

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170018-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 9. Februar 2017

in Sachen

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

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 19. Januar 2017 (EK162155)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) vom 19. Januar 2017 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) der Konkurs eröffnet. Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 13'781.80 nebst Zins zu 5% seit 14. März 2016, Bearbeitungskosten von Fr. 100.00, Mahnkosten von Fr. 50.00 sowie Betreuungskosten von Fr. 463.05 (act. 3 = act. 7 = act. 8/6).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 2. Februar 2017 (an diesem Datum überbracht) rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2; act. 8/8). Mit Präsidialverfügung vom 2. Februar 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Ferner wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9). Die Schuldnerin leistete den Kostenvorschuss innert Frist (act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8/1-8). Das Verfahren ist 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 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 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 Konkurseröffnung 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).

2.2.1. Die Schuldnerin führt aus, es liesse sich argumentieren, dass sie die Konkursforderung nicht nach der Konkurseröffnung bezahlt habe: Wenn man die Konkurseröffnung und den Zahlungszeitpunkt nach dem Tag bestimmte, dann habe sie den noch ausstehenden Teil der Konkursforderung weder vor noch nach der Konkurseröffnung, sondern gleichzeitig mit der Konkurseröffnung bezahlt. Dementsprechend habe das Betreibungsamt auch die Zahlung noch entgegen genommen (act. 2 S. 7 Rz. 19).

2.2.2. Die Konkurseröffnung erfolgte am 19. Januar 2017, um 10.00 Uhr (act. 3 S. 1). Die von der Schuldnerin eingereichte E-Mail mit angehängter Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich (Altstadt) belegt die Bezahlung des Endbetrages in der Betreuung-Nr. 1 per Postüberweisung. Als Valutadatum ist der 19. Januar 2017 und damit der Tag der Konkurseröffnung aufgeführt (act. 5/9-10). Aus den von der Schuldnerin eingereichten Belegen und ihren Darlegungen ergibt sich aber nicht, *zu welchem Zeitpunkt* resp. ob die Zahlung *vor der Konkurseröffnung um 10 Uhr* erfolgte. Allein aus der Tatsache, dass das Betreibungsamt Zürich 1 die Zahlung noch entgegennahm, kann nicht auf die Begleichung der Konkursforderung vor Konkurseröffnung geschlossen werden. Folglich ist davon auszugehen, dass die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 1) von der Schuldnerin samt Zinsen, Bearbeitungs-, Mahn- und Betreuungskosten *nach* der Konkurseröffnung beglichen wur-

de. Im Weiteren stellte die Schuldnerin zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes sowie des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung beim Konkursamt Zürich (Altstadt) am 30. Januar 2017 Fr. 1'500.00 sicher (act. 5/11) und sie leistete einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren (act. 11). 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 Konkurseröffnung erfolgte, hat die Schuldnerin, um die Aufhebung der Konkurseröffnung 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 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 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 ist seit dem 12. Mai 2009 mit folgendem Zweck im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen: Entwicklung und Konzeption von Markenstrategien sowie Produktion von Anschauungsmaterial, Broschüren und Handbüchern. Organisation und Durchführung von Seminaren und Kursen

(act. 5/4 = act. 6). Sie erklärt, in ihrem Tätigkeitsbereich Branding und Kommunikation die Beratung sowie Entwicklung und Umsetzung von Gesamt- oder Einzelkonzepten anzubieten. Dabei bestehe ihr Geschäftsmodell darin, qualitativ hochstehende Arbeit zu vergleichsweise günstigen Preisen anzubieten (act. 2 S. 4 f. Rz. 8-11). Die Schuldnerin bringt vor, ihr Geschäftsmodell funktioniere gut, sie sei jedoch im Jahr 2015 in finanzielle Schwierigkeiten geraten, weil ihre beiden langjährigen Kunden, die Möbelfirma C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_, abgesprungen seien. Auch in der Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2016 sei es harzig gelaufen (act. 2 S. 5 Rz. 12-14). In den letzten Monaten habe sie jedoch sehr hart und aus geschäftlicher Sicht mit Erfolg gekämpft. Dabei habe sie leider die Formalitäten des SchKG vernachlässigt. Die Konkursforderung am Tag der Konkurseröffnung beim Betreibungsamt zu begleichen, habe so nicht funktioniert, sie habe aber nicht aufgegeben. Sie habe Geld in die Hand genommen und gearbeitet, um den Konkurs abzuwenden. Sie sei gerade wieder daran, gut Geld zu verdienen und sie wolle resp. könne ihre Schulden innert wenigen Monaten begleichen (act. 2 S. 12 Rz. 35).

2.3.3. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 1 vom 27. Januar 2017 weist insgesamt 27 zwischen dem 18. März 2013 und dem 27. Dezember 2016 eingeleitete Betreibungen aus (act. 5/12). Von den 27 eingeleiteten Betreibungen wurden 15 Betreibungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt. Vier Betreibungen sind erloschen. Neben der Betreibung der nun getilgten Konkursforderung weist der Betreibungsregisterauszug damit noch sieben offene Betreibungen aus. Die Schuldnerin belegt, die den Betreibungen Nr. 2 und Nr. 3 zugrunde liegenden Forderungen bezahlt zu haben (act. 2 S. 9 f. Rz. 26-28; act. 5/13-14). Zur Forderung der Schweizerischen Eidgenossenschaft aus der Betreibung Nr. 4 legt die Schuldnerin einen Kontoauszug derselben vom 3. Januar 2017 ins Recht, aus dem sich eine teilweise Abzahlung resp. ein noch offener Forderungsbetrag von Fr. 3'094.25 ergibt (act. 2 S. 11 Rz. 32; act. 5/17). Damit ist in Übereinstimmung mit den Darlegungen der Schuldnerin (act. 2 S. 10 Rz. 26) noch von fünf offenen Betreibungen mit einer gesamt-

haften Forderungshöhe von Fr. 15'390.40 auszugehen. In den Betreibungen wurde bereits der Zahlungsbefehl zugestellt.

2.3.4. Neben den Schulden gegenüber Betreuungsgläubigern in der Höhe von Fr. 15'390.40 ergeben sich aus der von der Schuldnerin eingereichten Liste der Debitoren (recte: Kreditoren) zusätzlich aktuelle Kreditorenforderungen von rund Fr. 34'500.00 (act. 2 S. 11 Rz. 34; act. 5/18). Die noch offenen Betreuungsforderungen möchte die Schuldnerin – nach Aufhebung der durch die Konkursöffnung bedingten Kontosperrung – mit ihren Mitteln auf dem Haupt-Firmenkonto bei der E. \_\_\_\_\_ begleichen (act. 2 S. 10 f. Rz. 26, 29-33). Dass sie dazu in der Lage sein wird, ist anhand der eingereichten Auszüge der Firmenkonten bei der E. \_\_\_\_\_, welche zugunsten der Schuldnerin einen Saldo von rund Fr. 17'500.00 bescheinigen, glaubhaft (act. 5/15-16). Die Kreditorenforderungen gedenkt die Schuldnerin mittels den zu erwartenden Zahlungseingängen aus den gegenüber der F. \_\_\_\_\_, der G. \_\_\_\_\_ AG und der H. \_\_\_\_\_ erbrachten sowie in Rechnung gestellten bzw. in Kürze noch in Rechnung zu stellenden Leistungen zu begleichen. Die bereits in Rechnung gestellten bzw. angefangenen Arbeiten würden sich auf insgesamt zirka Fr. 34'719.20 belaufen (act. 2 S. 12 Rz. 34).

2.3.5. Die Schuldnerin reicht zu ihrer Auftragslage diverse, zwischen dem 11. Juli 2016 und 20. Januar 2017, gestellte Rechnungen ins Recht. Die Schuldnerin macht geltend, sie verfüge bereits heute über ein bis Ende 2017 zugesichertes Auftragsvolumen von Fr. 121'969.00 oder monatlich Fr. 12'197.00. Die Weiterführung der Projekte, für welche bereits Rechnungen gestellt worden seien, sei ihr von den Kunden bereits mündlich zugesagt worden. Daneben bestünden noch Kapazitäten, um weitere Aufträge anzunehmen. Solche seien schon in Aussicht gestellt worden (act. 2 S. 6 f. Rz. 15-17). Die Behauptung mündlicher Zusicherung und/oder in Aussicht gestellter Aufträge reicht für die Glaubhaftmachung zwar nicht aus. Einzig die unbefristete 20%-Anstellung beim Corporate Publishing Team der G. \_\_\_\_\_ AG zu einem Jahreslohn von Fr. 22'009.00 wird von der Schuldnerin durch die Einreichung eines Arbeitsvertrages vom 22. Dezember 2016 glaubhaft gemacht (act. 5/8). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich aus den eingereichten Rechnung ein Gesamtauftragsvolumen von rund

Fr. 151'200.00, das heisst monatlich rund Fr. 21'600.00, ergibt (act. 5/7). Für künftige monatliche Einkünfte um die Fr. 12'200.00 bestehen somit genügende objektive Anhaltspunkte. Die Schuldnerin macht im Weiteren geltend, diesen Einnahmen stünden geringe Fixkosten gegenüber. Sie könne ihren Kunden vergleichsweise günstige Preise anbieten, weil sie über eine schlanke und flexible Kostenstruktur verfüge. I.\_\_\_\_\_, welche seit Juni 2010 die alleinige Eigentümerin und Geschäftsführerin sei, sei zudem die einzige Arbeitnehmerin der Gesellschaft. Sie könne ihren Lohn der Ertragslage anpassen und arbeite im Sinne einer Sparmassnahme von zu Hause aus. Eine Agentur stelle ihr zudem kostenlos Büroräumlichkeiten zur Verfügung. Die laufenden Kosten der Gesellschaft würden sich somit – ohne den Lohn für I.\_\_\_\_\_ von zirka Fr. 4'200.00 – auf Fr. 2'300.00 belaufen (act. 2 S. 4 f. Rz. 10-11). Gemäss den vorgelegten Erfolgsrechnungen betrug das Total des sonstigen Betriebsaufwandes (inklusive Miet- und Lohnaufwand) im Jahre 2014 Fr. 32'497.26, somit monatlich rund Fr. 2'700.00, und im Jahr 2015 Fr. 44'405.48, das heisst monatlich rund Fr. 3'700.00 (act. 5/6). In der Erfolgsrechnung für den Zeitraum vom 1. Januar bis 30. September 2016 ist ein Total des sonstigen Betriebsaufwandes (ohne Miet- und Lohnaufwand) mit Fr. 10'017.61 resp. monatlich Fr. 1'113.05 ausgewiesen (act. 5/5). Anhand dessen erscheint es glaubhaft, dass sich die regelmässigen finanziellen Verpflichtungen der Schuldnerin selbst bei (Mit-)Berücksichtigung von Miet- und Lohnaufwendungen in relativ bescheidenem Rahmen halten, die künftigen Einnahmen bei Weitem nicht übersteigen und ein kontinuierliches Abzahlen der noch offenen Kreditorenforderungen zulassen.

Darüber hinaus ist aus der eingereichten Bilanz per 31. Dezember 2015 ersichtlich, dass im Jahr 2014 ein Jahresgewinn von Fr. 45'955.50 erzielt wurde und im Jahr 2015, in welchem die Schuldnerin zwei langjährige Kunden verlor, ein geringer Jahresverlust in der Höhe von Fr. 1'752.35 resultierte. Die Bilanz per 30. September 2016 bescheinigt einen Gewinn über Fr. 29'440.018 (act. 5/5). Anhand der eingereichten (Jahres-)Abschlüsse bestehen keine objektiven Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin im Jahr 2017 nicht gewinnbringend wirtschaften könnte. Für eine gewinnbringende Tätigkeit in Zukunft spricht vielmehr, dass die Schuldnerin mit Ausnahme des schlechten Jahres 2015 jeweils einen Gewinn

verzeichnen konnte. Kein anderer Schluss ist auch aus der glaubhaft gemachten, derzeit bestehenden Auftragslage der Schuldnerin zu ziehen.

2.3.6. Zusammengefasst belegt die Schuldnerin, dass sie innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel hat aufbringen können, um neben der Konkursforderung weitere Betreuungsforderungen zu begleichen. Der Saldo aus den Firmenkonten übersteigt zudem die Summe der noch offenen Betreuungsforderungen, womit von einer Begleichung derselben innert nützlicher Frist ausgegangen werden kann. Im Weiteren war es der Schuldnerin möglich, in den letzten Jahren – mit Ausnahme des Jahres 2015, in welchem ein kleiner Verlust zu verzeichnen war – einen Gewinn zu erwirtschaften. Auch konnte die Schuldnerin eine gute laufende Auftragslage glaubhaft machen. Vor diesem Hintergrund bestehen genügende objektive Anhaltspunkte dafür, dass es der Schuldnerin auch in der Zukunft möglich sein wird gewinnbringend zu wirtschaften und die bestehenden offenen Verbindlichkeiten neben den laufenden monatlichen Verpflichtungen abzutragen, ohne weitere Betreibungen auflaufen zu lassen. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich aufgrund alledem 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 die Möglichkeit nicht ausschliesst, 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 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.). Das gilt jedenfalls bei erstmaligen Konkursöffnungen, denen die Begleichung der Konkursforderungen auf dem Fuss folgt.

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des am 19. Januar 2017 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 Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Januar 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. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.00 (Fr. 1'500.00 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 auszuführen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich (Altstadt), ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, 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:  
10. Februar 2017