

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180231-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber  
lic. iur. M. Isler

## Urteil vom 18. Dezember 2018

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**GastroSocial Pensionskasse,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Uster  
vom 27. November 2018 (EK180449)

## **Erwägungen:**

### **I.**

Am 27. November 2018 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Uster auf Begehren der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin vom 24. Oktober 2018 nach vorangegangener Betreuung (Betreibungen Nr. 1 und 2 des Betreibungsamtes Dübendorf) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 und 6). Diese erhob dagegen mit Eingabe an das Obergericht vom 4. Dezember 2018 rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben (act. 2; Beilagen: act. 3 und 4/1–2).

Mit Verfügung vom 5. Dezember 2018 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert. Die Schuldnerin wurde auf die Möglichkeit hingewiesen, die Beschwerdeschrift innerhalb der am 13. Dezember 2018 ablaufenden Rechtsmittelfrist zu ergänzen (act. 10).

Mit Eingabe vom 11. Dezember 2018 ergänzte die Schuldnerin die Beschwerdebegründung hinsichtlich ihrer Zahlungsfähigkeit (act. 12; Beilagen: act. 13/1–6). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens stellte sie bei der Obergerichtskasse sicher (act. 14).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1–14).

### **II.**

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 Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. 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 Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkun-

den nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurs-  
hindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn  
sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können  
hingegen keine gewährt werden (BGE 136 III 294, 139 III 491).

### III.

Der Beweis der (nachträglichen) Schuldtilgung ist erbracht. Die Schuldnerin be-  
legt mit Kopien von vier Postquittungen, dass sie am 4. Dezember 2018 für die  
Beschwerdegegnerin insgesamt Fr. 7'934.55 eingezahlt hat (act. 4/1). Dieser Be-  
trag übersteigt den im Rahmen der Betreibungen Nr. 1 und 2 geschuldeten Betrag  
von Fr. 4'066.45 (Zinsen und Betreibungskosten eingeschlossen) bei Weitem. Die  
Schuldnerin weist sodann mit einer Bestätigung des Konkursamtes Dübendorf  
nach, dass sie bei diesem einen Kostenvorschuss von Fr. 700.– geleistet hat und  
dass dieser die im Fall einer Aufhebung des Konkurses anfallenden Kosten des  
Konkursamtes (inkl. Kosten des Bezirksgerichtes Uster) deckt (act. 4/2).

Damit liegt ein Konkursaufhebungsgrund im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1  
SchKG (Schuldtilgung) vor. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldne-  
rin.

### IV.

#### 1.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit  
welchen der Schuldner seine Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedi-  
gen kann. Der Schuldner hat aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufen-  
den Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehen-  
den Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen  
den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich,  
wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erken-  
nen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare

Veränderungen, die dem Schuldner die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Sie müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass die bloss vorübergehende Natur der gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten wirklich glaubhaft ist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl., Art. 174 N 13).

## 2.

**2.1.** Die Schuldnerin ist seit mm.2011 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Handelsregister eingetragen. Registrierter Zweck sind der Betrieb einer ...-unternehmung samt ... von Waren aller Art; ferner ... jeglicher Art (act. 7). Die Schuldnerin macht geltend, den Kunden frisch zubereitete Speisen wie Döner Kebab, Pizza und weitere Snacks anzubieten und auch Getränke zu haben (act. 12). Schon am tt.mm.2016 wurde einmal der Konkurs über sie eröffnet, mit Urteil des Obergerichts vom 11. April 2016 jedoch wieder aufgehoben (act. 7).

**2.2.** In der Buchhaltung 2017 weist die Schuldnerin per Ende Dezember kurzfristig verfügbare Mittel von insgesamt **Fr. 1'825.71** (Kasse) und kurzfristige Verbindlichkeiten von **Fr. 50'152.65** aus (act. 13/2):

	(Fr.)
Verbindlichkeiten für Material	1'808.60
Kreditor AHV	23'902.55
Kreditor BVG	9'094.27
Kreditor UV	1'500.00
Kreditor MWST	<u>13'847.23</u>
	50'152.65

Gemäss provisorischer Buchhaltung für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2018 beliefen sich die kurzfristig verfügbaren Mittel Ende September auf **Fr. 21'520.92** (Fr. 21'047.95 Kasse + Fr. 472.97 Bankkonto). Die verbuchten kurzfristigen Verbindlichkeiten beliefen sich auf **Fr. 54'472.96** (act. 13/4):

	(Fr.)
Verbindlichkeiten für Material	1'808.60
Kreditor AHV	23'902.55
Kreditor BVG	9'094.27
Kreditor UV	1'500.00
Kreditor MWST	<u>18'167.54</u>
	54'472.96

In der Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 11. Dezember 2018 beziffert die Schuldnerin ihre liquiden Mittel auf **Fr. 21'047.95** (act. 12). Das Bankkonto wies per 30. November 2018 einen Schlussaldo zu Lasten der Schuldnerin von Fr. 1'706.31 auf (act. 13/6).

Die kurzfristigen Verbindlichkeiten waren gemäss den eingereichten Buchhaltungen Ende 2017 zu 3,6 % durch liquide Mittel gedeckt, Ende September 2018 zu 39,5 %. Der aktuelle Deckungsgrad ist unbekannt.

**2.3.** Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Dübendorf vom 3. Dezember 2018 weist für die Zeit ab März 2014 einschliesslich derjenigen, die zur aktuellen Konkursöffnung geführt haben, 60 betreibungsrechtliche Ereignisse mit einer Forderungssumme (ohne Zinsen und Kosten) von rund Fr. 108'500.– aus (act. 4/4):

<u>Anzahl Betreibungen</u>	<u>Summe Forderungen / Fr.</u>	<u>Status</u>
26	47'147.90	Bezahlt an Betreibungsamt
4	5'919.70	Bezahlt an Gläubiger
16	32'041.70	Verlustschein nach SchKG 115
5	8'863.00	Pfändung
6	7'996.00	Konkursandrohung
<u>3</u>	<u>6'538.92</u>	Betreibung eingeleitet
60	108'507.22	

Nach Abzug der 30 als getilgt ausgewiesenen Positionen (Fr. 47'147.90 + Fr. 5'919.70) und der beiden der aktuellen Konkursöffnung zugrunde liegenden Betreibungsforderungen (Fr. 1'806.25 + Fr. 1'822.65) bleiben Forderungen von Fr. 51'810.72 (ohne Zinsen und Kosten).

Offen sind laut Betreibungsregisterauszug – ohne jene, die der Konkursöffnung zugrunde liegen – folgende 12 Verfahren:

<u>Betr.-Nr.</u>	<u>Datum</u>	<u>Gläubiger</u>	<u>Forderung / Fr.</u>	<u>Status</u>
3	12.12.17	Schw. Eidgenossenschaft (MWST)	1'004.87	Betreibung eingeleitet
4	13.02.18	Kanton Aargau (Quellensteuern)	441.20	Pfändung

5	14.03.18	B._____ AG	1'247.00	Konkursandrohung
6	21.03.18	Schw. Eidgenossenschaft (MWST)	1'895.35	Betreibung eingeleitet
7	28.05.18	SVA	3'639.20	Pfändung
8	28.05.18	SVA	3'977.45	Pfändung
9	06.07.18	SVA	645.15	Pfändung
10	11.07.18	C._____ AG	615.25	Konkursandrohung
11	24.08.18	SVA	3'638.70	Betreibung eingeleitet
12	11.09.18	GastroSocial Pensionskasse	1'829.85	Konkursandrohung
13	15.10.18	Stadt ...	160.00	Pfändung
14	19.10.18	D._____ GmbH	<u>675.00</u>	Konkursandrohung
			19'769.02	

Die Forderung der GastroSocial Pensionskasse (Beschwerdegegnerin) von Fr. 1'829.85 dürfte mit den von der Schuldnerin am 4. Dezember 2018 getätigten Posteingängen (vgl. vorn Erw. III) getilgt sein, so dass offene Betreibungsforderungen von **Fr. 17'939.17** bleiben.

Nicht getilgt sind gemäss Betreibungsregister sodann 15 Verlustscheine im Gesamtbetrag von **Fr. 35'164.30** (einschliesslich Zinsen und Kosten) (act. 13/1 S. 6).

**2.4.** Aufgrund der vorliegenden Unterlagen muss davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin zurzeit nicht in der Lage ist, ihre kurzfristigen Verbindlichkeiten zu tilgen.

**2.5.** Zu prüfen bleibt, ob hinreichende Anzeichen dafür bestehen, dass die Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehend sind und die Schuldnerin ihre Verbindlichkeiten in absehbarer Zeit wird abtragen können:

Die Buchhaltung 2017 der Schuldnerin weist einen Jahresgewinn von **Fr. 18'269.06** aus (act. 13/2; vgl. auch die Steuererklärung 2017, act. 13/3). Der Gewinn in den ersten drei Quartalen des Jahres 2018 belief sich gemäss der provisorischen Buchhaltung 2018 auf total Fr. 15'434.57 (act. 13/4). Weil in der Buchhaltung zahlreiche Aufwandpositionen nicht erfasst sind, welche gemäss der

Vorjahresbuchhaltung noch anfallen dürften, lässt sich dieser Betrag nicht telquel auf das Jahresergebnis hochrechnen; dieses bleibt ungewiss. Das Vorjahresergebnis dürfte es nicht übersteigen.

Für die Richtigkeit des in der Eingabe vom 11. Dezember 2018 genannten aktuellen Bestandes der liquiden Mittel von Fr. 21'047.95 gibt es keine Anhaltspunkte. Dass der Betrag exakt dem in der Buchhaltung per 30. September 2018 angegebenen Kassenbestand entspricht, weckt erhebliche Zweifel.

Bei Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigt sich die Erwartung nicht, es werde der Schuldnerin in absehbarer Zeit gelingen, ihre kurzfristigen Verbindlichkeiten abzutragen und gleichzeitig die laufenden Kosten zu decken. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Buchhaltungen 2017 und 2018 mit Ausnahme des Kreditors MWST (und des Gewinns) identische Passiven ausweisen (act. 13/2 und 13/4). Dies weckt Zweifel an der Zuverlässigkeit der Buchhaltung 2018.

**2.6.** Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit nicht glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist abzuweisen. Das von der Schuldnerin mit Eingabe vom 11. Dezember 2018 erneuerte Gesuch, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 12), wird mit dem Entscheid in der Sache gegenstandslos.

## V.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin für das Beschwerdeverfahren kostenpflichtig. Der Beschwerdegegnerin sind keine Umtriebe entstanden, die es zu entschädigen gälte.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr 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, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 12, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dübendorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und das Betreibungsamt Dübendorf, 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:

lic. iur. M. Isler

versandt am: