

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS110164-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

## **Beschluss und Urteil vom 25. Oktober 2011**

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes Zürich vom 8. September  
2011 (EK111344)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirkes Zürich eröffnete mit Urteil vom 8. September 2011 über die Beschwerdeführerin den Konkurs (act. 2). Mit Beschwerde vom 14. September 2011 und Eingabe vom 21. September 2011 beantragte die Beschwerdeführerin rechtzeitig die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung der Forderung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 1, act. 8). Diesem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 23. September 2011 entsprochen (act. 12). Mit Eingabe vom 26. September 2011 reichte die Beschwerdeführerin innert der Rechtsmittelfrist weitere Unterlagen zur Zahlungsfähigkeit nach (act. 14). Am 27. September 2011 liess die Beschwerdeführerin der Kammer ferner eine Zahlungsquittung per Fax zukommen (act. 16). Überdies leistete die Beschwerdeführerin bereits am 15. September 2011 unaufgefordert einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 500.-- (act. 3/2, act. 10) und am 13. Oktober 2011 nach Aufforderung weitere Fr. 250.-- (act. 12, act. 17-18, act. 20).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Kumulativ zu einem der Konkurshinderungsgründe hat der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zumachen. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine 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 er innert der Rechtsmittelfrist selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294 und ZR 110/2011 Nr. 5).

3. Die Beschwerdeführerin hat der Kammer Zahlungsbelege vorgelegt, aus denen ersichtlich ist, dass sie der Beschwerdegegnerin am 13. Septem-

ber 2011 einen Betrag von Fr. 896.50 (act. 3/1) und am 20. September 2011 einen Betrag von Fr. 111.-- (act. 9/1) überwiesen hat. Ferner hat die Beschwerdeführerin eine Quittung des Konkursamtes C.\_\_\_\_\_ vom 9. September 2011 eingereicht, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet hat (act. 3/3). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4. Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat ein Schuldner wie ausgeführt zudem seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb 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. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint.

5. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt zunächst das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes D.\_\_\_\_\_ vom 9. September 2011 weist für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 9. September 2011 insgesamt keine offenen Verlustscheine und 14 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 105'720.25 aus, wovon 7 Betreibungen im Betrag von Fr. 15'176.65 erledigt sind (act. 3/4). Abzüglich der Konkursforderung (Fr. 896.50) bestehen derzeit somit noch 6 offene Betreibungen in der Höhe von Fr. 89'647.10. In zwei Betreibungen wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Betreibungen Nr. ... über Fr. 367.20 und Nr. ... über Fr. 3'125.45), in einer Betreibung wurde Rechtsvorschlag erhoben (Betreibung Nr. ... über Fr. 81'080.--) und in den übrigen drei Betreibungen wurde der Konkurs angedroht (Betreibungen Nr. ... über Fr. 763.05, Nr. ... über Fr. 1'797.60 und Nr. ... über Fr. 2'513.80).

Zur Betreuung Nr. ... über Fr. 81'080.-- macht die Beschwerdeführerin geltend, dass es sich um eine zu Unrecht erhobene Betreuung handle. Als Beleg reichte sie eine Aufstellung des Gläubigers vom 7. Juni 2011 über die Forderung sowie zwei von ihr an den Gläubiger am 20. August 2011 und am 13. September 2011 eingeschrieben versandte Schreiben ein, worin sie diesem mitteilt, keine Leistungen bezogen und daher Rechtsvorschlag erhoben zu haben, und ihn auffordert, die unrechtmässig eingeleitete Betreuung zurückzuziehen (act. 3/6-8). Nach dem System des SchKG kann jedermann jederzeit eine Betreuung einleiten und einen Zahlungsbefehl zustellen lassen, ohne dass seine Berechtigung an der geltend gemachten Forderung geprüft wird. Entsprechend einfach kann der Betriebene das Verfahren mittels eines ebenfalls keiner Begründung bedürftigen Rechtsvorschlags stoppen. Die Fr. 81'080.-- beruhen offenbar auf keinem vollstreckbaren Urteil. Ob der Betreibende einen Titel zur provisorischen Rechtsöffnung besitzt, ob er einen ordentlichen Prozess anstrengen oder die Sache auf sich beruhen lassen wird: so oder so muss die Beschwerdeführerin die Forderung in nächster oder näherer Zeit nicht bedienen. Für die Prüfung der Liquidität ist sie daher ausser Acht zu lassen.

Die Betreuung Nr. ... vom 15. Mai 2011 betrifft eine Forderung von Fr. 1'797.60 der "F.\_\_\_\_\_ AG". Mit ihrer Eingabe vom 26. September 2011 macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe die Rechnung beglichen, könne das aber zur Zeit nicht belegen, da die Unterlagen beim Buchhalter seien (act. 14). Am 27. September 2011 ging beim Obergericht ein Fax der Beschwerdeführerin ein, welcher mit einem Postempfangsschein vom 30. August 2011 die Zahlung von Fr. 1'500.-- an die "F.\_\_\_\_\_ AG" belegt (act. 16). Die Frist für die Beschwerde, während welcher wie oben dargelegt auch alle Unterlagen eingereicht werden müssen, lief am 26. September 2011 ab. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, sie könne den Beleg nur verspätet nachreichen, weil er sich beim Buchhalter befinde, kann aber als sinngemässes Gesuch um Wiederherstellung verstanden werden (Art. 33 Abs. 4 SchKG). Unter den gegebenen Umständen kann die Verspätung als unverschuldet anerkannt und die Frist bezüglich des Dokumentes wiederhergestellt werden. Der lediglich als Kopie vorliegende Beleg nennt keine bestimmte Faktura. Allerdings ist wenig wahrscheinlich, dass der Beschwerdefüh-

rerin nach der erfolgten Konkursandrohung noch Kredit gewährt wurde, und im Rahmen des blossen Glaubhaftmachens darf die Zahlung der Fr. 1'500.-- daher auf die Betreuung angerechnet werden. Die notwendigen Betreuungskosten mit in die Schätzung einbezogen dürften gegenüber der "F. \_\_\_\_\_ AG" also etwa Fr. 500.-- offen sein. Damit muss die Beschwerdeführerin nach dem Betriebsauszug etwas über Fr. 7'000.-- mehr oder weniger sofort bezahlen.

Über sofort verfügbare Guthaben sagt die Beschwerdeführerin nichts Konkretes. Im einigermaßen rudimentären Abschluss per 31. Juli 2011 ist die Position "flüssige Mittel und Wertschriften" leer. Mit der Angabe "Firmen-" resp. "Sparkonto" reicht die Beschwerdeführerin zwei Saldomeldungen von Konti der G. \_\_\_\_\_ [Bank] ein: einen über knapp Fr. 23'000.-- und einen über Fr. 7'000.-- (act. 15/1 und 15/2). Die Konti lauten nicht auf die Beschwerdeführerin, sondern auf "H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_" resp. auf "I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_". I. \_\_\_\_\_ ist laut Handelsregister Gesellschafter und "Vorsitzender der Geschäftsführung" bei der Beschwerdeführerin, H. \_\_\_\_\_ ist der Name der anderen Gesellschafterin und Geschäftsführerin. Das Konto "I. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_" wird auch von der Bank als Firmenkonto bezeichnet (act. 15/2). Damit darf im Rahmen des blossen Glaubhaftmachens davon ausgegangen werden, die Beschwerdeführerin könne bei Bedarf jedenfalls auf die Fr. 7'000.-- des "Firmenkontos", möglicherweise auch auf den grösseren Betrag des Sparkontos zurückgreifen.

Dass die Beschwerdeführerin ihre unmittelbar offenen Verbindlichkeiten decken kann, steht damit nicht sicher fest, ist aber ausreichend glaubhaft gemacht.

Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe keine offenen Mietzinsschulden (offenbar beträgt die Miete Fr. 6'780.-- im Monat) und zahle ihre Rechnungen grundsätzlich bar, wie auch die Einnahmen aus dem Restaurant praktisch ausschliesslich bar anfielen. Nach dem Beleg act. 15/3 pflegen die Gäste allerdings doch auch zu einem guten Teil mit Kreditkarten zu zahlen, und act. 15/4 enthält die schriftliche Bitte zum Begleichen einer Rechnung für Konsumationen "mittels beiliegendem Einzahlungsschein auf unser Konto". Bis zum 31. Juli 2011 ist nach dem eingereichten Abschluss ein Verlust von Fr. 7'243.64 entstanden. Den Rückstellungen für diverse Sozialleistungen und Steuern von rund Fr. 14'000.-- stehen

ausser dem auf die beiden Geschäftsführer lautenden "Sparkonto", das in der Bilanz nicht figuriert, keine kurzfristig realisierbaren Aktiven gegenüber. Andererseits übersteigen – immer nach der vorgelegten Bilanz – das Eigenkapital und das langfristige Fremdkapital das Anlagevermögen deutlich (um fast die Hälfte) – und das langfristige Fremdkapital besteht ausschliesslich aus Darlehen der beiden Gesellschafter (act. 9/3).

Mangels aussagekräftiger Unterlagen hält es schwer, sich ein realistisches Bild vom Betrieb der Beschwerdeführerin zu machen. Immerhin ist das hier, wo nicht ein grosser Schulden-Überhang in näherer Zeit abgebaut werden muss, nicht von vordringlicher Bedeutung. Wenn man wieder auf den Betreuungsauszug zurückgreift, fällt auf, dass seit einem Jahr für sieben Betreibungen doch Fr. 15'000.-- jeweils höchstens zwei Monate nach der Betreibung bezahlt wurden. Umgekehrt liess es die Beschwerdeführerin in vier Fällen bis zur Konkursandrohung kommen, und in dem Fall, welcher zum heute zu beurteilenden Konkurs führte, ging es gar nur um knapp Fr. 900.--.

Alles in Allem erscheint die Beschwerdeführerin nicht klar zahlungsunfähig. Nimmt man zu ihren Gunsten an, dass weniger Probleme des Betriebs als administrative Unsorgfalt zu den Ausständen führten (was auch plausibel ist aufgrund der wenig professionellen Art, wie sie dieses Beschwerdeverfahren führte), kann die Zahlungsfähigkeit im Sinne des Gesetzes gerade noch als glaubhaft gemacht gelten.

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin muss sich aber klar sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

6. 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. Die Kosten des Konkursrichters sind aus dem beim Konkursamt geleisteten, die

des Beschwerdeverfahrens aus dem bei der Obergerichtskasse einbezahlten Vorschuss zu beziehen.

**Es wird beschlossen:**

Die Frist zur Beschwerde wird für das verspätet eingereichte Dokument act. 16 wieder hergestellt.

**Sodann wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und das Urteil vom 8. September 2011, mit welchem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, wird aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und aus dem geleisteten Kostenvorschuss bezogen.  
Auch die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'050.-- (Fr. 1'000.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt, Fr. 1'400.-- vom Konkursrichter überwiesen) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Rest auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung dieses Urteils und des vorstehenden Beschlusses an die Parteien (an die Beschwerdegegnerin unter Beilage von Doppeln des act. 1, 8 und 14) sowie an das Konkursgericht des Bezirkes Zürich und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt D.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid (Beschluss und Urteil) 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:

lic. iur. K. Wili

versandt am: