

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220026-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 21. Februar 2022

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

Kanton Thurgau,

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch Steuerverwaltung des Kantons Thurgau,

betreffend

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 20. Januar 2022 (EK210345)

Erwägungen:

1.1 Mit Eingabe vom 15. November 2021 beantragte der Kanton Thurgau (Gläubiger) beim Bezirksgericht Horgen, über die Schuldnerin sei gestützt auf Art. 190 SchKG für Forderungen aus einer Rechnung Steuererklärungsmahngebühr 2019 sowie einer Rechnung Ordnungsbusse 2019, wobei die Ausstände total Fr. 761.– betragen würden, der Konkurs zu eröffnen (act. 8/1).

1.2 Nach durchgeführtem Verfahren eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Horgen (fortan Vorinstanz) mit Urteil vom 20. Januar 2022 in Anwendung von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG den Konkurs über die Schuldnerin und beauftragte das Konkursamt Wädenswil mit dem Vollzug (act. 3 = act. 7 = act. 8/8, nachfolgend zitiert als act. 7).

2.1 Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 2. Februar 2022 (Datum Poststempel) rechtzeitig (act. 5/2 u. act. 8/9/2) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich. Sie beantragt die Aufhebung der Konkurseröffnung und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

2.2 Mit Verfügung vom 4. Februar 2022 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1–15). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3.1 Ein Gläubiger kann ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung über eine der Konkursbetreuung unterliegende Schuldnerin, die ihre Zahlungen eingestellt hat, verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgte Konkurseröffnung sind Art. 169, 170 und 173a–176 des SchKG anwendbar (Art. 194 SchKG). Wie sich aus dem Verweis in Art. 194 SchKG ergibt, kann der Entscheid betreffend Konkurseröffnung gestützt auf Art. 174 SchKG, wie bei einer ordentlichen Konkurseröffnung, weitergezogen werden.

Die Schuldnerin kann in Anwendung von Art. 174 Abs. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (unechte Noven). Dazu gehört bei einer

Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung insbesondere, dass die (konkursfähige) Schuldnerin ihre Zahlungen im Vorfeld der Konkurseröffnung gar nicht eingestellt hatte, was nach Art. 190 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn dieser Umstand dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre (vgl. OGer ZH PS200120 vom 25. Juni 2020, E. 2.2). Sodann kann gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Dabei kann die Schuldnerin auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (echte Noven).

3.2 Vorliegend macht die Schuldnerin nicht geltend, die Konkurseröffnung sei zu Unrecht erfolgt, da die Voraussetzung von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nicht erfüllt gewesen sei. Entsprechend ist zu prüfen, ob sie i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG einen Konkurshinderungsgrund nachweist und ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht.

3.3 Die Schuldnerin hat am 2. Februar 2022 Fr. 14'000.– bei der Obergerichtskasse hinterlegt (act. 5/16a). Damit hat sie die Forderung des Gläubigers, welcher die Konkurseröffnung beantragte, von Fr. 761.– sichergestellt (vgl. act. 5/8). Sodann belegt die Schuldnerin mit einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Wädenswil vom 31. Januar 2022, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens mit einer Zahlung von Fr. 1'800.– sichergestellt zu haben (act. 5/12). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1 Es bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden

Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck erhält, diese 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, 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (statt vieler: OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer, als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018, E. 2.3.).

4.2 Mit Blick auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit ist einleitend auf Folgendes hinzuweisen: Die Schuldnerin macht geltend, zahlungsfähig zu sein und reicht diesbezüglich gewisse Belege ein. Sie weist indes darauf hin, keine "weiteren" Buchhaltungsunterlagen einreichen zu können, da sie auf diese infolge der Konkursöffnung bzw. konkursamtlichen Siegelung ihrer Räumlichkeiten nicht zugreifen könne (act. 2 Rz. 18 f.). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Beschwerde der Schuldnerin am 4. Februar 2022 die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist. Auch nach Erteilung der aufschiebenden Wirkung ging aber keine Ergänzung der Beschwerde ein. Entsprechend verfängt der Einwand der Schuldnerin nicht und ist insbesondere nicht zu ihren Gunsten zu würdigen.

4.3 Die Schuldnerin firmierte bis zum 14. Oktober 2019 als 'B._____ GmbH' mit Sitz in C._____ und mit D._____ als einzigem Gesellschafter und Geschäftsführer. Der damalige Zweck war die Reparatur und der Handel mit Fahrzeugen. Im Jahr 2019 wurden die Stammanteile vom heutigen Gesellschafter und Geschäfts-

führer, E._____, übernommen. Es erfolgte eine Umfirmierung in 'A._____ GmbH' und eine Verlegung des Sitzes an die aktuelle Adresse in F._____. Die Schuldnerin ist seit dem tt.mm.2019 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt neu den Betrieb und die Führung eines Coiffeur Geschäfts und die Herstellung, den Handel und Vertrieb von Kosmetikartikeln, Produkten für die Nassrasur und Körperpflege, Accessoires und verwandte Waren aller Art (act. 6; vgl. auch act. 2 Rz. 9 ff.).

Die Schuldnerin führt zu ihren aktuellen finanziellen Schwierigkeiten aus, dass der Coiffeur-Betrieb anfänglich erfolgreich geführt worden sei und sie auch den Corona-bedingten Unterbruch zwischen Mitte März und Ende April 2020 einigermaßen gut verkraftet habe. Im Jahr 2021 hätten sich dann aber die Auswirkungen der Corona-Massnahmen bemerkbar gemacht; mithin sei der Umsatz bis Mitte April 2021 um die Hälfte eingebrochen. Dennoch habe sie sich bemüht, den Betrieb am Leben zu erhalten. Zur Konkurseröffnung sei es gekommen, weil der Geschäftsführer nicht selbst im Betrieb tätig sei und die Instruktion an die Mitarbeiter, die Post umgehend an ihn weiterzuleiten, nicht hinreichend umgesetzt worden sei. E._____ habe daher zu spät vom Konkursverfahren erfahren, nicht mehr rechtzeitig reagieren und den offenen Betrag tilgen können. Erst kurz vor Kenntnisnahme des Konkursverfahrens habe E._____ bemerkt, dass die interne Kommunikation besser funktionieren müsse. Als er Anfang Januar 2022 bemerkt habe, dass einige Gläubiger offene Forderungen gegenüber der Gesellschaft hätten, habe er sofort angefangen, mithilfe des erfahrenen Finanzberaters G._____ konkret nach schnellen Lösungen zu suchen. Herr G._____ bemühe sich nun um die Kontaktaufnahme mit Gläubigern, um offene Forderungen begleichen zu können. Während dieser Bemühungen sei das angefochtene Urteil völlig überraschend eingetroffen (act. 2 Rz. 12 ff.).

4.4.1 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere der Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre. Die Schuldnerin reicht zwei Betreibungsregisterauszüge ein. Einen vom 26. Januar 2022 des Betreibungsamtes Bezirk Weinfelden, Aussenstelle C._____, welcher Auskunft für die Zeit vor der Sitzverlegung nach F._____ bzw. der Übernahme durch E._____ am 14. Oktober 2019 gibt. Dieser Auszug

weist keine Betreibungen aus (5/9). Der zweite Betreibungsregisterauszug vom 26. Januar 2022 (act. 5/10) weist sechs nicht getilgte Verlustscheine für einen Betrag von gesamt Fr. 10'557.– (vgl. act. 5/10 S. 3) aus. Neben diesen Verlustscheinen weist er elf Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 17'137.24 aus (und nicht wie von der Schuldnerin behauptet Fr. 16'905.25, vgl. act. 2 Rz. 33e und nachfolgend E. 4.4.3), welche sich seit Juli 2020 angesammelt haben. Gemäss Auszug wurde keine der in Betreibung gesetzten Forderungen bezahlt. Vier der Betreibungen mit einem Umfang von Fr. 5'860.44 befinden sich im Anfangsstadium. Zwei der Forderungen im Umfang von Fr. 2'709.20 befinden sich im Stadium der Pfändung. Für eine Betreibung von Fr. 2'703.95 wurde Rechtsvorschlag erhoben. Für vier Betreibungen im Gesamtumfang von Fr. 5'863.65 erging je eine Konkursandrohung.

4.4.2 Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass sich die Betreibungen über einen Zeitraum von 1 ½ Jahren angesammelt haben. Das zeigt, dass die Schuldnerin schon länger Zahlungsschwierigkeiten aufweist oder über eine schlechte Zahlungsmoral verfügt. Zu Lasten der Schuldnerin wirkt sich in diesem Zusammenhang aber insbesondere aus, dass gegen sie sechs Verlustscheine bestehen, mithin das Pfändungsverfahren nicht zu einer genügenden Deckung führte. Bezüglich zwei Verlustscheinen ist bekannt, dass diese in Anwendung von Art. 115 SchKG ausgestellt wurden, weil bei der Schuldnerin kein pfändbares Vermögen und auch kein künftiges Einkommen gepfändet werden konnte (act. 5/13–14, je vom 24. September 2021). Bereits dieser Umstand zeigt die äusserst kritische finanzielle Lage der Schuldnerin in der jüngsten Vergangenheit. Dass sodann vier Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung sind, untermalt dieses Bild. Dass diese Konkursandrohungen alleine Folge einer ungenügenden Weiterleitung der Post durch Mitarbeitende sein sollen, überzeugt nicht. Damit es gleich in vier Betreibungen alleine deshalb bis an diesen Punkt kommt, müsste die Post geradezu systematisch nicht weitergeleitet worden sein. Dies wird nicht behauptet. Naheliegender ist denn auch, dass die Schuldnerin sich in der Vergangenheit schlicht ungenügend bemüht hat oder nicht in der Lage war, ihre finanziellen Angelegenheiten zu besorgen bzw. ihren Verpflichtungen nachzukommen. Zu diesem Bild passend erscheint, dass sich die Schuldnerin insbesondere für öffentlich-

rechtliche Forderungen (SVA, Steuern) regelmässig betreiben liess, unter anderem vielleicht auch deshalb, weil ihr bekannt ist, dass öffentlich-rechtliche Forderungen im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 SchKG nicht der Konkursbetreibung unterliegen, ihr aus derartigen Forderungen somit keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht (dazu KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 14). Auch die Vorinstanz kam in ihrem Entscheid zum Schluss, dass die Schuldnerin ihre Zahlungen gegenüber der öffentlichen Hand eingestellt zu haben scheine (act. 7 insb. S. 3 Mitte), was von der Schuldnerin unwidersprochen bleibt (act. 2).

4.4.3 Zu den Betreibungen gemäss Betreibungsregisterauszug ergibt sich aus den Ausführungen und Belegen der Schuldnerin grundsätzlich, dass sie deren Bestand – mit einer Ausnahme, dazu sogleich – nicht bestreitet. Sie stellt indes bezüglich der Höhe nicht auf den Betreibungsregisterauszug, sondern auf den "Auszug über offene Betreibungen" des Betreibungsamtes Wädenswil ab (act. 5/11). Da sich die Kammer bei der Prüfung von Beschwerde indes praxisgemäss am Betreibungsregisterauszug über die letzten fünf Jahre orientiert, ist grundsätzlich – wie soeben geschehen – auf die dort aufgeführten Beträge (insb. act. 5/10) abzustellen.

Hinsichtlich der Forderung der 'H._____ GmbH & Co. KG', welche im Betreibungsregisterauszug mit Fr. 2'703.95 (Betreibung Nr. ...) aufgeführt ist und sich im Stadium "Rechtsvorschlag" befindet, macht die Schuldnerin geltend, die dieser Betreibung zu Grunde liegende Grundforderung bereits vor Erhalt des Zahlungsbefehls beglichen zu haben; Zahlung und Zahlungsbefehl hätten sich gekreuzt, weshalb sie Rechtsvorschlag erhoben habe. Offen seien damit nur noch Fr. 575.90 betreffend Betreibungskosten und Zinsen (act. 2 Rz. 47 ff.). Zum Beleg reicht die Schuldnerin eine E-Mail der 'I._____ AG' ein, in welchem bestätigt wird, dass die Schuldnerin am 27. Juli 2020 im Zusammenhang mit der 'H._____ GmbH & Co. KG' eine Teilzahlung von Fr. 2'252.– geleistet habe (act. 5/17). Damit und in Kombination mit dem "Auszug über offene Betreibungen" des Betreibungsamtes Wädenswil, wo die entsprechende Forderung noch mit einem Betrag

von Fr. 575.90 aufgeführt ist, ist glaubhaft, dass nur noch dieser Betrag offen ist und Fr. 2'128.05 vom Gesamtbetrag (Fr. 2'703.95) abzuziehen sind.

4.4.4 Damit ergeben sich offene Betreibungsforderungen von (gerundet) Fr. 15'009.– sowie Verlustscheinforderungen von Fr. 10'557.–, mithin total Fr. 25'566.– an bekannten Schulden. Aus den Ausführungen der Schuldnerin ergibt sich zudem, dass sie offenbar noch einen Mietzins schulde und den Vermieter im Januar 2022 um einen Einzahlungsschein gebeten habe, um diesen zu begleichen (act. 2 Rz. 56). Dazu, wie hoch der monatliche Mietzins ist und ob sie ihn zwischenzeitlich bezahlt hat, schweigt die Schuldnerin. Sodann ist bekannt, dass die Schuldnerin über einen Covid19-Kredit verfügt (dazu noch nachfolgend). Zwar ist zu dessen Laufzeit nichts bekannt. Da aber notorisch ist, dass die Laufzeiten regelmässig mehr als zwei Jahre betragen, ist dieser Kredit vorliegend nicht in den Schulden zu berücksichtigen. Weitere Schulden sind nicht bekannt bzw. nicht deklariert.

4.5.1 Wie gezeigt, macht die Schuldnerin geltend, dass ihrem Geschäft die Corona-Massnahmen zugesetzt hätten und dass aufgrund von Nachlässigkeiten bei der Postweiterleitung Zahlungen liegen geblieben seien. Sie verweist damit auf administrative, aber letztlich auch auf finanzielle Schwierigkeiten. Indes sind die Angaben über die finanziellen Gesamtverhältnisse der Schuldnerin sehr knapp. Sie reicht lediglich drei Tabellen bezüglich der Einnahmen 2019 (ab Juni), 2020 sowie 2021 (bis April) ein (act. 5/5–7), sowie Unterlagen bezüglich eines Covid19-Kredits. Weder reicht die Schuldnerin dem Gericht aber eine (aktuelle) Debitoren- oder Kreditorenliste, noch eine (Zwischen-)Bilanz, Erfolgsrechnung oder Steuerdokumente ein, welche ein umfassendes Bild über die finanzielle Situation zulassen würden. Unter diesen Umständen ist es nicht möglich, gesamthaft die vorhandenen Aktiven und Passiven sowie einen allfälligen Gewinn oder Verlust der letzten Jahre zu beurteilen. Folglich ist auch nichts bekannt bezüglich der laufenden Ausgaben der Schuldnerin, namentlich in welcher Höhe diese Löhne für die von ihr erwähnten Mitarbeitenden und weitere Fixkosten zu bezahlen hat.

4.5.2 Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich immerhin Folgendes: Aus der Tabelle 2019 ergeben sich durchschnittliche monatliche Einnahmen ab Juni von rund Fr. 9'220.–, aus der Tabelle 2020 solche von monatlich durchschnittlich Fr. 8'820.– und aus der Tabelle 2021 solche bis Mitte April von monatlich durchschnittlich rund Fr. 6'080.–. Damit zeigt sich, dass in diesen Zeiträumen das Geschäft aktiv geführt wurde, Kunden vorhanden waren und Umsätze generiert werden konnten. Inwieweit diese Einnahmen ausreichten, die laufenden Ausgaben zu begleichen, kann mangels entsprechender Angaben nicht beurteilt werden. Immerhin ist aber festzuhalten, dass die Schuldnerin die wichtigsten laufenden Ausgaben wie Löhne (vgl. auch act. 2 Rz. 57c) und die Miete (mit den genannten Einschränkungen) bisher bezahlen konnte, weist sie doch für solche Forderungen bisher keine Betreibungen auf. Zudem fällt auf, dass die Betreibungen allesamt in der Zeit nach Beginn der Corona-Pandemie erfolgten und auch sämtliche Verlustscheine aus dieser Zeit stammen, wobei es als notorisch angesehen werden kann, dass Coiffeur-Geschäfte gerade zu Beginn der Pandemie – auch aufgrund von Schliessungen – besonders hart getroffen wurden. Entsprechend ist glaubhaft, wenn die Schuldnerin u.a. die Pandemie als Grund für die zunehmenden finanziellen Schwierigkeiten nennt.

Zur unmittelbar aktuellen Geschäftslage ist nichts bekannt. Wie gezeigt, hat grundsätzlich die Schuldnerin zu vertreten, dass sie keine entsprechenden Unterlagen ein- bzw. nachreichte, und es ist auch unabhängig davon zu bemängeln, dass die Schuldnerin sich auch sonst nicht weiter zum aktuellen Geschäftsgang äussert. Indes ist im Sinne einer wohlwollenden Beurteilung und mit Blick auf das nun absehbare Ende der Pandemie davon auszugehen, dass die Schuldnerin wie bereits in der Vergangenheit in der Lage ist, Einnahmen zu generieren und dies auch wieder zusehends auf zunehmendem Niveau.

4.5.3 Zu den Aktiven der Schuldnerin ergibt sich zudem, dass sie bei der Kammer Fr. 14'000.– hinterlegt hat, wovon Fr. 761.– für die Forderung des Gläubigers bestimmt und diesem zu überweisen sind, sowie Fr. 750.– für die Spruchgebühr des vorliegenden Beschwerdeverfahren zu verwenden sind. Somit verbleiben der Schuldnerin aus dieser Hinterlegung noch Fr. 12'489.–.

Überdies verfügt die Schuldnerin offenbar über einen von der PostFinance

gewährten Covid19-Kredit über den Betrag von Fr. 43'000.–, welchen sie gemäss ihren Angaben und in Übereinstimmung mit dem Schreiben der PostFinance vom 22. November 2021 noch nicht angezehrt habe (act. 5/9a+b; vgl. auch act. 2 Rz. 30 ff.). Es ist daher davon auszugehen, dass ihr dieser Betrag nach wie vor zur Verfügung steht. Damit verfügt die Schuldnerin aktuell über kurzfristig verfügbare flüssige Mittel von Fr. 55'489.–.

4.6 Diese Aktiven übersteigen damit die (bekannten) Passiven deutlich um den Betrag von Fr. 29'923.– (Fr. 55'489.– ./ Fr. 25'566.–). Es ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin damit ihre dringendsten und unmittelbar fälligen Forderungen sofort und auch noch nicht fällige Forderungen mittelfristig begleichen können. Da zudem die Auftragslage der Schuldnerin zumindest in der bekannten Vergangenheit intakt war und sie ihren wichtigsten laufenden Verpflichtungen im Wesentlichen nachgekommen ist, ist zumindest im Sinne einer wohlwollenden Prüfung einstweilen davon auszugehen, dass dies auch gegenwärtig und in Zukunft so sein wird. Damit erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin jedenfalls bei grosszügiger Betrachtung als wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit, bzw. ist die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen (vgl. BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.). Indes ist die Schuldnerin darauf hinzuweisen, dass es sich – insbesondere mit Blick auf die sehr dürftigen Unterlagen – um einen Grenzfall handelt, und gerade im Hinblick darauf, dass es sich um die erste Konkurseröffnung handelte, die Sachlage eher grosszügig beurteilt wird. Im Falle einer neuerlichen Konkurseröffnung wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen. Es bleibt zu hoffen, dass die nun erfolgte Konkurseröffnung eine nachhaltige Warnwirkung auf die Schuldnerin hat und diese es in Zukunft nicht mehr bis zum Stadium der Betreuung kommen lässt. Immerhin betont die Schuldnerin auch mehrfach, sich nun aktiv um die Bereinigung ihrer bisherigen finanziellen und administrativen Schwierigkeiten zu bemühen und mit den Gläubigern betreffend der offenen Forderungen in Kontakt zu treten (act. 2 Rz. 22 ff., 53 ff.). Aus den Akten ergibt sich, dass die Schuldnerin sich sowohl um die Zahlung offener Mietzinse (act. 5/18 f.) wie auch mit dem Betreibungsamt Wädenswil noch am 18. Januar 2022 um die Erledigung von zwei Pfändungsver-

fahren bemüht hat (act. 5/20 f.). Diese Bemühungen zeigen, dass sich die Schuldnerin nunmehr ernsthaft um die Bereinigung kümmert, was zu Gunsten der Schuldnerin gewertet werden kann.

5. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

6.1 Die Kosten beider Instanzen sind der Schuldnerin aufzuerlegen. Sie hat sowohl das erstinstanzliche als auch das zweitinstanzliche Verfahren veranlasst, weil sie ihren Zahlungspflichten nicht nachkam. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG). Dem Gläubiger ist mangels entstandener Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen.

6.2 Das Konkursamt ist anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des vom Gläubiger der Vorinstanz geleisteten Vorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug der Kosten des Konkursamtes allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

6.3 Die Obergerichtskasse ist anzuweisen, vom den bei ihr von der Schuldnerin hinterlegten Betrag von Fr. 14'000.– Fr. 750.– für die Spruchgebühr zu beziehen und Fr. 761.– dem Gläubiger auszubezahlen, hat doch die Schuldnerin den Betrag ohne Bedingung (vgl. BSK SchKG I-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI, 3. Aufl. 2021, N 8b) hinterlegt (act. 2 Rz. 61). Der Restbetrag ist antragsgemäss (vgl. act. 2 S. 2) an das Betreibungsamt zu überweisen zur Anrechnung an die offenen Betreibungen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 20. Januar 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und aus dem von ihr hinterlegten Betrag von Fr. 14'000.– bezogen. Die vom Gläubiger bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom bei ihr hinterlegten Restbetrag von Fr. 13'250.– (Fr. 14'000.– abzüglich die Spruchgebühr von Fr. 750.–) Fr. 761.– dem Gläubiger und den Rest dem Betreibungsamt Wädenswil auszubezahlen zur Anrechnung an die offenen Betreibungen.
5. Das Konkursamt Wädenswil wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des vom Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) dem Gläubiger Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage des Doppels 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.

7. 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:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:
22. Februar 2022