

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160138-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiberin MLaw N. Seebacher.

## Urteil vom 8. August 2016

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Sammelstiftung B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 13. Juli 2016 (EK161016)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz in Zürich, welche im Wesentlichen die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Werbung, Kommunikation, Kreation, Realisation und Marketing bezweckt (act. 5).

2. Am 13. Juli 2016, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend Vorinstanz) für folgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3 = act. 6 = act. 7/8):

CHF	23'098.50	nebst Zins zu 5 % seit 11.11.2015 abzüglich TZ vom 12.04.2016 von CHF 16'000.00
CHF	540.65	Zins bis 10.11.2015
CHF	300.00	Betreibungsspesen
CHF	284.60	Betreibungskosten

3. Gegen dieses Urteil erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 22. Juli 2016 rechtzeitig (vgl. act. 11) bei der Kammer Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2 S. 1). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 23. Juli 2016 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Zudem wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 8), welcher fristgerecht geleistet wurde (act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-12). Das Verfahren ist spruchreif.

## II.

1. 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 Konkurshinderungsgründe (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 Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er 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 mittels einer Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4, dass sie die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung (Betreibung Nr. ...) am 19. Juli 2016 an das Betreibungsamt bezahlt hat (act. 4/4A). Die Zahlung der Forderung wurde von der Gläubigerin mit Schreiben vom 20. Juli 2016 bestätigt (act. 4/5). Im Weiteren hat die Schuldnerin beim Konkursamt Aussersihl-Zürich am 15. Juli 2016 zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'200.– sichergestellt (act. 4/6). Zudem wurde für die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ein Kostenvorschuss von Fr. 750.– geleistet (act. 10). Der Konkurshinderungsgrund der Tilgung bzw. 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. Der Schuldner muss seine finanziellen Verhältnisse zumindest in groben Zügen offen legen und anhand der Einnahmen und Ausgaben sowie der liquiden Mittel angeben, wie er die anstehenden Schulden bezahlen kann. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen,

sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein aber nicht. Er 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). Namentlich muss der Schuldner nachweisen, dass gegen ihn kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkurs- oder in einer Wechselbetreibung hängig ist und dass keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen. Zahlungsfähig ist der Schuldner, wenn er über ausreichende liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden verfügt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen einen Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A\_912/2013 E. 3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner 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).

2.2.1 Aus dem Auszug der Schuldnerin aus dem Betreibungsregister des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 19. Juli 2016 (act. 4/12) ergeben sich neben der Konkursforderung (Betreibung Nr. ...) insgesamt 28 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 158'238.65), wobei zwei Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 9'219.15) erloschen sind. In 4 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 30'530.25) wurde die Forderung durch Bezahlung an das Betreibungsamt getilgt und in 4 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 8'656.65) resultierte nach Verwertung eine volle Befriedigung des Gläubigers. Sodann wurde in 5 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 35'216.-) der Zahlungsbefehl zugestellt und in 2 Betreibungen (Gesamtbetrag Fr. 14'226.05) öffentlich-rechtlicher Gläubiger wurde die Verwertung eingeleitet. Zudem wurde in 11 Betreibungen öffentlich-rechtlicher Gläubiger (Gesamtbetrag Fr. 47'745.30) ein Ver-

lustschein nach Art. 149 SchKG ausgestellt. Insgesamt bestehen damit offene Beitreibungen gegen die Schuldnerin in Höhe von Fr. 49'442.05 und offene Verlustscheine über insgesamt Fr. 47'745.30.

2.2.2 Die Schuldnerin führt zunächst zu den Umständen, die zur Konkursöffnung geführt haben, aus, in der Familie ihres Geschäftsführers habe es innert kurzer Zeit zwei Todesfälle gegeben, weshalb es dieser aus familiären Gründen versäumt habe, die Geschäfte der Gesellschaft zu überwachen und dem drohenden Konkurs die nötige Beachtung zu schenken. Zudem habe er sich bezüglich des Datums der Konkursverhandlung geirrt (act. 2 S. 2). Zu ihrer Zahlungsfähigkeit führt die Schuldnerin sodann aus, sie verfüge über genügend solvente Debitoren aus gestellten Rechnungen für erbrachte Werbedienstleistungen. Aufgrund der beiden Todesfälle in der Familie des Geschäftsführers habe sie erst am 20. Mai 2016 begonnen, Rechnungen für erbrachte Leistungen zu stellen. Bis zum 11. Juli 2016 habe sie Rechnungen über insgesamt Fr. 160'318.60 gestellt und an langjährige Werbekunden wie C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ AG versandt (act. 2 S. 3), wobei sie als Beleg 18 von ihr zwischen dem 20. Mai 2016 und dem 11. Juli 2016 gestellte Rechnungen über insgesamt Fr. 160'318.60 ins Recht reicht (act. 4/7/1; act. 4/7/3-20). Zudem macht sie geltend, die in Rechnung gestellten Beträge würden erfahrungsgemäss innert 30 – 60 Tagen eingehen, so dass im Verlaufe des Monats August 2016 mit dieser Liquidität zu rechnen sei. Seit der Konkursöffnung am 13. Juli 2016 seien zudem drei der offenen Rechnungen im Umfang von Fr. 6'820.75 bereits einbezahlt worden, sodass heute noch Fr. 153'497.85 ausstehend seien. Ihr Kontostand bei der UBS Zürich weise per 21. Juli 2016 einen Saldo von Fr. 5'558.32 auf (act. 2 S. 3), was sie mit dem entsprechenden Kontoauszug belegt (act. 4/7/2). Zur Einbringlichkeit der offenen Debitoren führt die Schuldnerin weiter aus, aus der Rechnungskontrolle des Jahres 2015 ergebe sich, dass die genannten Kunden auch bereits 2015 zu ihren Werbekunden gezahlt hatten und sie damals ihre Rechnungen beglichen hätten. Es bestünde kein Zweifel, dass die genannten Debitoren ihre aktuell offenen Rechnungen begleichen würden (act. 2 S. 3), wobei sie hierzu eine als *"Auflistung – Zahlungsdauer im Geschäftsjahr 2015"* bezeichnete Aufstellung einreicht, gemäss der 19 von ihr im Jahr 2015 an 5 verschiedene Kunden (C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_,

E.\_\_\_\_\_ AG, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_) gestellte Rechnungen zwischen 7 und 51 Tage nach Rechnungstellung bezahlt worden sind (act. 4/8). Ausserdem legt die Schuldnerin eine Email vom 21. Juli 2016 vor, in welcher H.\_\_\_\_\_ bestätigt, dass die an die C.\_\_\_\_\_ gestellte Schlussrechnung für eine Sicherheitskampagne bei dieser eingegangen sei und schnell beglichen würde (act. 4/9), wobei die Schuldnerin diesbezüglich ausführt, es handle sich dabei um eine am 5. Juli 2016 gestellte Rechnung über Fr. 42'390.– (act. 2 S. 4; vgl. act. 4/7/1; act. 4/7/17). Schliesslich bringt die Schuldnerin vor, sie verfüge ausserdem über verrechenbare Honoraransprüche aus laufenden aber noch nicht fakturierten Werbeaufträgen in Höhe von Fr. 126'000.–, welche nach Abschluss der Aufträge unverzüglich in Rechnung gestellt würden (act. 2 S. 3 f.); hierzu reicht sie eine entsprechende, von ihrem Geschäftsführer unterzeichnete Aufstellung ins Recht (act. 4/10). Desweiteren bestünden mehrere Anfragen für neue Werbeaufträge, welche bei Vergabe an die Schuldnerin im Verlaufe des Herbstes abgearbeitet würden (act. 2 S. 4).

Sodann bringt die Schuldnerin zu ihrer Kostenstruktur vor, sie sei eine junge "Ein-Personen-GmbH", wobei ihr einziger Angestellter ihr Geschäftsführer sei, welcher als Angestellter auch ihr Hauptgläubiger sei. Bei Engpässen sei er jedoch stets bereit, auf seine Lohnforderungen ganz oder teilweise zu verzichten, um Drittgläubiger vorrangig zu bedienen (act. 2 S. 5). Gemäss einer von der Schuldnerin vorgelegten und von ihrem Geschäftsführer unterzeichneten Aufstellung vom 22. Juli 2016 belaufen sich die monatlichen Kosten der Schuldnerin (u.a. für Lohn des Geschäftsführers, Miete Büro und Lager/Archiv, Handyvertrag, Telefon/Internet, Geschäftsfahrzeug) auf Fr. 11'360.– (act. 4/13 S. 3). Zudem bestanden bei Konkurseröffnung offene Rechnungen der Schuldnerin von insgesamt Fr. 28'755.05 (act. 4/13 S. 2).

2.2.3 Zur Abtragung der bestehenden Schulden führt die Schuldnerin aus, sie sei in der Lage sämtliche offenen Betreibungen und bestehenden Verlustscheine aus dem bereits fakturierten Umsatz 2016 zu tilgen. Insbesondere erlaube ihr der zeitnahe Eingang der Fr. 42'390.– aus der Rechnung vom 5. Juli 2016 an die C.\_\_\_\_\_ die sofortige Erledigung der weit gediehenen Betreibungen. Mit Blick auf

die per heute offenen Kreditoren und monatlichen Betriebskosten seien nach Tilgung sämtlicher Schulden sodann auch die reinen Betriebskosten bis Ende 2016 gedeckt. Aus den noch nicht fakturierten Honoraren von Fr. 126'000.– könne sodann – nach erfolgter Tilgung der Betreibungen und Verlustscheine – der Lohn ihres Geschäftsführers für die Monate Juli bis Dezember 2016 bezahlt und die auf den Umsatz 2016 geschuldete MwSt vollständig abgeführt werden. Ihr Geschäftsführer erkläre sich ausserdem bereit, im Falle der Aufhebung des Konkurses seine Lohnforderungen bis zur Tilgung sämtlicher Schulden hintanzustellen (act. 2 S. 4 f.).

2.2.4 Aufgrund dieser von der Schuldnerin glaubhaft dargestellten Finanzlage ist vorliegend deren Zahlungsfähigkeit zu bejahen. Zwar fehlt in der als "*Liquiditätsplanung A. \_\_\_\_\_ GmbH per 21. Juli 2016*" bezeichneten Aufstellung (act. 4/13) der Schuldnerin die Betreibung Nr. ... über Fr. 858.90, doch ist glaubhaft, dass es der Schuldnerin möglich ist, aus den bereits fakturierten Leistungen in Höhe von Fr. 153'497.85 die offenen Betreibungs- und Verlustscheinforderungen von insgesamt Fr. 97'187.35 (Fr. 49'442.05 + Fr. 47'745.30) zu begleichen. Ausserdem ist glaubhaft, dass die Schuldnerin in der Lage ist, aus dem restlichen Guthaben sowie aus den Einnahmen der laufenden, aber noch nicht fakturierten Aufträge von Fr. 126'000.– neben den laufenden Ausgaben von bis Ende 2016 Fr. 136'320.– (6 x Fr. 11'360.–) auch die offenen Kreditoren von Fr. 28'755.05 sowie die auf dem Umsatz 2016 anfallende MwSt von Fr. 21'111.– zu bezahlen. Dies gilt umso mehr, als die Schuldnerin glaubhaft gemacht hat, dass sie bereits weitere Aufträge in Aussicht hat. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit zu bejahen bzw. zumindest als wahrscheinlicher einzustufen, als ihre Zahlungsunfähigkeit. Deshalb ist die Beschwerde gutzuheissen und der Konkurs aufzuheben.

### III.

1. Durch die verspätete Zahlung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Konkursamtes, die Kosten des Beschwerdeverfah-

rens und die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes zu tragen. 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 13. Juli 2016, 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 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 ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. 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.

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

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am:  
8. August 2016