

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160236-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter  
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

## Urteil vom 20. Januar 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen  
vom 30. November 2016 (EK160355)

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) vom 30. November 2016 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) von Fr. 1'439.10 nebst 5 % Zins ab 23. Februar 2016, Zins von Fr. 30.40 bis am 23. Februar 2016 und Betreuungskosten von Fr. 80.30 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 8 = act. 9/11, nachfolgend zitiert als act. 8). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. Dezember 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig (act. 9/12/2) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses beantragt (act. 2).

1.2. Am selben Tag und somit noch fristgerecht reichte die Beschwerdeführerin sodann weitere Unterlagen nach (act. 10). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 20. Dezember 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-13). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. 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. Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG) und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurs-hindernden Tatsachen innert der Rechtsmittelfrist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann, selbst wenn diese erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Die Beschwerdeführerin hinterlegte innert Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse zuhanden der Beschwerdegegnerin Fr. 1'908.95 für den geschuldeten Forderungsbetrag inklusive Zinsen und Kosten sowie die ihr mit dem angefochtenen Urteil auferlegte Spruchgebühr (act. 6/1). Weiter bezahlte sie den mutmasslichen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– ein (act. 6/2). Ebenfalls fristgerecht reichte sie sodann einen Beleg des Konkursamtes Thalwil ein, aus welchem ersichtlich ist, dass sie zur Sicherstellung der Konkursgebühren und Auslagen für die Beschwerde gegen das Konkurseröffnungsurteil einen Kostenvorschuss von Fr. 700.– leistete (act. 10). Damit weist die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nach.

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich aber ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die ge-

eignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

4.2. Die Beschwerdeführerin ist als AG im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Unternehmensberatung und Unternehmensvermittlung sowie den Abschluss weiterer Vermittlungsgeschäfte jeder Art, die Ausführung von Baureinigungen, Büroreinigungen, Wohnungsreinigungen und Reinigungen aller Art. Einziges Mitglied des Verwaltungsrates ist C. \_\_\_\_\_ (act. 7). Aus den eingereichten Belegen ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin hauptsächlich Reinigungen ausführt (vgl. insbesondere act. 5/15 und act. 5/16). Zum Grund ihrer finanziellen Probleme führt die Beschwerdeführerin aus, der sie führende alleinige Verwaltungsrat C. \_\_\_\_\_ habe in den Jahren 2012 und 2013 mehrere Schicksalsschläge erdulden müssen und in der Folge die administrativen Belange der Beschwerdeführerin vernachlässigt. Er habe sich nun wieder gefangen und sei daran, die aufgelaufenen Schulden zu tilgen (act. 2 Rz II.1).

4.3. Was die Zahlungsfähigkeit betrifft, ist zunächst kritisch anzumerken, dass die Beschwerdeführerin es unterliess, einen Auszug aus dem Betreibungsregister einzureichen, der über sämtliche Betreibungsvorgänge der letzten Jahre Aufschluss erteilt (in der Regel umfasst der Auszug die letzten fünf Jahre). Immerhin reichte sie einen Auszug des Betreibungsamtes Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg ein, der per 7. Dezember 2016 sämtliche offenen Beteiligungen auflistet. Das Total dieser Forderungen gegen die Beschwerdeführerin beläuft sich auf Fr. 96'221.65 (Forderungen im Betrag von Fr. 51'895.10 befinden sich im Anfangsstadium der Beteiligung [Zahlungsbefehl erstellt], weitere Forderungen im Umfang von Fr. 17'748.90 befinden sich im Stadium des Fortsetzungsbegehrens und für Forderungen von Fr. 26'577.65 ergingen Konkursandrohungen [act. 5/5]).

Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe inzwischen Fr. 892.90 (Beteiligung Nr. 1, Konkursandrohung ergangen) sowie Fr. 2'962.15 (Beteiligung Nr. 2, Konkursandrohung ergangen) beglichen (act. 2 Rz II.3.a), was aufgrund der eingereichten Belege (act. 5/8-9) glaubhaft erscheint. Abzuziehen ist auch die im vor-

liegenden Berufungsverfahren hinterlegte Konkursforderung (im Betreibungsregisterauszug mit Fr. 1'688.25 aufgeführt, vgl. act. 5/5). Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die der Betreuung Nr. 3 über Fr. 3'961.80 zugrunde liegende Forderung betreffe eine im Eigentum des Vaters von C.\_\_\_\_\_ stehende Liegenschaft, und habe mit ihr nichts zu tun (act. 2 Rz II.3.a). Den dazu eingereichten Belegen, zwei Rechnungen der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ für Gasverbrauch (vgl. act. 5/7), kann Entsprechendes jedoch nicht entnommen werden. Im Übrigen ist nicht klar, ob diese Rechnungen tatsächlich der betriebenen Forderung zu Grunde liegen (vgl. act. 5/5). Insgesamt sind folglich noch in Betreuung gesetzte Forderungen im Umfang von Fr. 90'678.35 offen (davon Fr. 21'034.35 im Stadium der Konkursandrohung).

Gemäss dem Finanzstatus per 15. Dezember 2016, den die Beschwerdeführerin einreichte, kommen Kreditoren von Fr. 85'742.90 hinzu (davon sind Fr. 59'052.50 per 31. Dezember 2016 fällig und Fr. 26'690.40 per 31. Januar 2017) und weitere, kleinere Schuld-Positionen im Gesamtbetrag von rund Fr. 20'000.- (act. 5/6). Anzumerken ist, dass dieser Finanzstatus, anders als andere Belege, welche die Beschwerdeführerin einreichte, nicht unterzeichnet ist, was seine Beweiskraft schmälert. Jahresrechnungen hat die Beschwerdeführerin keine eingereicht, und aufgrund ihrer Ausführungen ist anzunehmen, dass seit 2012 gar keine mehr erstellt wurden. Die insgesamt eingereichten Unterlagen vermitteln dennoch den Eindruck, dass sich die Beschwerdeführerin bemüht, ein vollständiges Bild ihrer Lage zu zeichnen, ihre finanziellen Verhältnisse umfassend offen zu legen und die angespannte Situation nicht schönzureden. Dies spricht für die Glaubhaftigkeit ihrer Darstellung.

Insgesamt sind Schulden in der Grössenordnung von Fr. 200'000.- anzunehmen. Davon sind Fr. 21'000.- dringendst zu zahlen (Konkursandrohung), weitere Fr. 18'000.- dringend (Fortsetzungsbegehren).

4.4. Die Aktiven präsentieren sich gemäss dem Finanzstatus per 15. Dezember 2016 (act. 5/6) wie folgt, wobei hier anzufügen ist, dass die darin enthaltenen Angaben durch weitere Unterlagen bestätigt werden:

Die Kontoguthaben per 14. Dezember 2016 bei der E.\_\_\_\_\_ [Bank] von Fr. 20'399.07 (act. 5/10) und bei der F.\_\_\_\_\_ [Bank] von Fr. 1'617.45 (act. 5/11) sind belegt, ebenso das Guthaben bei der G.\_\_\_\_\_ -Bank von 20'913.20 (act. 5/12). Die Debitoren per 18. Dezember 2016 im Betrag von total Fr. 101'006.35 sind im Detail aufgelistet, und die Aufstellung ist von C.\_\_\_\_\_ unterzeichnet (act. 5/23). Im Finanzstatus werden sie unter Berücksichtigung eines Delkrederes von rund 30% mit Fr. 71'006.35 bewertet, was realistisch erscheint. Eine weitere Liste, ebenfalls von C.\_\_\_\_\_ unterzeichnet, enthält zusätzliche, bereits erbrachte Reinigungsleistungen im Betrag von Fr. 55'000.-, welche noch nicht verrechnet worden seien (act. 5/14). Wie bei den bereits erwähnten Debitoren ist auch hier ein Delkredere-Abzug von 30% vorzunehmen, so dass dieses Aktivum mit Fr. 38'500.- zu bewerten ist. Nicht zu beachten ist demgegenüber die Summe von Fr. 26'150.-, welche die Beschwerdeführerin unter dem Titel Auftragsbestand Dezember 2016 und Januar 2017 geltend machte (act. 2 S. 5 und act. 5/13). Diesen erwarteten Einkünften dürften Ausgaben (Löhne, Miete, Material, etc.) in ähnlicher Höhe gegenüber stehen. Unter Berücksichtigung des G.\_\_\_\_\_ -Guthabens belaufen sich die flüssigen Mittel somit auf rund Fr. 43'000.-, die kurz- bis mittelfristigen Guthaben (Debitoren) auf rund Fr. 110'000.-.

Im Finanzstatus per 15. Dezember 2016 aufgeführt ist schliesslich eine Darlehensforderung gegenüber einem gewissen H.\_\_\_\_\_ im Betrag von Fr. 60'000.- (act. 5/6). Diesbezüglich liegt ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen von H.\_\_\_\_\_ vom 15. Dezember 2016 vor, wonach dieser der Beschwerdeführerin bis spätestens am 10. Januar 2017 mindestens Fr. 20'000.- bezahlen werde (act. 5/17; vgl. auch act. 2 Rz II.3.c).

Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, im Fall des Konkurswiderrufs werde C.\_\_\_\_\_ ihr Fr. 30'000.- aus seinem Privatvermögen überweisen; auch werde er die Löhne der vier Angestellten per Dezember 2016 aus seinem Privatvermögen bezahlen (act. 2 Rz II.3.c). Während letzteres eine nicht weiter abgesicherte Behauptung ist, liegt bezüglich ersterem, den Fr. 30'000.-, eine entsprechende Bestätigung von C.\_\_\_\_\_ vom 16. Dezember 2016 im Recht, in welcher auch erwähnt wird, dass der fragliche Betrag auf einem Konto von I.\_\_\_\_\_

sichergestellt worden sei (act. 5/18 resp. act. 5/19). Dies wird durch eine Vereinbarung zwischen J.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ vom 15. Dezember 2016 bestätigt. Darin wird aufgeführt, dass I.\_\_\_\_\_ den fraglichen Betrag bei Aufhebung des Konkurses sofort der Beschwerdeführerin überweist (act. 5/20). Beigelegt ist ein Kontoauszug eines auf I.\_\_\_\_\_ lautenden Kontos der F.\_\_\_\_\_, auf welchem per 15. Dezember 2016 zwei Gutschriften von insgesamt Fr. 30'000.– aufgeführt sind (act. 5/21). Damit ist glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdeführerin im Falle einer Aufhebung des Konkurses weitere flüssige Mittel im Betrag von Fr. 30'000.– zufließen werden.

Zur Deckung der Schulden stehen somit im Fall der Aufhebung des Konkurses glaubhaft gemachte Guthaben im Umfang von rund Fr. 200'000.– zur Verfügung.

4.5 Schulden und Guthaben halten sich somit gerade die Waage. Zur Deckung der dringendsten Schulden stehen rasch verfügbare Mittel von rund Fr. 93'000.– zur Verfügung (Bank- und G.\_\_\_\_\_-Guthaben von Fr. 43'000.–, Darlehens-teilrückzahlung von Fr. 20'000.–, Sanierungsbeitrag C.\_\_\_\_\_ von Fr. 30'000.–). Mit den Debitoren im Betrag von rund Fr. 110'000.– sollten auch die übrigen Schulden kurz- bis mittelfristig beglichen werden können.

4.6. Bleibt der künftige Geschäftsgang zu prüfen. Die Beschwerdeführerin reichte dazu das "Budget 2017" ein. Danach soll im laufenden Jahr bei Einkünften von Fr. 414'600.– und Aufwendungen von Fr. 409'600.– ein Betriebsgewinn von Fr. 5'000.– erzielt werden (act. 2 Rz II.3.c und act. 5/15). Der prognostizierte Ertrag aus Reinigungsarbeiten im Umfang von Fr. 390'000.– (Fr. 330'000.– aus Daueraufträgen und Fr. 60'000.– aus Einzelaufträgen) stimmt mit den Einkünften im Jahr 2016 überein (vgl. act. 5/10 und 5/11) und ist damit glaubhaft. Auch der veranschlagte Aufwand erscheint plausibel. Es darf somit angenommen werden, dass die künftig entstehenden Verbindlichkeiten mit den laufenden Einnahmen gedeckt werden können.

4.7. Schliesslich führt die Beschwerdeführerin aus, bereits in den Jahren 2015 und 2016 Betreibungsforderungen im Umfang von Fr. 130'805.11 getilgt zu haben

(act. 2 Rz II.3.c). Diesbezüglich liegt eine Aufstellung von C.\_\_\_\_\_ über die in den Jahren 2015 und 2016 geleisteten Zahlungen an das Betreibungsamt Thalwil im Recht. Diese weist für 2016 Zahlungen von Fr. 63'800.– aus und für 2015 Zahlungen von Fr. 67'005.11 (act. 5/22). Zumindest die im Jahr 2016 getätigten Zahlungen werden durch den Auszug des Kontos der Beschwerdeführerin bei der E.\_\_\_\_\_ bestätigt (act. 5/10).

4.8. Auch wenn die Angaben der Beschwerdeführerin nicht in allen Punkten belegt sind, so bestehen doch zahlreiche objektive Anhaltspunkte, wonach die Beschwerdeführerin sich seit längerem um die Bereinigung der Altlasten ernsthaft bemüht und auch namhafte Mittel vorhanden und zugesagt sind, die eine kurz- bis mittelfristige Tilgung der bestehenden Schulden erlauben. Ebenso darf damit gerechnet werden, dass der Betrieb künftig rentabel geführt werden kann, wenn auch nur mit einem kleinen Gewinn. Nach dem Gesagten kann die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen werden, und es erscheint die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit. Es ist allerdings nicht zu verhehlen, dass es sich um einen Grenzfall handelt und im Fall einer neuerlichen Konkursöffnung höhere Anforderungen an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit zu stellen wären.

5. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Parteientschädigungen sind mangels Umtrieben der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 30. November 2016, mit dem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene Gebühr des Konkursgerichtes von Fr. 300.– wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den für die Forderung und die Gebühr des Konkursgerichtes hinterlegten Betrag von Fr. 1'908.95 (Fr. 1'608.95 + Fr. 300.–) der Beschwerdegegnerin auszubezahlen.
5. Das Konkursamt Thalwil wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'200.– (Fr. 1'500.– vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 700.– von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'500.– und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszuzahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten), das Konkursamt Thalwil und die Obergerichtskasse, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, das Betreibungsamt Thalwil-Rüschlikon-Kilchberg sowie die Grundbuchämter D.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_, 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 C. Funck

versandt am: