

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190140-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

## Urteil vom 1. Oktober 2019

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_ und / oder Rechtsanwältin  
Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf  
vom 13. August 2019 (EK190315)

### **Erwägungen:**

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) bezweckt die Führung von Restaurations- und Hotelleriebetrieben und die Erbringung aller damit zusammenhängender Dienstleistungen (act. 5).

1.2 Das Konkursgericht Dielsdorf eröffnete mit Urteil vom 13. August 2019, 10:00 Uhr, den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 2'250.70 nebst Zins zu 5 % seit 17. Februar 2019, Fr. 150.– bisherige Umtriebsspesen und Fr. 146.60 Betreuungskosten (act. 3).

1.3 Dagegen führt die Schuldnerin rechtzeitig (act. 6/5 i.V.m. act. 12 S. 1) Beschwerde und beantragt die Aufhebung der Konkursöffnung sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 12 S. 2; act. 2).

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-5). Mit Verfügung vom 26. August 2019 (act. 17) wurde der Beschwerde der Schuldnerin die aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Dieser wurde innert Frist geleistet (act. 23). Die nach Ablauf der Beschwerdefrist (26. August 2019, act. 6/5, Art. 174 SchKG) noch eingereichten Unterlagen (act. 21 und act. 22) können nicht berücksichtigt werden. Das Verfahren ist spruchreif.

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung aufheben, wenn die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass die Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten getilgt ist, der geschuldete Betrag bei der Rechtsmittelinstanz zuhänden des Gläubigers hinterlegt ist, oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. 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 Konkursaufhebungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. durch Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde

Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491).

2.2 Die Schuldnerin belegt mittels einer Zahlungsquittung, dass sie in der Betreuung Nr. ... am 19. August 2019 einen Betrag von Fr. 2'617.20 beim zuständigen Betreibungsamt Furttal bezahlt hat (act. 4/2 = act. 15/4 und act. 7). Dieser Betrag deckt die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten. Die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes hat die Schuldnerin beim Konkursamt Dielsdorf mit einer Zahlung von Fr. 1'140.– sichergestellt (act. 4/3). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachgewiesen.

2.3.1 Neben dem Konkursaufhebungsgrund der Tilgung hat die Schuldnerin aber auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende, liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren aktuellen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (statt vieler OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen eine Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3 je m.w.H.).

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 Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht zur Überzeugung gelangen kann, dass die Behauptungen zutreffend sind, auch wenn das Gegenteil noch für möglich gehalten wird. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache mit anderen Worten dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 ff., E. 3.1). Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung heisst dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt an der Schuldnerin, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, ihre Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3 m.w.H.).

2.3.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Aus dem von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsregisterauszug vom 15. August 2019 (act. 9) ergeben sich keine Verlustscheine, aber – neben der Konkursforderung – weitere sechs im Jahre 2019 eingeleitete Betreibungen sowie eine von Februar 2017. Von diesen sieben Betreibungen befindet sich eine im Stadium der Konkursandrohung und sechs im Stadium des Rechtsvorschlages.

In der Betreibung, in welche der Konkurs angedroht wurde, hat die Schuldnerin per 19. August 2019 beim Betreibungsamt Furttal den Endbetrag bezahlt, sodass nun der in Betreibung gesetzte Betrag samt Zinsen, Betreibungs- und Inkassokosten vollumfänglich bezahlt ist (act. 15/5).

In Bezug auf die Betreibung über Fr. 4'452.15 bestätigte die Gläubigerin der Schuldnerin mit Schreiben vom 17. Juni 2019 die vollumfängliche Begleichung

der Betreuung und erklärte sich damit einverstanden, dass die Schuldnerin unter Vorlage jenes Schreibens und unter Übernahme sämtlicher daraus entstehender Kosten beim Betreibungsamt die Löschung dieser Betreuung beantrage (act. 9 S. 3 i.V.m. act. 15/6).

In Bezug auf die Betreuung der Kontrollstelle für den L-GAV des Gastgewerbes in der Höhe von Fr. 860.50 macht die Schuldnerin zwar geltend, alle offenen Betreibungen seien entweder bezahlt, erloschen oder sie habe eine (andere) Lösung gefunden (act. 12 Rz. 7). Den in Aussicht gestellten Beleg ("Beilage 6a") reichte sie jedoch trotz entsprechenden Hinweises (act. 16) nicht ein.

Die Wahrscheinlichkeit, dass die Betreuung von Februar 2017 über Fr. 602.10 noch fortgesetzt werden könnte, ist mit Blick auf Art. 88 Abs. 2 SchKG gering. Dasselbe gilt auch für die Betreuung über Fr. 6'000.–, zumal die betreibende Gläubiger (C.\_\_\_\_\_ in Liquidation) selber in Liquidation ist (act. 9 S. 2) und die Schuldnerin geltend macht, diese habe die Buchhaltung für sie erstellt und dies nur ungenügend, namentlich habe sie die Steuererklärungen nicht eingereicht (act. 12 Rz. 7). Da von den betreffenden Gläubigerinnen zumindest bis zum 15. August 2019 keine weiteren registerwirksamen Inkassoschritte unternommen worden sind, können diese Betreibungen unberücksichtigt bleiben.

In Bezug auf die beiden grössten Betreibungen, beide von der Eidgenössischen Steuerverwaltung (nachfolgend: ESTV) über insgesamt Fr. 31'531.24 (Fr. 17'600.– + Fr. 13'931.24), macht die Schuldnerin geltend, diese beträfen ihre Mehrwertsteuerpflicht der Jahre 2017 und 2018. Sie sei in diesen Jahren zu hoch eingeschätzt worden, da die damalige Buchhaltung (D.\_\_\_\_\_) die Steuererklärungen nicht eingereicht gehabt habe. Am 23. August 2019 seien die Abrechnungen für 2017 und 2018 eingereicht worden. Die effektive Steuer betrage für das Jahr 2017 nur Fr. 7'688.40 und für das Jahr 2018 nur Fr. 14'911.85, das heisst total Fr. 22'600.25. Sie bezahle schon seit 2017 Akontobeiträge für die MWST, insgesamt habe sie Fr. 2'141.11 bezahlt (act. 12 Rz. 7). - Aus dem eingereichten Kontoauszug der ESTV (act. 15/9a) geht hervor, dass die Schuldnerin im Jahre 2019 die beiden Betreibungsforderungen im Umfang von Fr. 2'141.11 getilgt hat. Aus den Schreiben der ESTV vom 13. Dezember 2018 und 4. Januar 2019 ist ersicht-

lich, dass die Schuldnerin mangels eingereichter Abrechnungen für das zweite Semester 2017 und für das erste Semester 2018 auf Fr. 15'400.– und Fr. 17'600.– eingeschätzt worden war. Diese Schätzungen können mittels nachträglich eingereichter Abrechnungen innerhalb der Verjährungsfrist gemäss Art. 42 Abs. 1 MWSTG korrigiert werden (act. 15/9). Die Schuldnerin reichte offenbar eine solche nachträgliche Abrechnung mit Datum vom 23. August 2019 ein (act. 15/10). Darin deklarierte sie Umsätze von Fr. 150'753.– resp. Fr. 292'389.–, der zu dem von ihr berechneten Mehrwertsteuerbetrag von insgesamt Fr. 22'600.25 führte (act. 15/10 i.V.m. act. 15/9 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 MWSTG). Da die Betreuungsforderungen auf einer Ermessens-Einschätzung der Schuldnerin basieren und die Schuldnerin mit Eingabe vom 23. August 2019 erstmals konkrete Umsatzzahlen der erwähnten Semester deklarierte, ist glaubhaft, dass sich die Schuld gegenüber der ESTV insgesamt auf (nur) Fr. 20'459.14 (Fr. 7'688.40 + Fr. 14'911.85 - Fr. 2'141.11) beläuft.

Somit ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin bestehende Schulden von etwas über Fr. 20'000.– abzutragen hat.

2.4 Zu ihren aktuellen finanziellen Verhältnissen äussert sich die Schuldnerin nicht, und auch nicht in groben Zügen. Sie legt auch nicht dar, welchen aktuell dringendsten Verpflichtungen sie nachkommen muss und welche liquiden Mitteln ihr hierfür zur Verfügung stehen. Sie behauptet zwar, die Inhaberin – einzige Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Schuldnerin (act. 5, nachfolgend: Geschäftsführerin) – betreibe das Restaurant seit Frühling 2011 und das Geschäft laufe gut; vor allem über Mittag sei das Restaurant stets voll besetzt (act. 12 Rz. 6; das entspricht einer informellen Mitteilung des zuständigen Konkurs-Sachbearbeiters, welche dieser noch während der Beschwerdefrist gegenüber dem Obergericht machte: act. 11). Das gibt aber erst einen sehr vagen Hinweis - auch ein Geschäft mit ansprechendem Publikums-Interesse kann defizitär sein. Immerhin weist der eingereichte Auszug über ein Bankkonto bei der Sparkasse E. \_\_\_\_\_ durchwegs einen positiven Saldo auf - bis zu einem Maximum im Juli dieses Jahres von Fr. 12'200.-- (act. 10). Der Auszug aus dem Betreibungsregister zeigt keine Zunahme der Betreibungen, also keine zunehmende Verschlechterung der Si-

tuation. Nicht schön ist das Bild, dass sie offenbar die laufenden Einkäufe für Lebensmittel und Getränke, für Verbrauchsmaterial und den Lohn des Kochs bezahlt, während sie Verpflichtungen gegenüber dem Staat und den Sozialversicherungen tendenziell vernachlässigt. Immerhin scheint sie - die erste der oben dargestellten Voraussetzungen - für den laufenden Betrieb über die Runden zu kommen.

Zum Zweiten, dem Abtragen der offenen Verpflichtungen: Die Schuldnerin reicht einen provisorischen Abschluss 2018 ein (act. 15/11). Dieser weist Ende 2018 flüssige Mittel von rund Fr. 51'000.-- aus neben Guthaben aus Kreditkartenzahlungen von Fr. 2'300.--. Der Abschluss vermerkt, es werde keine Kreditorenbuchhaltung geführt; das ist darum jedenfalls nicht unplausibel, weil im Gastro-Bereich Vieles bar abgewickelt zu werden pflegt - und wie bereits dargestellt, gibt es auch nicht allzu viele Betreibungen, und das ist ein Hinweis dafür, dass die Schuldnerin neben dem Lohn für ihren Angestellten die Lieferanten bezahlen kann (die registrierten Betreibungen betreffen Sozial-/Kontroll-Abgaben, Steuern und Versicherungen). Als Brutto-Ertrag für 2018 werden rund Fr. 292'000.-- genannt, neben einem Aufwand von rund Fr. 195'000.--. Ohne eine detaillierte Buchhaltung kann das nicht überprüft werden. Auffällig ist, dass unter den Ausgaben keine Miete ausgewiesen wird. Diese dürfte zu den Ausgaben hinzu kommen.

Immerhin ist der eingereichte, wenn auch wohl unvollständige Abschluss unterzeichnet und kann daher für eine gewisse Glaubhaftigkeit stehen. Damit ist der objektive Mangel, dass die liquiden Mittel nicht belegt sind, etwas weniger gravierend (die Schuldnerin sagt, sie habe wegen des Konkursbeschlages keine aktuellen Kontounterlagen erhältlich machen können - das ist nicht recht einzusehen, kann aber auch nicht vollständig ausgeschlossen werden, weil die Banken mitunter sehr und für Aussenstehende nicht letztlich verständlich restriktiv sind).

Nun ist der Ertragsüberschuss von rund Fr. 100'000.-- wie bereits erwähnt kaum der Gewinn. Drei Posten dürften anfallen: zum Einen sind die direkten Steuern überhaupt nicht erwähnt, und auch wenn diese vielleicht am Ende nicht sehr hoch sind, müssen sie berücksichtigt werden. Zum Anderen sind "Löhne" von Fr. 34'500.-- in einem ganzen Rechnungsjahr für ein Restaurant offenkundig

nicht ausreichend. Nach Darstellung der Schuldnerin beschäftigt sie in Service und Küche eine Person mit einem Pensum von 60% - das passt gut mit den ausgewiesenen Löhnen zusammen. Offenbar arbeitet aber auch sie persönlich sehr massgeblich im Betrieb mit (act. 12 Rz. 6). Die Schuldnerin führt denn auch aus, die Position Sozialversicherungsbeiträge enthalte jene für den Koch und für sie selbst, die Position "Löhne" umfasse aber nur den Lohn des zu 60% angestellten Kochs, sie selber zahle sich ihren Lohn nicht aus (act. 12 Rz. 8). Aus dem Brutto-Ertragsüberschuss muss also auch sie selber den Lebensunterhalt finanzieren. Die grösste Lücke in der Darstellung der Zahlungsfähigkeit betrifft denn auch diese Lebenskosten. Und die Kosten für die Miete des Lokals sind unbekannt, dürften aber ebenfalls anfallen. Allerdings ist beim Brutto-Ertragsüberschuss von rund Fr. 100'000.-- jedenfalls nicht unplausibel, dass die Schuldnerin ihren Unterhalt daraus bestreiten kann, auch wenn sie noch Miete und die direkten Steuern bezahlen muss.

Die Schuldnerin macht geltend, die Gesellschafterin wolle und werde in Zukunft monatlich Fr. 1'000.-- aus privaten Mitteln die Ratenzahlung für die ausstehenden Mehrwertsteuerschulden verwenden (act. 20/1). Dabei ist nicht klar und etwas widersprüchlich, aus was für Mitteln sie das tun will. Die Schuldnerin liess ihren Vertreter ausführen, die Fr. 1'000.-- werde die Gesellschafterin von deren Konto nehmen, welches "laufend mit Lohn gespiesen" werde (act. 19). Das widerspricht der Angabe, sie zahle sich ihren Lohn nicht aus - es dürfte allerdings nur eine ungeschickte Formulierung sein, weil die Schuldnerin ja erklärt hatte, der Betrieb zahle für sie Sozialabgaben. Vermutlich wollte sie sagen, sie zahle sich nicht regelmässig einen festen Lohn aus - aber weil sie offenbar vollzeitlich das Restaurant führt und auch Sozialabgaben abführt, bestreitet sie ihren Lebensunterhalt offenkundig aus dem Ertrag des Restaurants. Dass die Gesellschafterin bis zu Fr. 1'000.-- monatlich erübrigen kann, ist nicht weiter belegt, aber angesichts der ganzen Umstände nicht unplausibel. Überdies bedürfte es nicht einer fixen Verpflichtung zum Glaubhaftmachen, dass die aktuell offenen gut Fr. 20'000.-- innert längstens zweier Jahre abbezahlt werden können.

Alles in allem sind die Unterlagen zwar offenkundig unvollständig. Angesichts der Praxis, bei einer erstmaligen Konkursöffnung noch einen nicht allzu strengen Massstab anzulegen, kann die Zahlungsfähigkeit immerhin als gerade noch glaubhaft gemacht gelten. Die Schuldnerin muss sich aber bewusst sein, dass ein neuer Konkurs innert absehbarer Zeit ein gewichtiges Indiz *gegen* ihre Zahlungsfähigkeit bilden würde.

2.5 Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung erfüllt und ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, und das Konkursbegehren ist abzuweisen.

3. Die Gerichtskosten sind der Schuldnerin aufzuerlegen, welche durch die verspätete Zahlung das Verfahren in erster und zweiter Instanz verursacht hat.

Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben, und das Konkursbegehren wird abgewiesen.
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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Dielsdorf wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'740.– (Fr. 1'140.– Zahlung der Schuldnerin; Fr. 1'600.– vom Konkursgericht nach Abzug seiner Kosten überwiesener Vorschuss der Gläubigerin) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Kopien der act. 2 act. 12,
- das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),
- das Konkursamt Dielsdorf,

ferner mit besonderer Anzeige an

- das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und
- das Betreibungsamt Furttal,

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:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:  
3. Oktober 2019