Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: PS170223-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 6. November 2017

in Sachen

A._____ GmbH,
Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____ Treuhand AG,
Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. September 2017 (EK171339)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem tt. Oktober 2013 als GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt im wesentlichen die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Pressearbeit, Eventorganisation und Eventconsulting (act. 8). Nach den Schilderungen in der Beschwerdeschrift betreibt die Schuldnerin eine PR-Agentur. Die jetzige Geschäftsführerin C._____ gründete die Schuldnerin im Jahr 2013 mit Übernahme der Agentur, die die frühere Vorgesetzte von C._____ seit dem Jahr 1990 aufgebaut hatte (act. 2 S. 4, act. 5/3-4).

1.2 Mit Urteil vom 13. September 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 7'664.35 nebst 5% Zins seit 22. März 2016 und Betreibungskosten von Fr. 181.60 (vgl. act. 3 = act. 6 = act. 7/8). Das Urteil wurde der Schuldnerin am 21. September 2017 zugestellt (act. 7/11).

1.3 Mit Eingabe vom Montag, 2. Oktober 2017 (Datum Poststempel), erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Urteil vom 13. September 2017. Die Schuldnerin beantragte darin die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

1.4 Mit Verfügung vom 4. Oktober 2017 erteilte die Vorsitzende der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung (act. 9).

1.5 Die Schuldnerin leistete für das Beschwerdeverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 750.00 (act. 5/33). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 7/1-11). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin ist indes zur Kenntnisnahme noch ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) zuzustellen.

2. Vorbemerkungen:

Gemäss Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG kann die Konkurseröffnung mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, uneingeschränkt geltend gemacht werden. Zudem können im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe von Art. 174 Abs. 2 SchKG (*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) auch Noven geltend gemacht werden, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat die Schuldnerin zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Nachfristen sind nicht zu gewähren (vgl. BGE 136 III 294; OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./1.).

3. Konkursaufhebungsgrund:

Die Schuldnerin macht geltend, sie habe am 2. Oktober 2017 den Betrag von Fr. 7'664.35 per Saldo aller Ansprüche an die Gläubigerin überwiesen. Die Gläubigerin bestätigte den Erhalt dieser Zahlung mit Quittung vom 2. Oktober 2017 und erklärte mit Schreiben vom 2. Oktober 2017, dass sie per Saldo aller Ansprüche bezahlt worden sei und auf die Durchführung des Konkursverfahrens verzichte (act. 2 S. 13, act. 5/29-30).

Zudem leistete die Schuldnerin am 20. September 2017 beim Konkursamt Riesbach-Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.00, welcher nach der Bestätigung des Konkursamtes dessen Kosten sowie die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts deckt (act. 2 S. 16, act. 5/32).

Die erste Voraussetzung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG (Gläubigerverzicht/Tilgung) ist damit erfüllt. Zu prüfen bleibt die *Zahlungsfähigkeit* der Schuldnerin.

4. Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin:

4.1 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Auflage 2010, Art. 174 N 26). Ein Beweis, der das Gericht davon überzeugen würde, dass die Sachdarstellung des Schuldners zutreffe, ist nicht nötig.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend 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, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint. Der Umstand, dass offene Betreibungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. OGer ZH PS160104 vom 23. Juni 2016, E. II./3.).

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reichte einen Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamts Zürich 8 vom 18. September 2017 über die Zeit seit ihrer Eintragung im Handelsregister zu den Akten (act. 5/22). Der Auszug umfasst insgesamt 48 Betreibungen, von welchen drei erloschen sind und 15 durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt wurden. Offen sind 30 Betreibungen über Totalbeträge von rund Fr. 132'900.00. Bei 15 davon wurde erst der Zahlungsbefehl zugestellt ("ZB"). Diese belaufen sich auf to-

tal rund Fr. 95'900.00. Bei den verbleibenden 15 Betreibungen wurde bereits die Konkursandrohung zugestellt ("KA"). Diese belaufen sich auf einen Totalbetrag von rund Fr. 36'900.00. Zu den 30 offenen Betreibungen wird nachfolgend zum einen geprüft, bei welchem Forderungsbetrag die Gesuchstellerin zumindest mit konkreten Schilderungen darlegt, dass keine Forderung bestehe bzw. dass eine Sicherstellung erfolgte. Zum anderen wird geprüft, bei welchem Forderungsbetrag die Fortsetzung der Betreibung aktuell droht.

4.2.1 Zur Betreibung Nr. 1 der Gläubigerin D._____ GmbH über Fr. 1'879.20 (KA) erklärt die Schuldnerin, ihre Geschäftsführerin habe den geltend gemachten Betrag bereits am 31. Mai 2016 mit privaten Mitteln getilgt. Die Forderung sei daher erledigt (act. 2 S. 9). Die Schuldnerin belegt das mit einer entsprechenden Belastungsanzeige des Kontos von C._____ vom 2. Oktober 2017 (Zahlungsstatus erledigt; vgl. act. 5/23). Danach erscheint glaubhaft, dass die Position erledigt ist und keine entsprechende Schuld mehr besteht.

4.2.2 Zu den zwei Betreibungen Nr. 2 und 3 der Gläubigerinnen D._____ AG bzw. D._____ AG über Fr. 1'587.60 und Fr. 5'233.90 (KA) erklärt die Schuldnerin, sie bestreite diese Forderungen, da die erbrachten Leistungen ungenügend gewesen seien. Die Zahlungsbefehle in den beiden Betreibungen seien am 4. Februar resp. 16. März und 28. April 2016 zugestellt worden. Die Frist von 15 Monaten ab Zustellung der Zahlungsbefehle, innert welcher das Konkursbegehrens nach Art. 166 Abs. 2 SchKG gestellt werden könne, sei in beiden Fällen bereits verstrichen. Gegen eine erneute Betreibung würde sie, so die Schuldnerin, unverzüglich Rechtsvorschlag erheben (act. 2 S. 9).

Dafür, dass die Forderungen nicht begründet sind, bringt die Schuldnerin mit dem blossen Hinweis, die Leistungen seien ungenügend gewesen, keine konkreten Anhaltspunkte dar. Daher ist von insoweit bestehenden Schulden im Betrag von rund **Fr. 6'820.00** auszugehen.

Angesichts der im Betreibungsregisterauszug verzeichneten Daten der Zahlungsbefehle (11. März 2016 und 4. April 2016, vgl. act. 5/22) liegt – auch wenn die Schuldnerin die Daten der Zustellung der Zahlungsbefehle nicht belegt – zumin-

dest nahe, dass die Frist von Art. 166 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist. Neue Betreibungen wurden für die Positionen gemäss dem Registerauszug nicht angehoben. Die Positionen sind danach nicht als aktuelle Betreibungen zu berücksichtigen, deren Fortsetzung der Schuldnerin aktuell und konkret droht.

4.2.3 Zu 8 Betreibungen der E._____ AG über Fr. 8'285.30 (KA, Betreibungs-Nrn. 4, 5, 6, 7, 8, 9) bzw. Fr. 6'844.45 (ZB, Betreibungs-Nrn. 10, 11) erklärt die Schuldnerin, sie habe die massgeblichen Lohnsummen nicht korrekt gemeldet respektive habe nicht benötigte Versicherungen abgeschlossen. Diese Beträge seien daher tatsächlich nicht geschuldet bzw. die Prämien seien zu hoch festgesetzt worden. Die E._____ habe die Policen am 6. Oktober 2016 rückwirkend per 2. März 2016 annulliert (act. 2 S. 9 f.).

Zum Beleg reichte die Schuldnerin ein Schreiben der E._____ AG vom 6. Oktober 2016 zu den Akten (act. 5/24). Danach wurden drei Versicherungen annulliert, und die E._____ erklärte, auf weitere Massnahmen zur Prämieneinforderung zu verzichten. Gemäss einer Notiz der Schuldnerin zum Schreiben vom 6. Oktober 2016 betraf dieses vier der erwähnten Betreibungen, deren Total sich auf rund Fr. 13'500.00 beläuft (Nrn. 4, 6, 10, 11). Nach einer Telefonnotiz der Schuldnerin über ein Gespräch mit der E._____ AG vom 28. September 2017 sieht die E._____ auch zu den weiteren vier erwähnten Betreibungen von weiteren Inkassomassnahmen ab (vgl. act. 5/24).

Was die vier erstgenannten Betreibungen über rund Fr. 13'500.00 angeht (jene, auf welche sich gemäss Schuldnerin das Schreiben vom 6. Oktober 2016 bezog), erscheint danach glaubhaft, dass keine Forderung (mehr) besteht und die Gläubigerin die Betreibungen nicht weiterverfolgen wird. Zu den weiteren vier Betreibungen der E._____ besteht auf Basis der erwähnten Telefonnotiz der Schuldnerin immerhin ein Anhaltspunkt dafür, dass die Gläubigerin von der Fortführung der Betreibungen absehen wird (Nrn. 5, 7, 8, 9; vgl. act. 5/22 und act. 5/24). Über den Bestand der Schuld wird damit nichts gesagt. Beim entsprechenden Betrag von rund **Fr. 1'600.00** ist damit von einer bestehenden Schuld auszugehen.

4.2.4 Zur Betreibung Nr. 12 der Gläubigerin F._____ AG über Fr. 5'878.60 (KA) erklärt die Schuldnerin, es handle sich um eine Forderungen ihrer ehemaligen Vermieterin, welche sie vehement bestreite. Der Zahlungsbefehl datiere vom 4. April 2016. Die Frist von 15 Monaten ab der Zustellung des Zahlungsbefehls, innert welcher das Konkursbegehrens nach Art. 166 Abs. 2 SchKG gestellt werden könne, sei verstrichen. Gegen eine erneute Betreibung würde sie unverzüglich Rechtsvorschlag erheben (act. 2 S. 9). Die Kündigung des Mietverhältnisses sei per Ende April 2016 erfolgt. Am 4. Mai 2016 seien die Mieträumlichkeiten abgegeben worden. Die Vermieterin verlange für die Monate Mai bis September 2016 Schadenersatz in Höhe der monatlichen Mietzinsen von Fr. 4'266.00 und verrechne das Total (zusammen mit weiteren Forderungen) mit dem Mietzinsdepot von Fr. 24'000.00, obwohl nicht ersichtlich sei, worauf ein solcher Schadenersatzanspruch gründen könnte. Zudem sei die Verrechnung mit dem Mietzinsdepot nicht zulässig gewesen. Sie habe der Saldierung nicht zugestimmt und mache einen Anspruch auf Erhalt des Depots geltend, allenfalls unter Abzug von Kosten und Kleinreparaturen im Zusammenhang mit der Büroabgabe (act. 2 S. 7 f., act. 5/17-21).

Für die Argumentation der Schuldnerin, die Schadenersatzforderung für die Monate ab Mai 2016 bestehe nicht, spricht angesichts der nachgewiesenen Vertragsaufhebung per Ende April 2016 bzw. der Übergabe der Mietsache am 4. Mai 2016 (act. 5/17-18) – auch wenn Unsicherheiten bestehen – zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit. Das ist ein Indiz dafür, dass keine Forderung besteht. Angesichts des Datums des Zahlungsbefehls (4. April 2016, vgl. act. 5/22) ist – auch wenn die Schuldnerin das Datum des Zahlungsbefehls nicht belegt – zumindest einigermassen naheliegend, dass die Frist von Art. 166 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist. Eine neue Betreibung wurde für die Position gemäss dem Registerauszug nicht angehoben. Die Position ist danach nicht als offene Betreibung zu betrachten, deren Fortsetzung der Schuldnerin aktuell konkret droht.

4.2.5 Zu drei Betreibungen der G._____ AG, H._____ und I._____ (alle drei vertreten durch J._____) über total Fr. 3'921.20 (KA, Betreibungs-Nrn. 13, 14, 15) erklärt die Schuldnerin, sie (bzw. die Geschäftsführerin) habe diese Positionen (ab-

züglich nicht durchsetzungsberechtigten Verzugsschaden) am 2. Oktober 2017 mit Fr. 3'199.00 aus privaten Mitteln bei der Obergerichtskasse sichergestellt und werde den Betrag über ihr Kontokorrentkonto verbuchen, ohne dass dies zulasten von Drittgläubigern gehe (act. 2 S. 11. 14). Die Schuldnerin reichte als Beleg für die Sicherstellung einen Zahlungsbeleg vom 2. Oktober 2017 über die entsprechende Posteinzahlung an die Obergerichtskasse zu den Akten (act. 5/25).

Bei diesen drei Betreibungen handelt es sich (so richtig die Schuldnerin, act. 2 S. 16) um die einzigen noch offenen Betreibungen, bei welchen die Konkursandrohung zugestellt wurde und ein Konkursbegehren (mit Blick auf die Frist nach Art. 166 Abs. 2 SchKG) aktuell droht. Die Schuldnerin hat mit der aufgezeigten Zahlung an das Obergericht einen Teilbetrag der Forderungen sichergestellt. Für den Differenzbetrag von Fr. 700.00 verweist die Schuldnerin auf eine Auskunft einer Frau K._____ (wohl von J._____), wonach dieser Betrag im Falle der Aufhebung der Konkurseröffnung erlassen würde (act. 2 S. 14 f.). Das ist ein Anhaltspunkt dafür, dass für den Fall der Aufhebung der Konkurseröffnung (auch) insoweit keine Fortsetzung dieser Betreibung droht und keine Schuld mehr besteht.

4.2.6 Die Forderung über Fr. 530.00, welche die Gläubigerin L._____ GmbH mit Betreibung Nr. 16 (KA) geltend machte (Betreibungsbetrag Fr. 523.82, vgl. act. 5/22), tilgte die Schuldnerin gemäss eingereichtem Zahlungsbeleg am 2. Oktober 2017 (act. 2 S. 11, act. 5/26). Die Position ist damit erledigt.

4.2.7 Zur Betreibung Nr. 17 (ZB) der Gläubigerin M._____ GmbH über Fr. 1'250.00 erklärt die Schuldnerin, sie bestreite die Forderung, da die Rechnung nicht ihr, sondern direkt der Auftraggeberin hätte gestellt werden müssen. Über die Gläubigerin sei gemäss Erkenntnis des Gerichtspräsidiums Baden der Konkurs eröffnet worden und die Schuldnerin habe mitgeteilt, dass sie die Forderung nicht begleichen werde. Dass das Konkursamt die Forderung weiterverfolge, sei unwahrscheinlich, da der Konkurs wahrscheinlich mangels Aktiven eingestellt werde (act. 2 S. 11, act. 5/27).

Die Schuldnerin verdeutlicht nicht, aus welchen Gründen die Forderung nicht ihr gegenüber geltend zu machen wäre. Sie gibt auch nicht an, was für sie zum

Schluss führt, eine Einstellung des Konkurses über die M._____ GmbH mangels Aktiven sei wahrscheinlich und die Forderung werde daher wahrscheinlich nicht weiterverfolgt. Weder der Beschwerdeeingabe noch dem eingereichten Schreiben des Konkursamts Baden vom 8. September 2017 (act. 5/27) lässt sich dazu etwas entnehmen. Daher ist davon auszugehen, dass die Schuld über **Fr. 1'250.00** nach wie vor besteht, und es ist insoweit von einer offenen Betreibung auszugehen, deren Fortsetzung aktuell droht.

4.2.8 Zur Betreibung Nr. 18 der Gläubigerin N._____ AG über Fr. 446.70 macht die Schuldnerin geltend, die Zahlung sei in der Cash Flow-Berechnung vom 2. Oktober 2017 für diesen Monat vorgesehen (act. 2 S. 12). Aus der von der Geschäftsführerin unterzeichneten Cash Flow-Berechnung vom 2. Oktober 2017 (act. 5/16) ergibt sich, dass die entsprechende Zahlung geplant ist bzw. war. Das ändert indes nichts daran, dass von einer entsprechenden Schuld auszugehen ist und die Fortsetzung dieser Betreibung über den Betrag von **Fr. 446.70** bei Beschwerdeerhebung (noch) konkret drohte.

Auf die Einschätzung, wie die Schuldnerin mit dem laufenden Geschäftsgang ihre Schulden abzubauen vermag, wird weiter unten eingegangen.

4.2.9 Zu den Betreibungen Nrn. 19, 20, 21, 22, 23 und 24 (ZB) der Eidgenössischen Steuerverwaltung über total Fr. 73'110.00 macht die Schuldnerin geltend, die Beträge seien überholt, da sie aufgrund von Buchhaltungsproblemen keine korrekten Mehrwertsteuerabrechnungen eingereicht habe und daher zu hoch eingeschätzt worden sei. Inzwischen seien die erforderlichen Korrekturen erfolgt, und es sei lediglich ein Betrag von Fr. 43'000.00 offen. Davon seien Gutschriften von rund Fr. 24'000.00 abzuziehen. Den effektiv offenen Saldo von Fr. 19'000.00 könne sie in drei monatlichen Raten von Fr. 6'333.00 begleichen (act. 2 S. 12, act. 5/28).

Aufgrund des eingereichten MWST-Auszugs vom 2. Oktober 2017 und den darauf angebrachten Bemerkungen der ESTV (act. 5/28) ist die Schilderung der Schuldnerin glaubhaft. Als Folge der vereinbarten Ratenzahlungen droht insoweit aktuell

keine Fortsetzung der Betreibung mehr. Das ändert indes nichts daran, dass die Schuldnerin den Betrag von **Fr. 19'000.00** in naher Zukunft aufbringen muss.

Auf die Einschätzung, wie die Schuldnerin mit dem laufenden Geschäftsgang ihre Schulden abzubauen vermag, wird weiter unten eingegangen.

4.2.10 Die Betreibung Nr. 25 der Gläubigerin B._____ Treuhand AG über Fr. 9'664.35 (act. 5/22) entspricht der Konkursforderung. Diese ist nicht mehr zu berücksichtigen, da die Gläubigerin nach Erhalt der bereits erwähnten Zahlung per Saldo aller Ansprüche auf die Durchführung des Konkurses verzichtete (act. 5/29-30).

4.2.11 Zur Betreibung Nr. 26 der Gläubigerin O._____ AG über den Betrag Fr. 2'862.00 (ZB, vgl. act. 5/22) erklärt die Schuldnerin, die Schuld sei nicht von ihr zu begleichen, sondern von der Auftraggeberin P._____ in Chur (act. 2 S. 13).

Die Schuldnerin reicht für diese Schilderung keine Belege zu den Akten, und sie konkretisiert auch nicht, weshalb sie ihrer Ansicht nach zu Unrecht in Anspruch genommen wurde. Daher ist davon auszugehen, dass eine entsprechende Forderung besteht, und die Position von **Fr. 2'862.00** ist als offene Betreibung zu berücksichtigen, deren Fortsetzung aktuell droht.

4.2.12 Zu den Betreibungen Nr. 27, 28 und 29 der Gläubigerin Sozialversicherungsanstalt SVA des Kantons Zürich über total rund Fr. 9'600.00 (ZB, vgl. act. 5/22) macht die Schuldnerin geltend, die Forderungen würden derzeit korrigiert, nachdem die Lohnreduktion der Geschäftsführerin ab 2016 und der Austritt der Mitarbeiterin Q._____ per 31. Januar 2016 noch nicht berücksichtigt gewesen sei. Die offenen Forderungen würden dadurch reduziert, was systembedingt aber erst ab 4. Oktober 2017 ersichtlich werde (act. 2 S. 13 f.).

Gemäss der als Beleg eingereichten E-Mail-Kommunikation der Geschäftsführerin mit der SVA (act. 5/31) wird eine Reduktion der Forderungen thematisiert. Da diese indes vor Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht beziffert werden konnte, ist die Position von **rund Fr. 9'600.00** als bestehende Schuld zu betrachten. Zudem ist

auch hier von einer offenen Betreibung auszugehen, deren Fortsetzung der Schuldnerin aktuell droht.

4.2.13 Zur Betreibung Nr. 30 des Staats Zürich für Fr. 1'868.45 (ZB, vgl. act. 5/22) macht die Schuldnerin geltend, die Zahlung sei zusammen mit der Begleichung einer weiteren Schuld von Fr. 850.00 gegenüber demselben Gläubiger in der Cash Flow-Berechnung vom 2. Oktober 2017 für Oktober 2017 sowie für Dezember 2017 vorgesehen (act. 2 S. 12). Aus der von der Geschäftsführerin unterzeichneten Cash Flow-Berechnung vom 2. Oktober 2017 (act. 5/16) ergibt sich, dass die entsprechende Zahlung geplant ist. Das ändert indes nichts daran, dass im Betrag von **Fr. 1'868.45** von einer bestehenden Forderung auszugehen ist und von einer Betreibung, deren Fortsetzung bei Beschwerdeerhebung (noch) konkret drohte.

Auf die Einschätzung, wie die Schuldnerin mit dem laufenden Geschäftsgang ihre Schulden abzubauen vermag, wird weiter unten eingegangen.

4.2.14 Zusammenfassend ist zum Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin das Folgende festzuhalten: Die Anzahl von total 48 Betreibungen seit 2015 – auch wenn ein Teil davon abbezahlt wurde bzw. erloschen ist – spricht als Indiz gegen die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Die Schuldnerin macht dazu geltend, in den letzten zwei Jahren sei "vieles liegen geblieben". Sie verweist auf ein Zerwürfnis mit der Buchhaltungsstelle, welches nicht mehr bestehe, weil sie einen neuen Buchhalter gefunden habe, der dafür besorgt sein werde, dass die Schuldnerin buchhalterisch korrekt vorgehe und keine Pendenzen mehr entstehen würden (act. 2 S. 16).

Was die Beträge der in Betreibung gesetzten Forderungen angeht, ist aktuell noch von bestehenden Schulden im Umfang von rund **Fr. 43'000.00** auszugehen. Davon stellt ein Anteil in der Höhe von rund **Fr. 16'000.00** Betreibungen dar, deren Fortsetzung aktuell droht. Immerhin ist in diesen Fällen aber erst der Zahlungsbefehl zugestellt worden und noch keine Konkursandrohung. Zudem wird bei einem substantiellen Anteil davon von Fr. 9'600.00 zumindest eine Reduktion der Forderung diskutiert (vgl. soeben Ziff. 4.2.12).

4.3 Zum Geschäftsbetrieb und dem Geschäftsgang der Schuldnerin ist das Folgende festzuhalten:

4.3.1 Die Schuldnerin erzielte nach den eingereichten Jahresabschlüssen im Jahr 2014 einen Verlust von Fr. 63'751.00 und im Jahr 2015 einen solchen von Fr. 23'034.00 (act. 5/14-15, act. 2 S. 6). Sie habe, so die Schuldnerin weiter, die Kosten zwischenzeitlich massiv reduziert. Sie habe zum einen die beiden früheren Mitarbeiter entlassen (act. 2 S. 6). Was dies betragsmässig ausmacht, lässt sich den Erfolgsrechnungen nicht im Detail entnehmen, da der Personalaufwand nicht nach Stellen aufgeschlüsselt wird. Immerhin ist aber anzunehmen, dass diese Position von rund Fr. 237'000.00 (2014) bzw. Fr. 170'000.00 (2015; vgl. act. 5/15) in der Zeit danach weiter reduziert wurde, zumal die Schuldnerin sich erst im Jahr 2016 von der erwähnten Mitarbeiterin Q._____ trennte (vgl. soeben Ziff. 4.2.12). Sodann habe sie, so die Schuldnerin weiter, das kostspielige Büro an der ...strasse ... in … Zürich gekündigt (act. 2 S. 6; der Raumaufwand betrug 2014 rund Fr. 64'000.00 und 2015 rund Fr. 47'000.00, act. 5/15). Schliesslich zahle sich die Geschäftsführerin Frau C._____, wenn die Liquidität es überhaupt zulasse, nur noch einen tiefen Lohn von rund Fr. 3'800.00 pro Monat aus bzw. verrechne diesen mit dem laufenden Kontokorrentkonto. Der Abschluss 2016 sei noch nicht erstellt worden. Er werde wesentlich besser ausfallen, da nun die zwischenzeitlich ergriffenen Sanierungsmassnahmen greifen würden (act. 2 S. 6).

Die Schuldnerin hat inzwischen keine eigenen Büroräumlichkeiten mehr, sondern betreibt ihr Geschäft am privaten Wohnort der Geschäftsführerin. Dazu ist anzumerken, dass die entsprechende Domiziländerung im Handelsregister nachzuführen (vgl. dazu act. 5/21 S. 7 sowie Art. 123 ff. HRegV), doch für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht von entscheidender Bedeutung ist.

4.3.2 Die Schuldnerin verfügte per Einreichung der Beschwerde gemäss den eingereichten Unterlagen über Bankguthaben von rund Fr. 2'900.00 (act. 2 S. 5, act. 5/9-10).

Die Jahresabschlüsse der Schuldnerin führen unter dem Fremdkapital ein Darlehen der ... Kantonalbank über Fr. 120'000.00 auf (act. 5/14-15). Gemäss Vertrag

der Schuldnerin mit der ... Kantonalbank vom 1. Oktober 2015 handelt es sich um einen festen Vorschuss, der am 17. Oktober 2017 zur Rückzahlung fällig wurde (act. 5/5). Für das Darlehen wurde als Sicherstellung das Sparguthaben des Drittpfandgebers (und Gesellschafters) R._____ bei der ... Kantonalbank verpfändet. Die ... Kantonalbank sicherte der Schuldnerin am 20. September 2017 per Mail zu, mit einer Verrechnung ihrer Forderung mit dem Guthaben von R._____ bis nach dem Vorliegen des Entscheids im vorliegenden Beschwerdeverfahren zuzuwarten (act. 5/6-7). Der Vorschuss steht der Schuldnerin daher für die Verfahrensdauer weiter zur Verfügung. Er muss danach (falls die Konkurseröffnung aufgehoben wird) – so die Schuldnerin – neu verhandelt werden (act. 2 S. 5). Für den Fall seiner Inanspruchnahme erklärte R._____ am 27. September 2017 den Rangrücktritt gegenüber allen anderen Gesellschaftsgläubigern (act. 5/8).

Die Darlehensschuld spricht vor diesem Hintergrund (Absicherung durch einen Drittpfandgeber, der für seine Forderung im Rang gegenüber den Gesellschaftsgläubigerin zurücktritt) nicht gegen die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

4.3.3 Die Schuldnerin reichte eine unterzeichnete Debitoren- und Kreditorenliste vom 2. Oktober 2017 zu den Akten. Die Schuldnerin führt darin fällige Debitoren von Fr. 40'592.00 und fällige Kreditoren von Fr. 7'567.30 auf (act. 5/12-13). Die Kreditoren beinhalten indessen die weiter oben erwähnten in Betreibung gesetzten Forderungen (wo wie gesehen von effektiv offenen Beträgen von rund Fr. 43'000.00 ausgegangen werden kann) nicht. Total ist somit per 2. Oktober 2017 (Einreichung der Beschwerde) von **Debitoren** von **rund Fr. 40'000.00** und **Kreditoren** von rund **Fr. 50'500.00** auszugehen.

Die Debitorenliste enthält zudem eine Auflistung der Auftragslage (erwartete Einnahmen) mit Mandaten (Vermerk "Okt-Dez") von Fr. 16'050.00 und Projekten von Fr. 32'100.00 (act. 5/12).

Weiter geht die Schuldnerin davon aus, dass sie vom Mietzinsdepot ihres früheren Büros Fr. 16'000.00 erhalten wird (act. 5/12). Angesichts der weiter oben diskutierten Streitigkeit mit der früheren Vermieterin (vgl. vorne Ziff. 4.2.4) erscheint eine solche Position indes aktuell nicht als liquid.

4.3.4 Zur aktuellen Entwicklung reichte die Schuldnerin eine Cash Flow-Berechnung für das vierte Quartal 2017 vom 2. Oktober 2017 zu den Akten (act. 5/16).

4.3.4.1 Die Schuldnerin erwartet danach, dass von den erwähnten aktuellen geschäftlichen Debitoren ein Anteil von rund Fr. 23'500.00 im Oktober 2017 beglichen würde. Bei einem weiteren Anteil von Fr. 8'000.00 geht die Schuldnerin von einer Begleichung im Dezember 2017 aus, so dass ein Rest von rund Fr. 9'000.00 bestehen bleibt (diese beiden Anteile betreffend nach der Cash Flow-Berechnung im Wesentlichen ein Guthaben gegenüber dem Kunden S._____, welcher der Schuldnerin danach erhebliche Beträge für frühere Tätigkeiten schuldet, act. 5/16 und 5/12; die weiteren geschäftlichen Debitoren betrachtet die Schuldnerin demnach als liquide). Die Angaben zu den erwarteten Debitoreneingängen erscheinen soweit plausibel.

Sodann erwartet die Schuldnerin nach der Berechnung zusätzliche Einnahmen aus laufenden Projekten. Auch diese Angaben erscheinen aufgrund der im Einzelnen bezeichneten Projekte plausibel. Es gibt somit zumindest konkrete Indizien dafür, dass die entsprechenden Einnahmen effektiv erfolgen werden.

Insgesamt rechnet die Schuldnerin für das vierte Quartal 2017 mit Einnahmen (Umsätzen) von rund Fr. 33'382.00 (Oktober), Fr. 12'850.00 (November) und Fr. 28'350.00 (Dezember), total rund Fr. 74'500.00 (act. 5/16).

4.3.4.2 Nach Berücksichtigung der erwarteten Auslagen (zu diesen vgl. die nachfolgenden Ausführungen) rechnet die Schuldnerin im vierten Quartal 2017 mit Einnahmenüberschüsse von rund Fr. 13'000.00 (Oktober 2017), Fr. 0.00 (November 2017) und Fr. 14'000.00 (Dezember 2017), total somit rund Fr. 27'000.00 (vgl. act. 2 S. 7 und act. 5/16).

4.3.4.3 Die Berechnung berücksichtigt bei den Auslagen neben laufenden Kosten weitestgehend die erwähnten (noch nicht in Betreibung gesetzten) Kreditoren von rund Fr. 7'500.00 gemäss Kreditorenliste (act. 5/13; eine Unklarheit besteht lediglich beim Gläubiger T._____, wo aus der Liste nicht hervorgeht, ob die Schuldne-

rin lediglich die laufenden Beträge oder auch rückstehende Schulden berücksichtigt).

Zudem beinhalten die berücksichtigten Auslagen die vorstehend erwähnten Abzahlungen der in Betreibung gesetzten Schulden bei der Mehrwertsteuer, bei U._____ AG und beim Kanton Zürich im Totalbetrag von rund Fr. 21'000.00 (vgl. act. 5/16 und vorne Ziff. 4.2.8, 4.2.9 und 4.2.13). Mutmasslich sind ferner die betriebenen Schulden bei der SVA im auf Fr. 9'000.00 reduzierten Betrag (vgl. vorne Ziff. 4.2.12) sowie die Ausstände bei der E._____ BVG Versicherungen in den festgehaltenen Mittelabflüssen enthalten (wie sich die Positionen von monatlich Fr. 2'500.00 zur diskutierten Reduktion der offenen Schulden bei der E._____ verhält [vgl. vorne Ziff. 4.2.3], ist zwar nicht völlig klar, aber es kann angenommen werden, dass die Schuldnerin für den wie erwähnt reduzierten Lohn der Geschäftsführerin – weitere Angestellte hat die Schuldnerin nicht mehr – nicht im Umfang von monatlich Fr. 2'500.00 laufende BVG-Arbeitgeberbeiträge bezahlt und daher zumindest auch die Abzahlungen der vorstehend erwähnten, noch offenen Fr. 1'600.00 darin enthalten sind).

Somit kann aufgrund der in der Cash Flow-Berechnung enthaltenen, plausiblen Annahmen davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin ihre Kreditoren von total (wie gesehen) rund Fr. 50'500.00 bis Ende 2017 um rund Fr. 39'000.00 (Fr. 7'500.00 + Fr. 21'000.00 + Fr. 9'000.00 + Fr. 1'600.00) auf rund Fr. 11'500.00 reduzieren kann.

4.3.4.4 Danach verbleiben die erwähnten, aus der Cash Flow-Berechnung resultierenden Einnahmenüberschüsse von wie gesehen rund Fr. 27'000.00 (über drei Monate hinweg). Die Schuldnerin wird davon wohl ihrer Geschäftsführerin einen Lohn auszahlen (von rund Fr. 3'800.00 pro Monat, vgl. act. 2 S. 6). Anzunehmen ist, dass danach ein erheblicher Betrag verbleibt, mit dem die Schuldnerin ihre offenen Schulden weiter zu reduzieren vermag. Schliesslich besteht zumindest eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Schuldnerin früher oder später ihr Mietzinsdepot für das frühere Büro in Zürich (oder einen Teil davon) zurückerhalten wird (vgl. vorne Ziff. 4.2.4).

4.4 Fazit zur Zahlungsfähigkeit

Der Schuldnerin kann mit Blick auf ihre Zahlungsfähigkeit trotz wesentlicher Vorbehalten noch eine positive Prognose ausgestellt werden. Der Betreibungsregisterauszug illustriert mit den erwähnten 48 Betreibungen seit 2015, dass die Schuldnerin bereits seit einiger Zeit finanzielle Probleme hatte. Aufgrund der Schilderung zur Vorgeschichte kann indes angenommen werden, dass die Schwierigkeiten der Schuldnerin Folge einer vorübergehenden Problematik waren, einerseits mit dem erwähnten Zerwürfnis mit der Buchhaltungsstelle, andererseits mit den (zu) hohen Kosten für die Büromiete und für Mitarbeiter. Die Schuldnerin vermag aufzuzeigen, dass sie ihre Kosten deutlich reduzierte und dass sie einen neuen Buchhalter fand. Die Schuldnerin hat bereits jetzt einen beträchtlichen Teil ihrer Schulden beglichen, und ihre glaubhaften Angaben zum Geschäftsgang lassen den Schluss zu, dass sie nebst der Deckung der laufenden Aufwände ihre Zahlungsrückstände in der näheren Zukunft weiter wird abbauen können. All das erlaubt heute zumindest mit einiger Wahrscheinlichkeit den Schluss, dass die Schuldnerin in Zukunft erfolgreicher wirtschaften wird und ein Konkurs nachhaltig vermieden werden kann. Sollte es in absehbarer Zeit (zirka einem Jahr) erneut zu einem Konkurs kommen, liesse sich diese Prognose wohl nicht mehr stellen.

Die Schuldnerin erscheint vor diesem Hintergrund nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid. Ihre Zahlungsfähigkeit ist insgesamt wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit.

5. Ergebnis:

Die Schuldnerin hat nach dem Gesagten innert der Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts bzw. der Tilgung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht. Danach ist die Beschwerde gutzuheissen, und der über die Schuldnerin am 13. September 2017 eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

Der bei der Obergerichtskasse (zwecks Darlegung der Zahlungsfähigkeit mit Blick auf die entsprechenden betriebenen Forderungen, vgl. vorne Ziff. 4.2.5) sichergestellte Betrag von Fr. 3'199.00 ist der Schuldnerin herauszugeben (zwecks Tilgung der entsprechenden Positionen direkt bei den Gläubigern; anders als im Fall der Hinterlegung der Konkursforderung selber nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, wo die Hinterlegung "zuhanden der Gläubigerin" vorgesehen ist, hat in diesem Fall keine Auszahlung direkt an die Gläubiger zu erfolgen).

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen:

6.1 Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Die Schuldnerin hat die erstinstanzliche Entscheidgebühr wie erwähnt beim Konkursamt sichergestellt, und die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist mit dem von der Schuldnerin bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

6.2 Das Konkursamt Riesbach-Zürich ist anzuweisen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'000.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

6.3 Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

<u>Es wird erkannt:</u>

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Entsprechend wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 13. September 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem geleisteten Barvorschuss verrechnet.

3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

4. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, vom bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.00 (Zahlung der Schuldnerin: Fr. 1'000.00, Rest des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses: Fr. 1'400.00) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 (darin inbegriffen die aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr) und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den sichergestellten Betrag von Fr. 3'199.00 an die Schuldnerin zurückzuerstatten.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am:
7. November 2017