerin weitere Belege ein (act. 11; act. 12/13-18 und 12/20-34).

2.

2.1. 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 einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (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 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 belegt, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Schlieren/Urdsorf) samt Zinsen und Betreibungskosten am 21. Januar 2016 bei der Obergerichtskasse hinterlegt und für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 geleistet zu haben (act. 2 S. 3; act. 5/4). Im Weiteren hat die Schuldnerin mit Zahlung vom 19. Januar 2016 beim Konkursamt Schlieren zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'000.00 sichergestellt (act. 5/5). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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 ihrer 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 von 10. Juli 2012 E. 2.3).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszüge des Betreibungsamtes Schlieren/Urdorf vom 13. und 19. Januar 2016 weisen für den Zeitraum vom 28. Februar 2014 bis 19. Januar 2016 insgesamt 31 eingeleitete Betreibungen aus, wobei 26 Betreibungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt wurden (act. 5/6-7). Neben der Betreibung der nun hinterlegten Konkursforderung bestehen damit noch vier offene Betreibungen. Die der Betreibung Nr. 2 zugrundeliegende Forderung von Fr. 70'684.17 wird von der Schuldnerin im Fr. 38'651.72 übersteigenden Betrag bestritten (act. 2 S. 6). Dass die Forderung teilweise beglichen wurde, ist durch die von der Schuldnerin eingereichte Belastungsanzeige des Firmenkontos glaubhaft. Aus dieser ist ersichtlich, dass die Schuldnerin am 15. Juli 2015 eine Zahlung von Fr. 33'000.00 an die Betreibungsgläubigerin geleistet hat (act. 5/8). Aus dem von der Schuldnerin vorgelegten obergerichtlichen Beschwerdeentscheid vom 11. November 2015 betreffend Rechtsöffnung geht überdies hervor, dass das Rechtsöffnungsgesuch der Betreibungsgläubigerin in der Betreibung Nr. 2 nur im Umfang von Fr. 38'651.72 – erst- sowie zweitinstanzlich ohne Erfolg – gestellt wurde (act. 5/9). Die Schuldnerin bestreitet die Fälligkeit dieser Forderung. Zur Betreibung Nr. 3 reichte die Schuldnerin eine Abzahlungsvereinbarung über den Schuldbetrag von Fr. 90'000.00 ein (act. 5/10). Hinsichtlich der Betreibungen Nr. 4 und Nr. 5 legte die Schuldnerin Verfügungen des Friedensrichteramtes der Stadt Schlieren vom 17. Dezember 2015 und 6. Januar 2016 vor. Aus diesen ergibt sich, dass die Schuldnerin mit den Betreibungsgläubigerinnen je eine Abzahlungsvereinbarung schliessen konnte (act. 5/11-12). Die Abzahlungen gemäss den genannten drei Vereinbarungen über Fr. 90'000.00, Fr. 18'650.10 (inkl. Betreibungs- und Friedensrichterkosten) sowie Fr. 3'555.00 (inkl. Friedensrichterkosten) beginnen ab Ende Januar 2016 bzw. ab 1. Mai 2016. Offen und unbestritten sind demnach – ohne Berücksichtigung der nun hinterlegten Konkursforderung – Schulden im Gesamtbetrag von Fr. 112'205.10. Hinzu kommt eine nicht fällige Forderung von Fr. 38'651.72.

2.3.3. Mit den getroffenen Abzahlungsvereinbarungen hat sich die Schuldnerin verpflichtet, Fr. 7'680.00 per Ende Januar 2016, Fr. 7'995.00 per Ende Februar

2016, Fr. 6'530.10 per Ende März 2016 und ab 1. Mai 2016 während 45 Monaten Fr. 2'000.00 zu bezahlen (act. 5/10-12). Die Schuldnerin bringt unter Hinweis auf ihre Buchhaltungsabschlüsse vor, diesen eingegangenen Abzahlungsverpflichtungen vollumfänglich nachkommen zu können. Sie geht weiter davon aus, dass aufgrund ihrer Aktiven selbst die langfristige Forderung von Fr. 38'651.72 aus der Betreuung Nr. 2 – im Falle des Obsiegens der Gläubigerin auf dem Zivilprozessweg – bei weitem gedeckt wäre (act. 2 S. 6 f.). Die Schuldnerin verweist darauf, in den letzten beiden Jahren gute Gewinne erwirtschaftet zu haben und weder als zahlungsunfähig noch als überschuldet gelten zu können. Im Jahr 2014 habe sich ihr Gewinn noch auf relativ bescheidene Fr. 24'775.00 belaufen. Im Jahr 2015 habe der Gewinn Fr. 70'395.00 betragen, sich somit fast verdreifacht. Des Weiteren sei es ihr möglich gewesen, zwischen dem 13. bis 19. Januar 2016 Betreuungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 55'102.80 zuzüglich Zinsen und Kosten beim Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf zu begleichen. Rund eine Woche nach der Konkursöffnung habe sich ihre finanzielle Situation weiter verbessert. Der Gewinn belaufe sich gemäss Bilanz per 21. Januar 2016 auf Fr. 146'035.00 (act. 2 S. 5 und 8 f.; act. 12/15-16). Die Schuldnerin erklärt, die vielen Betreibungen sowie die Konkursöffnung seien eher auf administrative Unzulänglichkeiten und mangelnde Erfahrung der Geschäftsführung zurückzuführen als auf eine schlechte Zahlungsmoral bzw. -fähigkeit. Mit der Beauftragung eines neuen Buchhalters, Herrn C.\_\_\_\_\_ von der ... Treuhand, per 1. Dezember 2015 sollten die Probleme behoben sein (act. 2 S. 10).

2.3.4. Neben den bereits erwähnten Schulden gegenüber Betreuungsgläubigern in der Höhe von Fr. 150'856.82 ergeben sich aus der von der Schuldnerin eingereichten, vom zeichnungsberechtigten Gesellschafter und Geschäftsführer unterzeichneten Kreditorenliste per 21. Januar 2016 zusätzliche aktuelle Kreditorenforderungen von Fr. 8'092.95 (act. 12/18). Insgesamt ist damit von Schulden von rund Fr. 159'000.00 auszugehen. Gemäss Auszug des auf die Schuldnerin lautenden Firmenkontos Nr. ... bei der Zürcher Kantonalbank per 22. Januar 2016 stehen diesen Schulden flüssige Mittel in Höhe von Fr. 33'528.22 gegenüber (act. 5/19). Die unterzeichnete Debitorenliste per 21. Januar 2016 weist sodann 20 fällige Debitorenforderungen in der Höhe von Fr. 263'795.45 aus (act. 12/17).

Zur Debitorenliste sowie der Auftragslage resp. der vorhandenen Liquidität reicht die Schuldnerin zudem neun Auftragsbestätigungen und zwei Verträge für Architekturleistungen ins Recht, aus welchen sich laufende Aufträge mit einem Gesamtauftragsvolumen von Fr 1'607'780.00 ergeben (act. 11 S. 2; act. 12/20-22; act. 12/26-30; act. 12/32-34). Hinsichtlich der 20 fälligen Debitorenforderungen ist zu beachten, dass nicht davon ausgegangen werden kann, der gesamte Betrag von Fr. 263'795.45 werde der Schuldnerin unmittelbar zur Schuldentilgung zur Verfügung stehen. Aus der eingereichten Debitorenliste per 21. Januar 2016 geht nämlich hervor, dass drei Forderungen im Umfang von Fr. 16'213.65 bereits seit Mitte des Jahres 2015 fällig sind. Es kam bereits zu Mahnungen und zur Betreibungsandrohung (act. 12/23; act. 12/25). Deren Bezahlung durch die Gläubiger erscheint daher als äusserst fraglich. Daneben ist bezüglich der weiteren 17 Debitorenforderung erfahrungsgemäss ein Delkredererisiko von bis zu 10% zu beachten. Folglich ist von Debitorenforderungen in der Höhe von rund Fr. 223'000.00 auszugehen.

2.3.5. Auch wenn den Schulden in der Höhe von Fr. 159'000.00 nur Mittel auf dem Firmenkonto von Fr. 33'528.22 gegenüberstehen, so ist doch zu berücksichtigen, dass die Schulden nicht auf einen Schlag zu zahlen sind. Aus dem von der Schuldnerin vorgelegten obergerichtlichen Beschwerdeentscheid vom 11. November 2015 geht hervor, dass die Betreuungsgläubigerin mit ihrem Rechtsöffnungsgesuch betreffend die Restforderung von Fr. 38'651.72 in der Betreuung Nr. 2 in erster sowie in zweiter Instanz nicht durchdringen konnte (act. 5/9). Der Schuldnerin ist darin zuzustimmen, dass für die Eintreibung der Forderung nun der ordentliche Zivilklageweg beschritten werden müsste, was einige Zeit in Anspruch nehmen dürfte (vgl. act. 2 S. 6). Die noch offenen Schulden im Umfang von Fr. 112'205.10 sind aufgrund der getroffenen Abzahlungsvereinbarungen auf die kommenden Monate resp. Jahre verteilt abzutragen. Die Behauptung der Schuldnerin, sie werde in der Lage sein, den getroffenen Abzahlungsvereinbarungen nachzukommen, werden einerseits dadurch gestützt, dass sie – wie den eingereichten Betreibungsregisterauszügen zu entnehmen ist – zwischen der Konkurseröffnung am 13. Januar 2016 und dem 19. Januar 2016 in der Lage war, kurzfristig liquide Mittel aufzubringen, um insgesamt 13 Betreibungsforderungen

in der Höhe von Fr. 55'102.80 zuzüglich Zinsen und Kosten zu begleichen (vgl. act. 5/6-7). Andererseits erscheint die Abzahlungsfähigkeit der Schuldnerin angesichts der noch nicht beendeten bzw. erst teilweise abgerechneten Aufträge mit einem Umsatzvolumen von gesamthaft Fr. 1'607'780.00 und insbesondere der Höhe der fälligen Debitorenforderungen von Fr. 223'000.00, welche die offenen Schulden deutlich übersteigen, als glaubhaft.

Darüber hinaus hat sich der Reingewinn den eingereichten Jahresrechnungen 2014 und 2015 zufolge – wie von der Schuldnerin behauptet – deutlich gesteigert (vgl. act. 12/13-16). In Bezug auf die Erfolgsrechnungen fällt zwar auf, dass im Jahr 2014 ein Personalaufwand von Fr. 435'734.00 verbucht wurde, während im Jahr 2015 nur noch ein solcher von Fr. 227'025.70 ausgewiesen wurde, was nicht mit der Behauptung der Schuldnerin korrespondiert, dass im Betrieb neben dem einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer zudem weitere vier Mitarbeiter sowie ein Lehrling tätig sind (act. 2 S. 4). Jedoch bestehen keine objektiven Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin im Jahr 2016 nicht gewinnbringend wirtschaften könnte. Dagegen spricht vielmehr der in der Erfolgsrechnung per 21. Januar 2016 ausgewiesene Betriebsertrag im Vergleich zu jenen in den Jahren 2014 und 2015 resp. die derzeit bestehende Auftragslage der Schuldnerin.

2.4. Zusammengefasst belegt die Schuldnerin, dass sie innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um neben der Konkursforderung weitere zahlreiche Betreuungsforderungen in beträchtlicher Höhe zu begleichen. Bis auf vier Forderungen, wovon für drei eine ratenweise Abzahlung vereinbart wurde, hat die Schuldnerin alle in Betreuung gesetzten Schulden beglichen. In Anbetracht der Auftragslage resp. der Höhe der fälligen Debitorenforderungen, zusammen mit dem sofort verfügbaren Bankguthaben, vermag die Schuldnerin glaubhaft zu machen, dass sie den vereinbarten Abzahlungsraten nachkommen können. Es bestehen objektive Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin weiterhin gewinnbringend tätig sein wird und nebst der Schuldentilgung innert angemessener Zeit die laufenden Verbindlichkeiten decken können. Sie ist gewillt, ihren Defiziten bzw. ihrer mangelnden Erfahrung bei der Geschäftsführung und in administrativen Belangen durch Beauftragung eines Buchhalters beizu-

kommen. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich damit als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. 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 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.).

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des am 13. Januar 2016 über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

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 Bezirksgerichts Dietikon vom 13. Januar 2016, 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. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Fr. 1'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 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 auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, der Gläubigerin den von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 6'670.00 auszuzahlen.
  5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 11, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Schlieren/Urdsorf, 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. K. Würsch

versandt am:  
10. Februar 2016