

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170052-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiber MLaw P. Klaus

## Urteil vom 4. April 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

**... Pensionskasse,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 15. Februar 2017 (EK160323)

### **Erwägungen:**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 25. August 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt, Restaurants und Gaststätten – insbesondere das Restaurant "B. \_\_\_\_\_" in C. \_\_\_\_\_ – zu führen und zu betreiben (act. 5/3). Mit Urteil vom 15. Februar 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Meilen (fortan Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 8'216.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 23. Juni 2016, Fr. 185.– sowie Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/12). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. Februar 2017 rechtzeitig Beschwerde (act. 2 i.V.m. act. 8/13/1). Die Schuldnerin beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2), welche ihr mit Verfügung vom 28. Februar 2017 gewährt wurde (act. 9). Den verlangten Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das zweitinstanzliche Verfahren (act. 9) leistete die Schuldnerin fristgerecht (act. 10/1 i.V.m. 11). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens sind beigezogen (act. 8/1-13). Eine Beschwerdeantwort ist nicht einzuholen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann 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. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10). Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass die Schuldnerin sowohl ihre Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen beziehungsweise mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, un-

abhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden indes nicht gewährt (BGE 136 III 294 und 139 III 491).

3. Der Konkursöffnung liegt eine Forderung von Fr. 8'814.85 (inkl. Zinsen und Betreuungskosten) zu Grunde (act. 7 und act. 9, jeweils S. 2; act. 8/2 sowie act. 8/3). Die Schuldnerin hinterlegte in Anrechnung an diese Forderung am 23. Februar 2017 beim Konkursamt Männedorf einen Betrag von Fr. 11'122.– in bar (act. 5/9). Dies vermag sowohl die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten als auch – wie das Konkursamt bestätigt – die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens und die Kosten des Konkursamts zu decken (act. 5/9; act. 12). Da die Schuldnerin auch den Kostenvorschuss für die zu erwartenden Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens leistete (act. 9–11), ist die Voraussetzung der Tilgung bzw. Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG erfüllt. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

4.

4.1. 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden. Anders verhält es sich, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht insoweit auf einem Gesamteindruck, der vor allem auch aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Schuldnerin im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids zu gewinnen ist (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer

5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer 5A\_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage gibt das Betreibungsregister. Die Schuldnerin reichte die Kopie eines Betreibungsregisterauszugs des Betreibungsamts Pfannenstiel vom 20. Februar 2017 zu den Akten (act. 5/5). Dass die erste Seite – das Titelblatt – fehlt, gereicht ihr nicht zum Nachteil. Der Auszug weist neben der nun sichergestellten Konkursforderung im Zeitraum vom 4. Mai 2016 bis zum 1. Februar 2017 elf weitere Betreibungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 125'107.10 auf (act. 5/5). Eine Betreibung für eine Forderung von Fr. 9'821.80 (Betreibungs-Nr. ...) tilgte die Schuldnerin durch Zahlung an das Betreibungsamt. Sieben Betreibungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 86'768.75 (Betreibungs-Nr. ..., ..., ..., ..., ... sowie ...) befinden sich im Einleitungsstadium. Die Schuldnerin liess es in einer weiteren Betreibungen (Betreibungs-Nr. ...; Betrag Fr. 8'865.80) zur Konkursandrohung kommen. Bereits in zwei weiteren Fällen wurde – jedenfalls nach dem Betreibungsregisterauszug (act. 5/5) – für eine Forderung von Fr. 9'821.80 (Betreibungs-Nr. ...) bzw. Fr. 9'828.95 (Betreibungs-Nr. ...) der Konkurs eröffnet. Wie es zu einer weiteren, der vorliegenden Konkursöffnung kommen konnte, ist unklar. Für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung sind die beiden Forderungen als in Betreibung gesetzte Schulden der Schuldnerin zu behandeln. Aus dem Betreibungsregisterauszug ergeben sich damit noch offene Verbindlichkeiten der Schuldnerin in Höhe von Fr. 115'285.30 (act. 5/5).

4.3. Die Schuldnerin führt aus (act. 2 S. 5) und belegt (act. 5/8), dass die Betreibung-Nr. ... über Fr. 22'111.35 in der Zwischenzeit zurückgezogen wurde. Sie macht weiter (sinngemäss) geltend, dass sie an die Forderung der D. \_\_\_\_\_ AG über Fr. 20'521.– (Betreibung-Nr. ...) einen Betrag von Fr. 10'283.– bezahlt und mit ihr eine Abzahlungsvereinbarung geschlossen habe (act. 2 S. 4 f.). Dazu reicht die Schuldnerin eine unterzeichnete Abzahlungsvereinbarung mit monatlichen Raten à Fr. 3'000.– ein (act. 5/7). Die Schuldnerin belegt zudem, dass sie der D. \_\_\_\_\_ AG am 15. Februar 2017 tatsächlich einen Betrag von Fr. 10'283.– bezahlte (act. 5/6). Der eingereichte Zahlungsbeleg nimmt indes keinen Bezug

auf die ausstehende Betreibungsforderung (act. 5/6). Aus den eingereichten Monatserfolgsrechnungen geht hervor, dass genau dieser Betrag in unregelmässigen Abständen unter der Kostenstelle 7350 als Mietzins abgebucht wird (act. 5/11-12). Es scheint, dass es sich beim Zahlungsbeleg (act. 5/6) um eine Mietzinszahlung und nicht eine Abzahlung an die Schuld von Fr. 20'521.– handelt, welche die Schuldnerin im Übrigen nur tabellarisch, aber nie explizit geltend machte (act. 2 S. 4). Der Betrag von Fr. 10'283.– kann daher nicht zu Gunsten der Schuldnerin berücksichtigt werden. Die Schuldnerin behauptet weiter pauschal, für die E. \_\_\_\_\_ AG (Betreibungsforderung über Fr. 13'731.40) sowie mit "F. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_" (Betreibungsforderung über Fr. 2'700.–) eine Vereinbarung vorbereitet zu haben (act. 2 S. 4). Sie führt dies indes nicht weiter aus und macht auch keine bereits daran geleistete Abzahlungsraten geltend. Nach dem Gesagten kann damit festgehalten werden, dass die Schuldnerin noch aus dem Betreibungsregister ersichtliche Verbindlichkeiten in der Höhe von Fr. 93'173.95 (Fr. 115'285.30 – Fr. 22'111.35) zu erfüllen hat.

4.4. Zur Situation im Allgemeinen führt die Schuldnerin aus, dass sie mit der Restaurant B. \_\_\_\_\_ C. \_\_\_\_\_ GmbH am 29. Juni 2015 einen Kaufvertrag über das Kleininventar und den Goodwill des Restaurants "B. \_\_\_\_\_" zu einem Preis von Fr. 330'000.– geschlossen habe. F. \_\_\_\_\_, einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin, habe den Kaufpreis persönlich eingebracht (act. 2 S. 3 ff.; vgl. auch act. 5/4). Bereits zu Beginn des Jahres 2016 habe F. \_\_\_\_\_ festgestellt, dass die Umsatzzahlen und die Bruttolöhne in keinem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen würden. Im Juni 2016 habe er dann die operative Leitung der Schuldnerin übernommen, nachdem dem bisherigen Geschäftsführer, der das Lokal führte und den Geschäftsbetrieb leitete, gekündigt worden war. Seit der Übernahme der Leitung hätten sich in der finanziellen Situation der Schuldnerin wesentliche Veränderungen eingestellt. Die Umsätze seien um 15 – 50 % gestiegen, während sich die Bruttolohnkosten ab August 2016 um 20 % verringert hätten. Die Schuldnerin sei gar in der Lage gewesen, Rückzahlungen vorzunehmen und ihre Schulden markant zu reduzieren (act. 2 S. 3 ff.).

4.5. Bereits im September 2016 habe ein Unternehmensgewinn von Fr. 9'621.22 resultiert, im Oktober 2017 ein Verlust von Fr. 2'234.23, im November 2016 ein Gewinn von Fr. 6'790.69 und im Dezember 2016 wegen ausgebliebenem Weihnachts-/Neujahrsgeschäft wiederum ein Verlust von Fr. 22'627.14 (act. 2 S. 6 f.). Resultierte für die Periode von Januar bis Dezember 2016 noch ein Unternehmensverlust von insgesamt Fr. 268'449.–, sei zu Beginn des Jahres 2017 bereits ein Gewinn von Fr. 39'029.87 erwirtschaftet worden. Der Jahresverlust sei geprägt durch den früheren Geschäftsführer, der die Lohnkosten habe in die Höhe schnellen lassen, jedoch die Warenumsätze tief gehalten habe. Seit F.\_\_\_\_\_ das Restaurant führe, seien verschiedene Veranstaltungen durchgeführt und neue Konzepte ausprobiert worden, welche bei den Gästen sehr gut angekommen seien. Auch für die kommenden Wochen im März 2017 seien verschiedene Anlässe und Einladungen geplant. Für April 2016 lägen bereits 16 Reservationen für Gruppenveranstaltungen oder Familienfeiern vor (act. 2 S. 7 ff.).

4.6. Die Schuldnerin äusserte sich neben den Betreuungsschulden nicht über weitere offene Verbindlichkeiten. Ebenso machte sie keine Angaben über offene Kreditoren, Saldi der Kontokorrentkonti oder weiteres Vermögen, was eine umfassende Beurteilung der finanziellen Lage der Schuldnerin ermöglichen würde. Die Beschwerdeführerin versäumt es weiter, die Bilanz einzureichen, auf welche sie verweist (act. 2 S. 10). Das Bild der finanziellen Lage ist damit nicht vollständig und es fragt sich, ob sich die Situation tatsächlich so präsentiert, wie die Schuldnerin über ihre Ausführungen glauben machen will. Wie es sich genau verhält, kann vorliegend jedoch offen bleiben. Denn auch die ausgesuchten Informationen, die die Schuldnerin der Kammer zukommen liess, vermögen ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft zu machen:

4.7. Der Schuldnerin ist zwar zu Gute zu halten, dass sie innert kurzer Zeit genügend finanzielle Mittel aufbringen konnte, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu tilgen bzw. zu hinterlegen (act. 5/9). Dem steht jedoch ein erheblicher Verlust von knapp Fr. 270'000.– aus dem vergangenen Geschäftsjahr gegenüber (act. 5/15). Ebenso bestehen – nur schon aus dem Betreibungsregister ersichtliche – Verbindlichkeiten in erheblicher Höhe von fast Fr. 93'000.– (vgl.

Ziff. 4.3). Über weitere Schulden ist nichts bekannt. Sie bleiben daher unklar. Die Schuldnerin macht indes zumindest geltend, dass F. \_\_\_\_\_ den Kaufpreis für das Inventar von Fr. 330'000.– persönlich und für die Schuldnerin geleistet habe, weshalb der Betrag als Darlehen von F. \_\_\_\_\_ an die Schuldnerin zu führen sei (act. 2 S. 3 sowie S. 10). Nach dem Kaufvertrag über das Inventar vom 29. Juni 2015 sollte der Kaufpreis bereits bezahlt worden sein (act. 5/4). Zahlungsbelege oder den Darlehensvertrag reicht die Schuldnerin aber nicht ein, weshalb von einer weiteren offenen Verbindlichkeit der Schuldnerin von Fr. 330'000.– entweder gegenüber der Restaurant B. \_\_\_\_\_ C. \_\_\_\_\_ GmbH (act. 5/4) oder F. \_\_\_\_\_ (act. 2 S. 10) auszugehen ist. Wohl traf die Schuldnerin weiter mit der Betreuungsgläubigerin, bei der sie die höchsten Schulden hat, eine Abzahlungsvereinbarung (act. 5/7). Indes sind trotz gegenteiliger Behauptung (act. 2 S. 4 und S. 8) keine weiteren, mit Dokumenten (bspw. Korrespondenz, Abzahlungsvorschläge oder Vereinbarungsentwürfe) glaubhaft gemachte Bemühungen ersichtlich, die zeigen würden, dass sich die Schuldnerin um die Bereinigung ihrer sehr ersten Schuldensituation erfolgreich kümmert.

4.8. Die Schuldnerin sucht zudem aufzuzeigen, dass sich ihre finanzielle Situation seit Juni 2016 bessere. Die eingereichten Monatserfolgsrechnungen und Umsatzzahlen (act. 5/10-15; act. 2 S. 6 f.) sprechen jedoch eine andere Sprache. So resultiert für die Monate September bis Dezember 2016 erneut ein Verlust von rund Fr. 8'500.–. Wohl resultiert nach Angaben der Schuldnerin für den Monat Januar 2017 ein Unternehmensgewinn von Fr. 39'029.87 (act. 5/12 a.E.). Der Monat ist jedoch nicht repräsentativ, da für erhebliche Aufwandsposten für Waren, Betrieb und Anlagen, die wiederkehren und in allen übrigen Monaten anfielen (act. 5/11-12), keine Kosten eingetragen sind. Für die kommenden Wochen ist der Schuldnerin jedoch anzurechnen, dass sie – wie die eingereichten Reservationsbestätigungen zeigen (act. 5/16-18) – über eine gewisse Anzahl an Aufträgen und durchzuführenden Anlässen verfügt.

4.9. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Schuldnerin innert kurzer Zeit zwar genügend Mittel aufbringen konnte, um die Konkursforderung inklusive Zinsen und Verfahrenskosten zu decken. Das Bild ihrer finanziellen Situa-

tion ist mangels ausreichender Belege und Behauptungen aber nicht vollständig. Nach den bekannten Informationen erscheint ihre Lage angesichts der – schon nur aus dem Betreibungsregister ersichtlichen – erheblichen Ausstände von Fr. 93'000.– und dem substantiellen Vorjahresverlust von mehreren hunderttausend Franken prekär. Auch wenn mit der Schuldnerin davon ausgegangen wird, dass sich ihre Lage seit Juni 2016 besserte, ist angesichts der stark schwankenden Betriebsergebnisse der Monate September 2016 bis Januar 2017 nicht ausreichend glaubhaft, dass sie ihre Schulden in näherer Zukunft wird abtragen können. Dass die Schuldnerin bereits Schuldtilgungsraten aktiv begleichen würde, ist trotz gegenteiliger Beteuerung jedenfalls nicht belegt. Die Schuldnerin legt nicht hinreichend dar, wie sie die teilweise schon bis zu einem bedrohlichen Fortschritt gediehenen Betreibungsstände begleichen will. Daran vermag auch die geltend gemachte Auftragslage für die kommenden Wochen nichts zu ändern. Auch wenn die Schuldnerin noch nicht lange im Handelsregister eingetragen ist (act. 5/3), mit einer schwierigen Anfangsphase konfrontiert war (act. 2 S. 3 ff.) und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden dürfen (BGer, 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), erscheint die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin nicht gegeben. Die Ausstände sind zu hoch, um ihnen mit den Umsatzzahlen wirksam zu begegnen und den erheblichen Schuldenberg innert nützlicher Frist abzutragen. Von einer bloss vorübergehenden Illiquidität kann unter diesem Umständen nicht mehr ausgegangen werden. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit nicht glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind nicht erfüllt, womit die Beschwerde abzuweisen ist.

5. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen; der Schuldnerin wegen Unterliegens nicht, der Gläubigerin mangels Umtrieben in diesem Verfahren nicht.



**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **4. April 2017, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Mit der Durchführung wird das Konkursamt Männedorf beauftragt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Männedorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Pfannenstiel, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw P. Klaus

versandt am:  
4. April 2017