

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170202-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 11. September 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Fürsprecher X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Pensionskasse,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. August 2017 (EK171232)

## **Erwägungen:**

### **I.**

#### Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche in erster Linie die Erbringung von gastronomischen Dienstleistungen jeglicher Art, insbesondere den Betrieb eines oder mehrerer Restaurants, bezweckt (act. 8).

2.1 Mit Urteil vom 30. August 2017, 10:00 Uhr (act. 6 [ act. 3 = act. 7/7]), eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich für nachstehende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin:

Fr.	12'641.20	nebst Zins zu 5 % seit 13. Mai 2017
Fr.	259.25	ohne Zins
Fr.	206.60	Betriebskosten

2. Mit am 6. September 2017 überbrachter Eingabe erhob die Schuldnerin rechtzeitig (vgl. act. 7/9) Beschwerde gegen das Konkurserkennnis und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Letztere wurde mit Verfügung vom 7. September 2017 einstweilen erteilt (act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-9). Das Verfahren ist spruchreif.

### **II.**

#### Zur Beschwerde im Einzelnen

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung 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. 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 bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden nicht gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

2.1 Die Schuldnerin belegt, dass sie am 5. September 2016 Fr. 15'250.– und damit einen die Konkursforderung inklusive Zins und Kosten übersteigenden Betrag zuhanden der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt hat (act. 5/10; act. 2 S. 6). Im Weiteren hat die Schuldnerin am 31. August 2017 beim Konkursamt Aussersihl-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 5/9). Schliesslich hat die Schuldnerin am 5. September 2017 den Kostenvorschuss für das hiesige Konkursverfahren von Fr. 750.– bei der Obergerichtskasse einbezahlt (act. 5/11). Der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung ist somit ausgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.2 Die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt zunächst eine substantiierte Behauptung voraus. Die Schuldnerin muss somit ihre finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie sie die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffen, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird (BGE 132 III 715 E. 3.1, BGer 5A\_726/2010 E. 3.2.1). Zahlungsfähig ist die Schuldnerin, wenn sie über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt.

Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A\_912/2013 vom 18. Februar 2014, E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014).

2.3 Im Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 31. August 2017 befinden sich neben der Betreuung der Konkursgläubigerin (Betreibung-Nr. ...) 16 weitere Betreibungen, wobei in 5 Betreibungen die Forderung bereits an das Betreibungsamt bezahlt wurde. Von den übrigen 11 Betreibungen sind 3 (Gesamtbetrag Fr. 31'038.30) erloschen. In einer Betreuung über Fr. 10'038.05 wurde die Konkursandrohung zugestellt und die übrigen 7 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 151'906.70) befinden sich noch im Einleitungsstadium. Insgesamt ergeben sich aus dem Betreibungsregister damit Betreibungen von Fr. 192'983.05 (Fr. 31'038.30 + Fr. 10'038.05 + Fr. 151'906.70).

Hinsichtlich der noch offenen Betreibungsforderungen belegt die Schuldnerin sodann folgende Zahlungen:

Betreibungs-Nr.	Betrag	belegte Zahlung	Beleg
...	Fr. 12'082.25	vollständig	act. 5/21
...	Fr. 12'175.30	vollständig	act. 5/22
...	Fr. 10'565.35	vollständig	act. 5/24
...	Fr. 44'643.20	Fr. 22'440.80	act. 5/25
Total belegte Zahlungen		Fr. 57'263.70	

Zusätzlich führt sie aus, auch die der Betreuung Nr. ... zugrunde liegende Forderung inzwischen vollständig bezahlt zu haben (act. 2 S. 8), wozu sie ein entsprechendes Schreiben der Gläubigerin einreicht. Zwar ergibt sich aus diesem keine Betreibungs-Nummer, weshalb die Zahlung nicht ohne weiteres der Betreuung zugeordnet werden kann. Doch ist anhand der Valutadaten sowie der Höhe der sich aus den Belegen ergebenden Forderung sowie aufgrund der Gläubigerin glaubhaft, dass es sich bei den Zahlungen über Fr. 11'000.– und Fr. 408.85 (vgl. act. 5/23) um Zahlungen zur Tilgung der der genannten Betreuung zugrunde liegenden Forderung von (gemäss Betreibungsregister) Fr. 11'278.05 handelte. Insgesamt reduzieren sich die offenen Betreibungen gemäss Betreibungsregister damit auf Fr. 124'441.30 (Fr. 192'983.05 – Fr. 57'263.70 – Fr. 11'278.05), wobei in diesem Betrag auch die bereits erwähnten, erloschenen Betreibungen von insgesamt Fr. 31'038.30 enthalten sind. Noch offen sich damit Betreibungen in Höhe von Fr. 93'403.– (Fr. 124'441.30 – Fr. 31'038.30).

Die gesamte Höhe der offenen Kreditoren der Schuldnerin ist sodann der von dieser eingereichten Zwischenbilanz zu entnehmen. Aus dieser ergibt sich, dass die Kreditoren im aktuellen Geschäftsjahr gegenüber dem Geschäftsjahr 2016 von damals Fr. 221'196.67 (act. 5/13 S. 2) leicht angestiegen sind und per 31. August 2017 Fr. 233'513.65 betragen haben (act. 5/18). Zu diesem Betrag hinzu kommt sodann noch eine offene Mehrwertsteuerschuld von Fr. 51'126.15 (vgl. act. 5/17 S. 2).

2.4 Zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit verweist die Schuldnerin auf die von ihr bis anhin erzielten Monatsumsätze (vgl. act. 2 S. 8 f.) sowie darauf, dass die erfahrungsgemäss stärksten Umsatzmonate (September bis Dezember) noch bevorstünden (act. 2 S. 9). Sodann führt sie aus, als Sanierungsmassnahme habe sie das Personal drastisch reduziert und die Zahl ihrer Angestellten zwischen Januar 2017 und Juni 2017 von 17 auf 5 reduziert. Dies werde sich auch inskünftig sehr positiv auf ihre Kostenstruktur und Liquidität auswirken (act. 2 S. 9 f.). Gemäss Zwischenbilanz vom 3. September 2017 weise sie flüssige Mittel im Betrag von Fr. 65'057.52 und Debitoren im Betrag von Fr. 14'419.– aus. Dazu komme ein Warenvorrat im Wert von Fr. 106'275.65. Die Zwischenbilanz per

3. September 2017 weise einen Gewinn von Fr. 111'669.72 aus. Insgesamt sei sie damit liquide und zahlungsfähig (act. 2 S. 10).

2.5 Indes ist bei der Prüfung der finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin nicht zu übersehen, dass den von der Schuldnerin genannten flüssigen Mitteln von (per 3. September 2017) Fr. 65'057.52 sowie den Debitoren von Fr. 14'419.– zum gleichen Zeitpunkt Kreditoren von Fr. 233'513.65 gegenüberstanden, womit die kurzfristigen Verbindlichkeiten der Schuldnerin deren flüssige Mittel sowie die Debitoren massiv übersteigen. Die Schuldnerin verfügt damit nicht über genügend flüssige oder geldnahe Mittel, um die kurzfristig zu erwartenden Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Wenn die Schuldnerin zuhanden der Kammer bestätigt, dass sie trotz erfolgter Konkursöffnung über genügend finanzielle Mittel verfüge, um sämtlichen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen (act. 5/20), ändert das daran nichts. Zu den offenen Kreditoren hinzu kommt sodann noch die bereits erwähnte, offene Mehrwertsteuerschuld, welche per 3. September 2017 nach wie vor mit Fr. 51'126.15 in der Bilanz und im Betreibungsregister (vgl. act. 5/12) steht. Zwar weist die Schuldnerin in diesem Zusammenhang explizit darauf hin, dass bezüglich der offenen Mehrwertsteuerschuld im Juni 2017 eine Ratenzahlungsvereinbarung mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft geschlossen wurde (act. 2 S. 8; act. 5/26). Entgegen der Schuldnerin kann daraus jedoch nichts zugunsten ihrer Zahlungsfähigkeit abgeleitet werden, ist doch aufgrund dessen, dass die entsprechende Betreuung erst am 8. August 2017 und damit nach Fälligkeit der 3. Rate anhängig gemacht wurde, davon auszugehen, dass die Schuldnerin den Zahlungsplan nicht eingehalten hat, zumal Gegenteiliges von der Schuldnerin auch nicht geltend gemacht wird.

Zugunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese bereits Anfang 2017 Massnahmen zur Verbesserung ihrer Kostenstruktur ergriffen hat. So ist anhand der eingereichten Bilanz ersichtlich, dass der Personalaufwand der Schuldnerin von Fr. 886'388.56 im Jahr 2016 (act. 5/13) in den ersten 8 Monaten des Jahres 2017 auf Fr. 468'962.24 (act. 5/14) gesunken ist. Zwar wirkt sich diese drastische Reduktion des Personalbestandes von – nach Darstellung der Schuldnerin – 17 Mitarbeitern im Januar 2017 auf 5 Mitarbeiter im

August 2017 (vgl. act. 2 S. 9) gemäss den vorgelegten Bilanzen offenbar auch auf den Umsatz aus, ist dieser doch von Fr. 1'834'855.50 (act. 5/13) im Jahr 2016 auf Fr. 1'061'106.40 in den ersten 8 Monaten des Jahres 2017 gesunken (act. 5/14). Indes ist es der Schuldnerin mit dieser veränderten Kostenstruktur gelungen einen im Geschäftsjahr 2016 erzielten Verlust von Fr. 47'567.21 (act. 5/13) ins Positive zu drehen, hat sie doch in den ersten 8 Monaten des Geschäftsjahres 2017 bereits einen Gewinn von Fr. 98'046.78 erzielen können (act. 5/15). Zudem stehen die nach Darstellung der Schuldnerin (act. 2 S. 9) umsatzstärksten Monate September bis Dezember erst noch bevor. In der Bilanz wirkt sich diese positive Entwicklung der Geschäftszahlen der Schuldnerin bis anhin vor allem in einer Reduktion der kurzfristigen Verbindlichkeiten aus, konnte doch insbesondere die offene Mehrwertsteuer von Fr. 138'060.40 (act. 5/13) per Ende 2016 auf die nunmehr noch offene Forderung von Fr. 51'126.15 reduziert werden (vgl. act. 5/15 S. 2). Berücksichtigt man, dass die Schuldnerin in den ersten 8 Monaten des aktuellen Geschäftsjahres einen Gewinn von monatlich rund Fr. 12'250.– (Fr. 98'046.78 / 8) erzielen konnte, reicht dies ohne Auftreten unvorhergesehener Umstände und bei Beibehaltung der bereits unternommenen Sanierungsmassnahmen knapp aus, um neben den laufenden Verpflichtungen auch die noch offenen Schulden von Fr. 284'639.80 inklusive der noch offenen Mehrwertsteuer (Fr. 233'513.65 + Fr. 51'126.15), davon Fr. 93'403.– bereits in Betreuung gesetzt, innert nützlicher Frist, gesamthaft aber längstens innert 2 Jahren (Fr. 284'639.80 / 24 = Fr. 11'860.–), abzuführen.

Schliesslich ist zu Gunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu berücksichtigen, dass sie in der Lage war, innert kurzer Frist die Mittel aufzubringen, um per 5. September 2017 die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten zu begleichen (act. 10), beim Konkursamt Fr. 1'200.– für die Kosten sicherzustellen (act. 4/3), die Kosten des Konkursverfahrens von Fr. 750.– vorzuschüssen (act. 5/11) und darüber hinaus Fr. 10'000.– beim Konkursamt einzuzahlen, damit ihr während der Dauer des Konkursverfahrens die Aufrechterhaltung des Betriebes gestattet wurde (act. 5/8). Insgesamt ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin damit als glaubhaft dargetan anzusehen, denn glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen,

selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung des Konkurses bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit der Konkursitin wahrscheinlicher sein muss als ihre Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.), zumindest dann nicht, wenn es um eine erstmalige vorübergehende Illiquidität geht. Sollte es jedoch innert der vorhin erwähnten nützlichen Zeit wieder zur Konkurseröffnung kommen, so wäre diese Tatsache ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gerade noch als glaubhaft gemacht anzusehen ist, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben ist.

### III.

#### Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht, weshalb ihr die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes aufzuerlegen sind. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.
2. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 30. August 2017 (Geschäfts-Nr. EK171232-L), mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm zur Sicherstellung der Kosten einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 15'250.– zur Tilgung der Konkursforderung dem Betreibungsamt Aussersihl-Zürich zu überweisen. Ein verbleibender Restbetrag ist von diesem der Schuldnerin zurückzuerstatten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) sowie das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein.

6. 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 N. Seebacher

versandt am:  
12. September 2017