

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210196-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichter Dr. E. Pahud sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

## Urteil vom 24. November 2021

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch C. \_\_\_\_\_ Treuhand und Inkasso, D. \_\_\_\_\_,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 28. Oktober 2021 (EK211528)

**Erwägungen:**

1.1. Mit Urteil vom 28. Oktober 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 11'437.74 nebst 5% Zins seit 8. Januar 2019 abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 1'990.– vom 2. August 2021 sowie Fr. 875.– Verzugsschaden und Fr. 290.20 Betreuungskosten (vgl. act. 3).

1.2. Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 3. November 2021 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2). Mit Verfügung vom 4. November 2021 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8).

1.3. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 11/1–13). Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist abschliessend zu begründen. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind innert der Rechtsmittelfrist selbst dann zulässig, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nachfristen können hingegen keine gewährt werden (BGE 139 III 491).

3.1. Die Schuldnerin reicht eine "Quittung und Desinteresseerklärung" der Gläubigerin vom 3. November 2021 ein, woraus hervorgeht, dass die Schuldnerin mittels Bezahlung einer letzten Rate von Fr. 5'000.– sämtliche Forderungen gegenüber der Gläubigerin bezahlt habe und die Gläubigerin daher kein Interesse an der Durchführung des Konkursverfahrens mehr habe (act. 4/8a). Ausserdem hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamtes Oerlikon-Zürich vom 29. Oktober 2021 beigebracht, wonach bei diesem ein Barvorschuss von Fr. 1'500.– geleistet wurde, der die Kosten des Konkursverfahrens einschliesslich jener des

Konkurseröffnungsurteils decke (act. 4/4). Damit hat die Schuldnerin einen bzw. zwei Konkursaufhebungsgründe (Tilgung und Gläubigerverzicht) nachgewiesen.

3.2. Für die Aufhebung des Konkurses muss die Schuldnerin weiter ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. 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 erhält, diese 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 E. 2.3). Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden abtragen können (vgl. OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab zudem ein milderer als wenn die Schuldnerin innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt (vgl. OGer ZH PS180162 vom 17. September 2018 E. 2.3.).

3.3. Die Schuldnerin ist eine GmbH, welche [...] bezweckt (act. 5). Als Grund für die Konkurseröffnung gibt die Schuldnerin an, die Gläubigerin habe das Konkursbegehren nicht zurückgezogen, obwohl sie vereinbart hätten, dass sie (die Gläubigerin) den Konkurseröffnungsantrag zurückziehe und sie (die Schuldnerin) zur Tilgung der Forderung Ratenzahlungen leiste (act. 2 S. 2).

3.4.1. Wesentlichen Aufschluss über die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere ein Auszug aus dem Betreibungsregister. Vorliegend weist der

eingereichte Betreibungsregisterauszug 21 Einträge auf. Lässt man die nun getilgte Konkursforderung ausser Acht, sind davon noch sieben Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 32'616.83 offen. Eine dieser Betreibungen befindet sich im Stadium der Konkursandrohung. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (vgl. act. 4/10).

3.4.2. Die Schuldnerin führt zu den offenen Betreibungen aus, die Forderung der E. \_\_\_\_\_ Switzerland S.A., welche sich im Stadium der Konkursandrohung befindet, hätte eigentlich per 1. November 2021 bezahlt werden sollen, infolge der Konkursöffnung sei die Zahlung auf Ende Woche verschoben worden (act. 2 S. 2). Einen entsprechenden Zahlungsbeleg reichte die Schuldnerin innert der Beschwerdefrist nicht ein. Weiter führt die Schuldnerin aus, hinsichtlich der beiden Forderungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft sei telefonisch abgemacht worden, dass die der Betreibung Nr. 1 zugrunde liegende Forderung per sofort ans Betreibungsamt bezahlt und die der Betreibung Nr. 2 zugrunde liegende Forderung in der Höhe von Fr. 12'400.– in vier Raten abbezahlt werde. Obwohl eine schriftliche Bestätigung in Aussicht gestellt wurde, reichte die Schuldnerin keinen entsprechenden Beleg ein. Zu den Betreibungen der F. \_\_\_\_\_ führt die Schuldnerin aus, diese würden umgehend bezahlt. Auch hier fehlt jeglicher Beleg. Einzig hinsichtlich der Betreibung der G. \_\_\_\_\_ Zürich reichte die Schuldnerin eine Ratenzahlungsvereinbarung ein, aus welcher hervorgeht, dass für eine offene Schuld einer Rechnung vom 1. September 2021 eine Ratenzahlung bewilligt wurde. Es wurden vier Raten von total Fr. 13'490.40 vereinbart (act. 4/11). Die im Betreibungsregister verzeichnete Forderung beläuft sich indes nur auf Fr. 8'223.95. Selbst wenn zu Gunsten der Schuldnerin davon ausgegangen würde, dass die Ratenzahlung tatsächlich diese Forderung gemäss Betreibungsregister betrifft, wären noch Betreibungen in der Höhe von Fr. 24'392.88 offen.

3.5. Wie bereits dargelegt, müsste die Schuldnerin, um ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen zu können, insbesondere die aktuell dringendsten Verpflichtungen – namentlich die sich im Stadium der Konkursandrohung befindliche Forderung (Fr. 5'878.83) – bedienen können. Die Schuldnerin reicht einen Teil eines Kontoauszugs über die letzten 1'000 Buchungen ein. Der Saldo dieses Kontos

beläuft sich per. 2. November 2021 auf Fr. 2'874.68 (act. 4/12 S. 1). Ferner ist ersichtlich, dass sich in den letzten Monaten im Schnitt jeweils rund Fr. 30'000.– auf dem Konto befanden. Dies wäre auch jetzt so, hätte die Schuldnerin nicht am Tag der Konkurseröffnung einen Barbezug in der Höhe von Fr. 25'000.– gemacht (vgl. act. 4/12 S. 2). Die Schuldnerin erklärt, mit diesem Geld seien die Löhne sowie der noch offene Rest der Konkursforderung bezahlt worden. Weiter macht sie geltend, dass bereits am 3. November 2021 eine Gutschrift von ca. Fr. 10'000.– von Kartenzahlungen der Kunden eingehen werde (act. 2 S. 3). Auch wenn diese Ausführungen unbelegt blieben, erscheinen Zahlungseingänge zumindest in der Höhe der sich im Stadium der Konkursandrohung befindlichen Forderung glaubhaft, zumal der Betrieb aufgrund der Erteilung der aufschiebenden Wirkung weitergeführt werden konnte.

Die Schuldnerin führt zu ihrer Liquidität aus, sie sei in der Lage, die offenen Forderungen zu bezahlen, was aus der von ihr eingereichten Zusammenstellung der monatlichen Einnahmen seit der erneuten Eröffnung nach der Zwangsschliessung durch das BAG per 21. Dezember 2020 ersichtlich sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass wegen der Zwangsschliessung im ersten Quartal praktisch keine Umsätze hätten verzeichnet werden können (act. 2 S. 2). Die Schuldnerin reicht eine Aufstellung ein, aus welcher hervorgeht, dass ihr durchschnittlicher monatlicher Umsatz während der letzten sieben Monate Fr. 76'163.55 betragen habe (act. 4/9). Über die monatlichen Ausgaben und den tatsächlich erzielten Gewinn ist hingegen nichts bekannt. Die Schulden scheinen im Verhältnis zum Umsatz indes nicht übermässig. Bereits bei einem monatlichen Gewinn von rund Fr. 1'500.– wäre das Abtragen der bestehenden Schulden neben den laufenden Verbindlichkeiten innert angemessener Zeit, mithin innert längstens zwei Jahren, möglich. Die Schuldnerin scheint ihre laufenden Kosten denn auch immerhin insoweit decken zu können, als gemäss Betreibungsregisterauszug soweit ersichtlich kaum Lebensmittellieferanten und keine Arbeitnehmer unter den Gläubigern sind, sondern fast ausschliesslich Versicherungen und Gemeinwesen. Dies spricht wiederum dafür, dass das Tagesgeschäft läuft und die Schuldnerin wirtschaftlich lebensfähig ist.

Die vorliegende Konkursöffnung scheint denn auch nicht auf eine ständige Illiquidität der Schuldnerin, sondern auf ein Missverständnis mit der Gläubigerin zurückzuführen zu sein. So wurde unmittelbar nach der Konkursandrohung eine Abzahlungsvereinbarung gemacht, in welcher sich die Gläubigerin verpflichtete, das Konkursbegehren zurückzuziehen (act. 4/6 i.V.m. act. 4/leer). Obwohl die Abzahlungsvereinbarung eingehalten worden zu sein scheint, ist kein entsprechender Rückzug erfolgt, weshalb es schliesslich zur Konkursöffnung kam. Diesbezüglich muss sich die Schuldnerin vorwerfen lassen, dass sie nicht nachgeprüft hat, ob ein solcher Rückzug tatsächlich erfolgt ist, bzw. dass sie dem Konkursgericht keine Belege zur Stundung eingereicht hat.

3.6. Nach dem Gesagten ist knapp glaubhaft, dass die gegen die Schuldnerin angehobenen Betreibungen sowie die Konkursöffnung in erster Linie auf eine Vernachlässigung der administrativen Angelegenheiten und nicht auf anhaltende Zahlungsschwierigkeiten zurückzuführen sind. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist daher gerade noch als glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu betrachten. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben, und das Konkursbegehren ist abzuweisen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass bei einer weiteren Konkursöffnung in einem zweiten Beschwerdeverfahren strengere Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gestellt werden.

4. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Kosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, da sie das Verfahren durch die Zahlungssäumnis verursacht hat. Die Schuldnerin hätte nachprüfen müssen, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren zurückzieht und eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren nicht mehr erforderlich wäre. Gleiches gilt im Übrigen hinsichtlich einer Stundung. Auch dies führt nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG nur zur Abweisung des Konkursbegehrens, wenn *der Schuldner* die Stundung *durch Urkunden beweist*. Die Spruchgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Oktober 2021 aufgehoben. 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 Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 11, 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 J. Camelin-Nagel

versandt am:  
25. November 2021