

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. S. Mazan und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Leitender  
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hinden

## Urteil vom 23. Januar 2018

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich vom  
4. Januar 2018 (EK172037)

### **Erwägungen:**

#### 1. Einleitung, Prozessgeschichte

Mit Urteil vom 4. Januar 2018 eröffnete das Bezirksgericht Zürich den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Schuldnerin) (act. 5 = act. 6/9). Der Entscheid wurde der Schuldnerin am 5. Januar 2018 zugestellt (act. 6/12). Sie hinterlegte am 8. Januar 2018 beim Konkursamt Unterstrass-Zürich CHF 1'400.00 als Vorschuss für die Kosten des Konkursverfahrens (act. 16/35). Am 12. Januar 2018 hinterlegte sie bei der Kasse des Obergerichts für die Forderung CHF 8'250.00 sowie als Vorschuss für die Kosten CHF 750.00 (act. 16/36). Mit Eingabe vom 15. Januar 2018 (Datum Poststempel; Originaleingabe act. 13, Vorabfax act. 2) erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 13 S. 2):

1. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren;
2. Die mit Urteil vom 4. Januar 2018, 10.00 Uhr, ausgesprochene Konkurseröffnung sei aufzuheben;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

Mit Verfügung vom 16. Januar 2018 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

#### 2. Argumente der Schuldnerin und Würdigung

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Rechtsmittelverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und 139 III 491). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt wer-

den können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine finanzielle Verbesserung ihrer Situation zu erkennen sind oder sie auf unabsehbare Zeit illiquid erscheint (OGer ZH, PS 110198). Nach der Praxis der Kammer ist die Zahlungsfähigkeit zu bejahen, wenn der Schuldner glaubhaft gemacht hat, dass er die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch seine Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS140068).

Die Schuldnerin stützt ihre Behauptung, zahlungsfähig zu sein, im Wesentlichen auf rudimentäre Zahlen zu laufendem Umsatz und Unkosten. Sie ist aber nicht in der Lage, eine Bilanz vorzulegen. Die Bilanzen 2016 und 2017 seien bisher noch nicht erstellt worden. Es ist deshalb nicht ohne weiteres möglich, sich einen Überblick über die finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin zu verschaffen. Offenbar haben auch die Verantwortlichen der Schuldnerin diesen Überblick nicht. Anders ist es nicht zu erklären, dass bei der Schuldnerin bei einem glaubhaft gemachten Umsatz von durchschnittlich rund 100'000 Franken pro Monat und durchschnittlichen Unkosten von rund 70'000 Franken erhebliche Zahlungsausstände auflaufen konnten. Der Betreuungsauszug weist zwölf Einträge mit einem Gesamtbetrag von CHF 86'798.65 auf (davon bezahlt: 18'334.30, Betreuung eingeleitet: 54'348.50, Konkursandrohung: 12'240.15, Rechtsvorschlag: 1'875.70). Auch wenn die Behauptung der Schuldnerin stimmt, wonach die Forderung der C.\_\_\_\_\_ Inkassostelle (CHF 698.00) bezahlt wurde und die Forderung der D.\_\_\_\_\_ (CHF 4'316.50) nur wegen der aktuellen Konkurseröffnung nicht beglichen werden konnte, bleiben immer noch betriebene Ausstände von CHF 63'449.85, die unbestrittenermassen geschuldet sind. Die Schuldnerin versucht dies zu Unrecht zu relativieren, indem sie von "ein paar Betreibungen" spricht und geltend macht, für die grösste Forderung, nämlich den Ausstand von CHF 39'749.70 (Mehrwertsteuer), sei sie nicht verantwortlich. Sie macht geltend, die Schuldnerin sei von den aktuellen Gesellschaftern im Oktober 2016 über-

nommen worden. Die Mehrwertsteuerschuld sei vorher entstanden, weshalb für die Begleichung der Rechnung die ehemaligen Gesellschafter verantwortlich seien. Dies ist unzutreffend, da es sich um eine Verbindlichkeit der Schuldnerin handelt, die unabhängig davon ist, wer gerade Gesellschafter ist.

Ginge man von einem offenen Betrag von gut 60'000 Franken und von monatlichen Einnahmen (nach Abzug der Unkosten) von rund 30'000 Franken aus, so wäre ohne weiteres glaubhaft gemacht, dass die Schuldnerin die ausstehenden Verbindlichkeiten innert zwei Jahren begleichen kann. Mangels Vorlage einer Bilanz sind die übrigen Forderungen der Gesellschaft, die bisher nicht zu einer Betreuung geführt hatten, unbekannt. Diese können beträchtlich sein. Jedenfalls wäre dies eine Erklärungsgrundlage für den Umstand, dass die Schuldnerin beim vorliegenden Umsatz und Einnahmenüberschuss auch für einen relativ kleinen Betrag wie die Forderung der B.\_\_\_\_\_ von CHF 9'212.50 eine Abzahlungsvereinbarung schliessen musste. Dies lässt erhebliche Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin aufkommen.

Die Schuldnerin erklärt die Zahlungsrückstände damit, dass zwei der drei Gesellschafter unberechtigtweise mindestens rund 130'000 Franken aus der Gesellschaftskasse genommen hätten. Diese Bezüge seien nachträglich als Darlehen deklariert worden. Der dritte Gesellschafter arbeite mit Hochdruck an der Rückführung der Gelder. Trifft dies zu, sind nicht übermässige Verbindlichkeiten, sondern hohe und nicht gerechtfertigte Bezüge der Gesellschafter für die aktuelle Situation verantwortlich. Können diese gestoppt werden und beginnt die Schuldnerin eine ordnungsgemässe Buchhaltung zu führen, ist eine Verbesserung der Lage nicht unwahrscheinlich. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung kann von einer knapp glaubhaft gemachten Zahlungsfähigkeit ausgegangen werden. Käme es später wiederum zu einer Konkurseröffnung, könnte die Schuldnerin nicht mehr mit einer so wohlwollenden Würdigung rechnen. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der Konkurs ist aufzuheben.

3. Prozesskosten

Trotz Gutheissung der Beschwerde sind die Kosten der Vorinstanz sowie des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie durch die verspätete Hinterlegung die Verfahren verursacht hat (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 4. Januar 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf CHF 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von CHF 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Unterstrass-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'800.00 (CHF 1'400.00 Zahlung der Schuldnerin sowie CHF 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin CHF 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Kasse des Obergerichts wird angewiesen, von dem von der Schuldnerin für die Forderung hinterlegten Betrag von CHF 8'250.00 der Gläubigerin CHF 8'201.50 auszusahlen. Der Rest von CHF 48.50 ist der Schuldnerin auszusahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Unterstrass-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 6, 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

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic.iur. M. Hinden

versandt am: