

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190249-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Urteil vom 3. Januar 2020

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Dezember 2019 (EK192079)

Erwägungen:

1.1 Die A._____ AG (nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem 26. Januar 2016 im Handelsregister eingetragen. Ihr Zweck besteht insbesondere im Betrieb eines Restaurations- und Hotelbetriebs sowie der Erbringung von damit verbundenen Dienstleistungen (act. 6).

1.2 Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Dezember 2019 wurde über die Schuldnerin für eine Forderung der B._____ Pensionskasse (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 5'057.50 nebst 5 % Zins seit 6. September 2019, Fr. 171.80 ohne Zins, sowie Betreuungskosten von Fr. 151.60 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar] = act. 8/8, nachfolgend zitiert als act. 7). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 (überbracht) rechtzeitig (vgl. act. 8/11) Beschwerde, wobei sie beantragt, der Entscheid des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Dezember 2019 und der mit diesem Entscheid über die Schuldnerin eröffnete Konkurs seien aufzuheben (act. 2 S. 2). Zudem verlangt sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 23. Dezember 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-11). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2.1 Die Schuldnerin macht zunächst geltend, die Vorladung zur Konkursverhandlung, welche schliesslich zur Konkursöffnung geführt habe, sei ihr gar nicht zugestellt worden. Das Grundproblem dafür liege darin, dass eingeschriebene Post und Gerichtsurkunden nach dem gerichtsnotorisch konsequenten Serviceabbau der Post der Schuldnerin nicht mehr durch Postangestellte, sondern vielmehr nur noch über eine völlig unprofessionell geführte "Pick-Post-Drittstelle" in einer Papeterie zugestellt würden. Das Verkaufspersonal dieser Papeterie sei in Bezug auf den Postdienst völlig ungeschult und habe schon mehrfach eingeschriebene Post an die Schuldnerin irgendwelchen unberechtigten Dritten ausgehändigt. Dies sei auch hier der Fall gewesen, was ein Vergleich der Unterschrift

des einzigen Verwaltungsrates (und einzigen Zustellberechtigten) der Schuldnerin zum Beispiel auf der Jahresrechnung und der Unterschrift auf dem Rückschein der Gerichtsurkunde auf jeden Fall zeigen werde (act. 2 S. 13).

2.2 Die Konkursöffnung setzt voraus, dass der Schuldnerin die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG). Die Zustellung von Vorladungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 138 Abs. 1 ZPO). Eine Zustellung gilt als erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO).

2.3 Aus dem Zustellungsnachweis (Sendungsnachverfolgung) ergibt sich, dass die Vorladung zur Konkursverhandlung einem Bevollmächtigten der Schuldnerin ausgehändigt worden ist (act. 8/7). Aufgrund eines Unterschriftenabgleichs (vgl. act. 4, act. 5/14 und act. 5/16) erscheint es eher unwahrscheinlich, dass C._____, der einzige Verwaltungsrat der Schuldnerin (vgl. act. 6), die Sendung entgegengenommen hat. Da die Post bzw. eine Zweigstelle der Post aber im Zustellungsnachweis aufgeführt hat, dass die Entgegennahme durch einen "Bevollmächtigten" erfolgt ist, ist davon auszugehen, dass die Ermächtigung zur Entgegennahme der eingeschriebenen Sendung bei der Übergabe der Sendung geprüft worden ist. Dass es sich bei der zustellenden Poststelle um eine in einer Papeterie geführte "Pick-Post-Stelle" gehandelt habe, wie die Schuldnerin geltend macht, ist dabei nicht von Belang. Die Vorbringen der Schuldnerin genügen jedenfalls nicht, um den durch die Post ausgefüllten Nachweis der Zustellung an einen (berechtigten) Bevollmächtigten zu erschüttern. Die Schuldnerin übersieht im Übrigen, dass auch Angestellte Zustellberechtigte im Sinne von Art. 138 Abs. 2 ZPO sein können, wenn sie ausführt, der Verwaltungsrat C._____ sei der einzige Zustellberechtigte. Dass die Schuldnerin über Angestellte verfügt, zeigt sich bereits bei einem Blick in die Jahresrechnung (Personalaufwand). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin korrekt zur Konkursverhandlung vorgeladen worden ist.

3. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass die Schuldnerin die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei sie auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

4. Die Forderung der Gläubigerin wurde inklusive Zinsen und Kosten mit Fr. 5'451.55 berechnet (act. 7 und act. 9). Die Schuldnerin hinterlegte innert Beschwerdefrist bei der Obergerichtskasse zuhanden der Gläubigerin Fr. 5'451.55 (act. 5/2), womit die zum Konkurs führende Forderung inklusive Zinsen und Kosten gedeckt ist. Weiter bezahlte die Schuldnerin den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren von Fr. 750.– ein (act. 5/3). Ebenfalls fristgerecht reichte die Schuldnerin schliesslich einen Beleg des Konkursamtes Aussersihl-Zürich ein, wonach sie zur Sicherstellung der Kosten des Konkursverfahrens inklusive der Spruchgebühr der Vorinstanz für die Konkursöffnung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– geleistet hatte (act. 5/4). Das Konkursamt bestätigte zudem, dass dieser Betrag ausreicht, um die Kosten des Konkursverfahrens inklusive Kosten des Bezirksgerichts Zürich für die Konkursöffnung zu decken, falls der Beschwerde gegen die Konkursöffnung aufschiebende Wirkung erteilt oder das Urteil des Bezirksgerichts Zürich aufgehoben würde (act. 5/8). Damit weist die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 SchKG durch Urkunden nach.

5.1 Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Die Schuldnerin hat also aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden in näherer Zukunft abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die

Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Konkursitin gewonnenen Gesamteindruck (BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3). Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3).

5.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister.

Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich ... vom 19. Dezember 2019 weist 39 zwischen dem 19. Oktober 2017 und 17. Dezember 2019 eingeleitete Beteiligungen aus (act. 5/6). Bei einer handelt es sich um die nun hinterlegte Konkursforderung. 15 Beteiligungen sind als "Bezahlt (an Betreibungsamt)" protokolliert. Offen sind somit noch 23 Beteiligungen (ohne diejenige, die vorliegend zum Konkurs geführt hat), davon befinden sich zehn im Stadium "Beteiligung eingeleitet", eine ist vermerkt mit "Rechtsworschlag", zwei mit "Pfändung", acht Beteiligungen befinden sich im Stadium der "Konkursandrohung" und bei zwei Beteiligungen ist der Status "Konkursoröffnung" protokolliert. Auf die einzelnen Beteiligungsforderungen ist nachfolgend einzugehen:

Zur Forderung in der Höhe von Fr. 3'706.25 (Beteiligung-Nr. 1) der Wäscherei K._____ AG (Stadium "Beteiligung eingeleitet") führte die Schuldnerin aus, diese sei offenkundig bezahlt worden, sei diese Beteiligung doch seit der Ausstel-

lung des Zahlungsbefehls am 21. Juni 2018 nicht mehr weiter verfolgt worden (act. 2 S. 6). Zwar legt die Schuldnerin keinen Zahlungsnachweis ins Recht. Für die Behauptung der Zahlung durch die Schuldnerin spricht aber immerhin, dass eine Weiterverfolgung dieser Betreibung mit Blick auf die Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls nicht mehr möglich ist (Art. 88 Abs. 2 SchKG), was die Behauptung der Schuldnerin, die Forderung sei bezahlt worden, als glaubhaft erscheinen lässt. Auch hinsichtlich der Forderung in der Höhe von Fr. 2'388.70 der D. _____ AG (Betreibung-Nr. 2; Stadium "Betreibung eingeleitet") führte die Schuldnerin aus, diese sei bezahlt worden (act. 2 S. 7). Sie legt zur Glaubhaftmachung ihrer Behauptung einen Beleg über eine Barzahlung von Fr. 1'186.90 vom 8. Februar 2019 ins Recht (act. 5/9b) sowie einen Beleg über ein Zahlung "Akonto 2" in der Höhe von Fr. 600.– vom 31. Oktober 2019. Damit weist sie zwar nicht nach, dass sie die gesamte Forderung bezahlt hat. Aufgrund des Vermerks "Akonto 2" erscheint es allerdings glaubhaft, dass es auch eine erste Akontozahlung gegeben hat. Die Behauptung der Schuldnerin, die Forderung sei gesamthaft bezahlt, scheint deshalb glaubhaft. Die Schuldnerin führte im Weiteren aus, die Betreibung Nr. 3 (Stadium "Rechtsvorschlag") der B. _____ Pensionskasse in der Höhe von Fr. 4'737.70 sei ebenfalls von ihr bezahlt worden (act. 2 S. 8). Dies ist durch entsprechende Belege nachgewiesen (act. 10a-c).

Zur Betreibungsforderung Nr. 4 der E. _____ AG über Fr. 4'999.30 und der Betreibung-Nr. 5 über Fr. 7'000.– von F. _____ (beide im Stadium der "Konkursandrohung") führte die Schuldnerin aus, diese seien zwar bezahlt worden, aber nicht an das Betreibungsamt. Dies ergebe sich daraus, dass diese Betreibungen trotz fortgeschrittenem Stadium nicht mehr weiter verfolgt worden seien. Vielmehr seien die Konkursandrohungen bereits vor mehr als einem Jahr ausgestellt, womit offenkundig sei, dass diese Konkursandrohungen angesichts der in Art. 166 Abs. 2 SchKG statuierten Frist für das Stellen eines Konkursbegehrens von maximal 15 Monaten ab Zustellung des Zahlungsbefehls bereits längst abgelaufen sei und somit gar nicht mehr weiterverfolgt werden könne (act. 2 S. 5 f). Die Schuldnerin legt hier wiederum keinen Zahlungsnachweis ins Recht. Mit der Schuldnerin ist aber davon auszugehen, dass eine Weiterverfolgung der Betreibung der E. _____ AG mit Blick auf die Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls nicht mehr möglich ist

(Art. 166 Abs. 2 SchKG). Die Behauptung der Schuldnerin, sie habe diese Forderung bezahlt, erscheint daher insofern als glaubhaft, als davon auszugehen ist, dass wenn ein Betreibungsverfahren so weit fortgeschritten ist und hernach nicht weiterverfolgt wird, dies für die Tilgung der Forderung spricht. Die Konkursandrohung hinsichtlich der Betreuung von F. _____ datiert allerdings vom 20. März 2019 und ist entgegen der Schuldnerin damit nicht über ein Jahr alt. Hier kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Weiterverfolgung (vor der hier zu beurteilenden Konkursöffnung) nicht mehr möglich gewesen wäre bzw. der Gläubiger die Betreuung nicht weiterverfolgt hat, weil die Schuldnerin diese Forderung bezahlt hat. Zur Glaubhaftmachung, dass diese Forderung bezahlt worden ist, reichen die Ausführungen der Schuldnerin damit nicht aus. Betreffend die Betreuung-Nr. 6 der G. _____ AG über Fr. 5'151.60 (Stadium "Konkursandrohung") legt die Schuldnerin dar, sie habe zwei Akontozahlungen à je Fr. 2'000.– an das Betreibungsamt geleistet und Fr. 1'151.60 zuzüglich Zins und Kosten bar an die Gläubigerin bezahlt (act. 2 S. 6). Die beiden Zahlungen an das Betreibungsamt sind belegt (act. 5/7c-d), die Barzahlung hingegen nicht. Indessen kann auch hier wiederum davon ausgegangen werden, dass eine Weiterverfolgung dieser Betreuung mit Blick auf die Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls nicht mehr möglich ist (Art. 166 Abs. 2 SchKG) und die Zahlung dieser Forderung, wie bereits bezüglich einer anderen Forderung dargelegt wurde, somit glaubhaft erscheint. Im Zusammenhang mit der Betreuung-Nr. 7 (Stadium "Konkursandrohung") der H. _____ AG über Fr. 5'393.60 macht die Schuldnerin ebenfalls Tilgung geltend (act. 2 S. 6 f.), was sie durch entsprechende Zahlungsbelege und Quittungen nachweist (act. 5/8a-e). Die Schuldnerin weist zudem auch die Zahlung der Forderung der I. _____ AG in der Höhe von Fr. 1'798.– nach (Betreibung Nr. 8; Stadium "Konkursöffnung"; act. 5/11a-e).

Zu den Betreibungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Inkasso MWST) – es handelt sich dabei um die Betreibungen-Nrn. 9, 10, 11, 12, 13, 14 (je Stadium "Betreibung eingeleitet") und 15 (Stadium "Konkursöffnung") in der Höhe von Fr. 41'999.85, Fr. 45'159.15, Fr. 24'797.35, Fr. 42'740.45, Fr. 20'272.30, Fr. 45'831.75 und Fr. 40'486.40 –, führte die Schuldnerin aus, diese würden allesamt auf versehentlich nicht korrekt vorgenommenen Abrechnungen beruhen

(act. 2 S. 9). Dasselbe macht sie hinsichtlich von offenen Forderungen der B._____ Pensionskasse bzw. der B._____ Ausgleichskasse geltend (act. 2 S. 9). Dies betrifft somit die Betreibungen-Nr. 16 in der Höhe von Fr. 14'945.50 (Stadium "Pfändung"), Nr. 17 in der Höhe von Fr. 5'176.50 (Stadium "Konkursandrohung"), Nr. 18 in der Höhe von Fr. 14'945.50 (Stadium "Pfändung"), Nr. 19 in der Höhe von Fr. 4'698.80 (Stadium "Konkursandrohung"). Der Schuldnerin gelingt es nicht glaubhaft zu machen, dass diese Forderungen der B._____ Pensionskasse bzw. B._____ Ausgleichskasse und der Schweizerischen Eidgenossenschaft – in dieser Höhe – nicht bestehen. Der Verweis darauf, dass diese Forderungen auf versehentlich nicht korrekt vorgenommenen Abrechnungen beruhen, genügt nicht. Zur Glaubhaftmachung wäre zumindest zu erwarten gewesen, dass die Schuldnerin darlegt, was falsch abgerechnet worden ist, wie es dazu kommen konnte und mit welchen Beträgen sie effektiv rechnet. Sie hätte weiter Korrespondenz mit der Eidgenössischen Steuerverwaltung bzw. der B._____ Pensionskasse einreichen müssen, aus der hervorgeht, dass die in Betreuung gesetzten Forderungen bzw. deren Höhe nicht korrekt sind, die Abrechnungen derzeit überarbeitet werden o.ä. Es erscheint denn auch nicht nachvollziehbar bzw. vielmehr widersprüchlich, wenn die Schuldnerin hinsichtlich der Forderungen der B._____ Pensionskasse einerseits geltend macht, sie würden auf falschen Abrechnungen beruhen – sie den Bestand der Forderung somit sinngemäss bestreitet –, darauf folgend dann aber dennoch ausführt, sie könne die erwähnten Forderungen im fortgeschrittenen Stadium – welche eben auch die Forderungen der B._____ Pensionskasse mitumfassen –, allesamt sogleich bezahlen, sie mithin bezüglich dieser Forderungen explizit ihren Zahlungswillen bekundet (vgl. die Aufstellung in act. 2 S. 8 und die Ausführungen dazu auf S. 9 unten).

Zu den weiteren Forderungen gemäss Betreibungsregisterauszug äusserte sich die Schuldnerin nicht bzw. anerkannte sie, dass diese noch offen sind. Damit ist – vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen und den Darlegungen der Schuldnerin –, insgesamt von folgenden offenen Forderungen auszugehen:

Betreibungen im fortgeschrittenen Stadium:

F._____	Betr.-Nr. 5	Konkursandrohung	Fr. 7'000.00
Schweiz. Eidg. (MWST)	Betr. Nr. 15	Konkurseröffnung	Fr. 40'486.40
L._____ AG	Betr. Nr. 20	Konkursandrohung	Fr. 3'854.85
B._____ Ausgleichskasse	Betr. Nr. 16	Pfändung	Fr. 14'945.50
B._____ Pensionskasse	Betr. Nr. 17	Konkursandrohung	Fr. 5'176.50
B._____ Ausgleichskasse	Betr. Nr. 18	Pfändung	Fr. 14'945.50
B._____ Pensionskasse	Betr. Nr. 19	Konkursandrohung	Fr. 4'698.80
<u>M._____</u>	<u>Betr. Nr. 21</u>	<u>Konkursandrohung</u>	<u>Fr. 85.70</u>
Total			Fr. 91'193.25

Betreibungen im nicht fortgeschrittenen Stadium:

Schweiz. Eidg. (BAKOM)	Betr.-Nr. 22	Betreibung eingeleitet	Fr. 1'578.50
Schweiz Eidg. (MWST)	Betr. Nr. 9	Betreibung eingeleitet	Fr. 41'999.85
Schweiz. Eidg. (MWST)	Betr. Nr. 10	Betreibung eingeleitet	Fr. 45'159.15
Schweiz. Eidg. (MWST)	Betr. Nr. 11	Betreibung eingeleitet	Fr. 24'797.35
Schweiz. Eidg. (MWST)	Betr. Nr. 12	Betreibung eingeleitet	Fr. 42'740.45
Schweiz. Eidg. (MWST)	Betr. Nr. 13	Betreibung eingeleitet	Fr. 20'272.30
Schweiz. Eidg. MWST)	Betr. Nr. 14	Betreibung eingeleitet	Fr. 45'831.75
<u>N._____ AG</u>	<u>Betr. Nr. 23</u>	<u>Betreibung eingeleitet</u>	<u>Fr. 1'367.95</u>
Total			Fr. 223'747.30

Der Gesamtbetrag der offenen Betriebsforderungen beläuft sich somit auf **Fr. 314'940.55.**

5.3 Die Schuldnerin macht geltend, sie würde über die notwendige Liquidität verfügen, um sämtliche fälligen Ausstände zu bezahlen, ohne Rücksicht auf das Stadium der Betreuung und auch ohne Rücksicht darauf, ob überhaupt betrieben worden sei (act. 2 S. 10 f.). Sie verweist dazu zunächst auf das Firmenkonto, das per 20. Dezember 2019 einen Saldo von Fr. 9'461.63 ausweist (act. 5/12). Im Weiteren legt sie dar, dass der aktuelle Geschäftsgang sehr gut sei. Es könne folglich damit gerechnet werden, dass angesichts der ausserordentlich umsatzstarken Tage zwischen Weihnachten und Neujahr mehr als genügend Liquidität geschaffen werden könne, um sämtliche fälligen Ausstände, auch die im nicht fortgeschrittenen Stadium sowie die laufenden, nicht in Betreuung gesetzten fälligen Forderungen zu begleichen. Sie rechnet zwischen Weihnachten und Neujahr mit einem Tagesumsatz von Fr. 15'000.– bis Fr. 20'000.– (act. 2 S. 10). Die Schuldnerin reicht in diesem Zusammenhang Belege ein, wonach sie am 20. Dezember 2019 einen Tagesumsatz von Fr. 11'417.50 verzeichnen konnte (act. 5/13). Zudem erhalte sie – für den Fall dass die Beschwerde gutgeheissen wird –, ein Darlehen von ihrer Vermieterin in der Höhe von Fr. 70'000.–, um Schulden zu bezahlen bzw. zu Sanierungszwecken (act. 2 S. 10 f.). Den unterzeichneten (bedingten) Darlehensvertrag mit der Vermieterin reichte die Schuldnerin ins Recht (act. 5/14). Sie rechne im Weiteren – gestützt auf die Werte des Vorjahres – anfangs Jahr mit Rückerstattungen von Lieferanten in der Höhe von ungefähr Fr. 12'000.– der O._____, Fr. 2'500.– von P.____ und Fr. 2'700.– von Q.____ (act. 2 S. 11). Um was für Rückerstattungen es sich dabei handelt, erläuterte sie nicht. Aus einem von ihr eingereichten Beleg der P.____ AG erhellt allerdings, dass es sich dabei um Umsatzboni aus dem Verkauf von Getränken handelt (vgl. act. 5/15b). Aufgrund der eingereichten Belege – auch wenn es sich bei einem Beleg um eine von der Schuldnerin selbst erstellte Rechnung an die Q.____ AG handelt (act. 5/15c) –, erscheinen Umsatzboni der Q.____ AG handelt und der P.____ AG handelt glaubhaft. Zu allfälligen Rückerstattungen bzw. Umsatzboni der O.____ reichte die Schuldnerin indessen keinen Beleg ein. Sie legte auch nicht dar, weshalb der Umsatzboni der O.____ um ein vielfaches hö-

her ausfalle als diejenigen der P. _____ AG handelt und der Q. _____ AG handelt. Glaubhaft gemacht sind daher bloss Boni der P. _____ AG handelt und der Q. _____ AG handelt. Zu den Kreditoren bzw. Rechnungen von Lieferanten führte die Schuldnerin aus, diese bezahle sie jeweils in bar (act. 2 S. 12), ohne sich dabei aber zur Höhe der durchschnittlich anfallenden Forderungen von Lieferanten zu äussern oder Belege dazu einzureichen.

5.4 Darüber hinaus reichte die Schuldnerin die Bilanz und Erfolgsrechnung des Jahres 2018 ins Recht, woraus sich auch die Zahlen für das Jahr 2017 ergeben. Demgemäss verzeichnete die Schuldnerin sowohl im Jahr 2017 als auch im Jahr 2018 einen Gewinn, dies in der Höhe von Fr. 26'449.98 (2017) bzw. Fr. 15'495.46 (2018) und konnte den bestehenden Verlustvortrag damit leicht reduzieren auf Fr. 80'390.74 per 31. Dezember 2018 (act. 5/16). Eine Zwischenbilanz reichte die Schuldnerin nicht ein.

5.5 In Würdigung der gesamten Umstände ist zunächst festzuhalten, dass es zwar glaubhaft erscheint, dass die Umsätze über die Weihnachtstage in einem Gastbetrieb im Durchschnitt höher ausfallen, als dies während des übrigen Jahres der Fall ist, und der Schuldnerin deshalb aktuell mehr liquide Mittel zur Verfügung stehen. Es ist jedoch notorisch, dass diesen Umsätzen auch entsprechende Auslagen (insbesondere erhöhter Personalaufwand) gegenüberstehen. Die Liquiditätsprüfung ist hier insofern erschwert, als dass mangels Angaben der Schuldnerin zur Höhe der derzeit anfallenden Lieferantenforderungen bzw. Kreditoren unklar bleibt, ob und falls ja welcher Anteil des Umsatzes – nach Begleichung der laufenden Verpflichtungen bzw. Kreditoren – zur Abtragung der bestehenden Schulden zur Verfügung steht. Wie sich ihre behaupteten Umsatzzahlen auf ihren Gewinn bzw. die Erfolgszahlen des Jahres 2019 auswirken, legt die Schuldnerin nämlich weder dar, noch können diesbezüglich aufgrund der dem Gericht vorliegenden Akten Schlüsse gezogen werden. Aus den von der Schuldnerin behaupteten Umsatzzahlen können daher keine verlässlichen Folgerungen auf ihre Liquidität bzw. der sich aus dem Tagesgeschäft ergebenden Möglichkeit zur Schuldenabtragung gezogen werden.

Selbst wenn die Schuldnerin ihr gesamtes Bankguthaben (in der Höhe von knapp Fr. 9'500.–) zur Schuldentilgung verwendet und darüber hinaus die glaubhaft gemachten Rückerstattungen der Lieferanten tatsächlich in der geschätzten Höhe (von rund Fr. 5'200.–) vergütet werden, ist die Schuldnerin nicht in der Lage, sämtliche äusserst dringlichen Forderungen zu tilgen. Selbst wenn darüber hinaus wie von ihr geltend gemacht die "Liquiditätsspritze" in Form des Darlehens der Vermieterin von Fr. 70'000.– berücksichtigt wird – wobei hier zu bemerken ist, dass dies letzten Endes lediglich eine Umschuldung bedeutet, mithin keine nachhaltige Verbesserung der finanziellen Lage der Schuldnerin mit sich bringt –, ist es der Schuldnerin nicht möglich, sämtliche sehr dringlichen Forderungen zu bezahlen und damit schon gar nicht alle betriebenen Forderungen in der Höhe von weit über Fr. 300'000.–. In Anbetracht der hohen Summe der betriebenen Forderungen und den im Verhältnis geringfügigen liquiden Mitteln, die diesen Forderungen gegenüberstehen, erscheint es nicht realistisch, dass die Schuldnerin in der Lage ist, einerseits ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und andererseits die bereits bestehenden und in Betreuung gesetzten Forderungen innert einer nützlichen Frist abzutragen. Die Zahlungsschwierigkeiten erscheinen bei einer Gesamtbetrachtung denn auch nicht bloss vorübergehender Natur zu sein, was sich auch daran zeigt, dass die (seit dem Jahr 2016 bestehende) Schuldnerin zwar in den Jahren 2017 und 2018 geringfügige Gewinne verzeichnen konnte, aber nach wie vor ein hoher Bilanzverlust von über Fr. 80'000.– besteht, den es abzutragen gilt.

5.6 Die Zahlungsfähigkeit erscheint damit nicht als wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit und ist folglich nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Die Beschwerde ist entsprechend abzuweisen. Da ihr am 23. Dezember 2019 aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde, ist der Konkurs neu zu eröffnen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 5'451.55 ist dem Konkursamt Ausserrihl-Zürich zu überweisen.

6. Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Kon-

kursgericht besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

7. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **6. Januar 2020, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 5'451.55 dem Konkursamt Aussersihl-Zürich zu überweisen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ..., je gegen Empfangsschein.

7. 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 A. Ochsner

versandt am:
6. Januar 2020