

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230082-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 5. Juni 2023

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Dielsdorf vom 2. Mai 2023 (EK230092)**

Erwägungen:

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt. mm. 2003 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie betreibt eine Disco-Bar, während die Gläubigerin eine Vorsorgeeinrichtung ist. Über die Schuldnerin wurde mit Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 2. Mai 2023 der Konkurs für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 600.– nebst Zins zu 5 % seit 15. Dezember 2022, zuzüglich einer Forderung ohne Zins von CHF 117.25 sowie Betreuungskosten von CHF 106.60 eröffnet (act. 8).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 8. Mai 2023 (Datum Poststempel) Beschwerde bei der Kammer. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 9. Mai 2023 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Da die Schuldnerin bereits einen Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet hatte (act. 5/6), wurde von einer Fristansetzung zur Leistung eines solchen abgesehen. Während noch laufender Rechtsmittelfrist ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde in der Folge mit Eingabe vom 15. Mai 2023 (act. 12; zur Rechtzeitigkeit s. act. 9/7/1). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 9/1-7). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

3. Die Schuldnerin belegt, dass sie per 2. Mai 2023 (Valuta-Datum) den Betrag von CHF 840.25 – und damit die gesamte Konkursforderung – beim Betreibungsamt Furttal zuhanden der Gläubigerin bezahlt hat (act. 5/4). Im Weiteren hat sie beim Konkursamt Dielsdorf zur Deckung der Kosten des Konkursgerichts und

des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung CHF 1'000.– sichergestellt (act. 5/7). Damit hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass sie den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG getilgt hat.

4.1. Der Konkurs über die Schuldnerin wurde am 2. Mai 2023 um 9.15 Uhr eröffnet (act. 3). Da die Zahlung erst nach der Konkurseröffnung geleistet wurde, bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. 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 schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner somit noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung seiner finanziellen Lage zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, sodass 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.). Sind andere Beteiligungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigung vorhanden, gilt ein strengerer Massstab (vgl. OGer ZH PS210224 vom 28. Januar 2022 m.w.H.).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegt ein aktueller Auszug des Betreibungsamtes Furttal, der den Zeitraum vom 14. März 2019 bis 3. Mai 2023 umfasst (act. 5/8). In dieser Zeit wurde die Schuld-

nerin – nebst der vorliegenden Konkursforderung – 44 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 170'500.–. Aktuell sind noch 17 Betreibungen über rund CHF 87'000.– offen, wobei bei vier Rechtsvorschlag erhoben, bei einem der Konkurs angedroht, bei sieben bislang der Zahlungsbefehl zugestellt und kein Rechtsvorschlag erhoben wurde und bei fünf Betreibungen eine Pfändung läuft. Verlustscheine oder frühere Konkurse sind keine registriert.

4.2.1. In Bezug auf die am 9. Dezember 2019 durch C._____ eingeleitete Betreibung-Nr. 1 in Höhe von CHF 23'000.– macht die Schuldnerin geltend, es handle sich dabei um eine Schikanebetreibung, die nie im Rahmen eines Rechtsöffnungs- oder Zivilverfahrens weiterverfolgt worden sei (act. 12 Rz. 9). Nachdem die Betreibung vor über 3.5 Jahre eingeleitet worden ist, ohne dass die Forderung im Rahmen des Betreibungsverfahrens weiterverfolgt worden ist, ist diese zugunsten der Schuldnerin in der nachstehenden Schuldenübersicht nicht zu berücksichtigen.

4.2.2. In Bezug auf die Betreibung-Nr. 2 im Stadium der Konkursandrohung bringt die Schuldnerin vor, die Forderung von CHF 515.– sei vollständig beglichen worden (act. 12 Rz. 13). Da dazu jedoch keine Belege eingereicht wurden, ist die Tilgung nicht glaubhaft gemacht worden.

4.2.3. Die Forderung der Eidgenössischen Steuerverwaltung in Höhe von CHF 1'110.– (Betreibung-Nr. 3) wurde vollständig beglichen (act. 12 Rz. 14 i.V.m. act. 13/24).

4.2.4. In den Betreibungen-Nrn. 4 und 5 liegt eine Abzahlungsvereinbarung vor (act. 5/5). Darin wurde vereinbart, dass die Betreuungsgläubigerinnen ihre Gesamtforderung von CHF 30'481.10 bzw. CHF 33'223.80 (inkl. Zinsen und Kosten) auf CHF 19'500.– reduzieren, sofern die Schuldnerin die Forderung fristgerecht in vier Raten begleicht. In ihrer Beschwerde vom 8. Mai 2023 machte die Schuldnerin geltend, die Frist zur Leistung der ersten Ratenzahlung sei ihr bis zum 14. Mai 2023 erstreckt worden (act. 2 Rz. 8). Trotz Ankündigung wurde jedoch die E-Mail, mit welcher die Frist erstreckt worden sein soll, nicht nachgereicht. Im Recht liegt

allerdings eine Zahlungsbestätigung, woraus hervorgeht, dass die Schuldnerin der Vertreterin der Gläubigerinnen am 15. Mai 2023 einen Betrag von CHF 5'000.– überwies (act. 13/23). Damit erscheint gerade noch glaubhaft, dass die Frist zur ersten Ratenzahlung erstreckt wurde, zumal ansonsten der ursprüngliche Gesamtausstand von CHF 33'223.80 sofort – d.h. bereits per Ende Februar 2023 – fällig gewesen (vgl. act. 5/5 unten) und von weiteren Betreuungsschritten auszugehen gewesen wäre. Damit ist in diesem Zusammenhang noch von einer Restschuld von CHF 14'500.– auszugehen.

4.2.5. In der Betreuung-Nr. 6 ist inkl. aufgelaufener Zinsen und Kosten noch eine Forderung der SVA Zürich von CHF 1'419.15 offen (act. 12 Rz. 15 i.V.m. act. 13/26).

4.2.6. Zu den restlichen Betreibungen äussert sich die Schuldnerin nicht. Damit ist noch von offenen Betreuungsschulden von gesamthaft rund CHF 46'000.– auszugehen.

4.2.7. In der per 11. Mai 2023 erstellten Bilanz für das Jahr 2022 weist die Schuldnerin kurzfristiges Fremdkapital von gesamthaft CHF 46'345.19 und langfristiges Fremdkapital von CHF 7'428.65 aus (act. 13/10 S. 2). Zu diesen Positionen äussert sie sich in ihrer Beschwerde nicht; insbesondere ist offen, ob es bei den vorstehend dargelegten Betreuungsschulden und dem Fremdkapital Überschneidungen gibt.

Darüber hinaus bestehen Mietzinsausstände betreffend das Geschäftslokal der Schuldnerin, die ursprünglich CHF 198'000.– betragen. Im Rahmen einer Vereinbarung reduzierte die Vermieterin diesen Ausstand – unter dem Vorbehalt der Einhaltung der vereinbarten Zahlungsmodalitäten – auf CHF 120'000.– (act. 12 Rz. 5). Wie hoch die Ausstände aktuell sind und ob der pandemiebedingte Mietzinserslass von CHF 68'000.– noch gewährt wird resp. die Teilzahlungsvereinbarung eingehalten wurde (vgl. act. 13/19), ist unbekannt. Aus der äusserst unübersichtlichen Zusammenstellung von Zahlungsbelegen (act. 13/21) kann die Schuldnerin nichts zu ihren Gunsten ableiten; der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz entbindet die Schuldnerin nicht, bei der Sachverhaltsermittlung

mitzuwirken, insbesondere wenn sie – wie vorliegend – anwaltlich vertreten ist. Mit anderen Worten wäre es Aufgabe der Schuldnerin gewesen, in ihrer Beschwerde darzulegen, was sie aus den eingereichten Urkunden ableitet, denn es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aus umfangreichen Beilagen ohne nähere Bezeichnung nach relevanten Daten zu suchen, die den Standpunkt der Schuldnerin stützen könnten. Immerhin kann davon ausgegangen werden, dass zumindest die ersten vier Teilzahlungen (d.h. bis und mit 15. September 2022) geleistet wurden, ansonsten mit einer Kündigung und/oder betreibungsrechtlichen Schritten seitens der Vermieterin zu rechnen gewesen wäre. Zugunsten der Schuldnerin erscheint es einstweilen glaubhaft, dass die Teilzahlungsvereinbarung noch gilt und entsprechend ein reduzierter Mietzinsausstand von CHF 130'000.–, abzüglich der vier geleisteten Teilzahlungen in Gesamthöhe von CHF 80'000.–, d.h. eine restliche Schuld von CHF 50'000.– besteht.

4.2.8. Zusammengefasst ist von Schulden von gesamthaft rund CHF 150'000.– auszugehen (Betreibungsschulden von CHF 46'000.–, Fremdkapital von CHF 54'000.– sowie Mietzinsausstände von CHF 50'000.–).

4.3. In Bezug auf ihre Aktiven legt die Schuldnerin keinen Auszug ihres Bankkontos ins Recht. Es blieb auch offen, über wieviel Bargeld die Schuldnerin aktuell verfügt; auf die Ende 2022 bilanzierten rund CHF 28'900.– kann mangels Aktualität nicht abgestellt werden (vgl. act. 13/10). Die Schuldnerin macht zwar noch eine Kontokorrentforderung gegenüber ihren Gesellschaftern von insgesamt rund CHF 36'800.– geltend (act. 12 Rz. 2 unten), äussert sich allerdings nicht zu den Bedingungen dieser Forderung (wie bspw. über den Grund, die Rückzahlungsmodalitäten, Fälligkeit etc.). Nachdem die Gesellschafter die Kontokorrentforderung im Jahr 2022 um rund CHF 20'000.– reduzieren konnten (act. 13/10 S. 3), kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass auch die restliche Forderung innert nützlicher Frist abgezahlt werden kann.

4.4. Die Schuldnerin schrieb 2021 einen Verlust von rund CHF 3'600.–, während sie im Jahr 2022 einen Gewinn (vor Steuern) von CHF 113'800.– verbuchte (act. 13/11 S. 3). Der Verlust aus dem Jahr 2021 ist aufgrund der Pandemie und deren notorischen negativen Auswirkungen auf die Unterhaltungsbranche stark zu

relativieren. Immerhin ist der Umsatz im Jahr 2022 viermal so hoch wie derjenige des Vorjahres (act. 13/11 S. 1). Zugunsten der Schuldnerin kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass sie im laufenden Jahr an die Zahlen aus dem Jahr 2022 anknüpfen kann. Die (provisorisch) erstellten Umsatzzahlen für Januar bis Mai 2023 lassen dies vermuten (act. 13/17). Selbst wenn vom dargelegten Gewinn noch die Steuerlast abzuziehen ist, kann die Schuldnerin aus dem Ertrag sowohl ihren laufenden Aufwand decken sowie – unter Berücksichtigung einer zeitnahen Rückzahlung der Kontokorrentforderung – die aufgelaufenen Schulden in rund zwei Jahren abtragen.

4.5. Zusammenfassend kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten hauptsächlich dem pandemiebedingten Umsatzeinbruch und der persönlichen Situation des Geschäftsführers der Schuldnerin (vgl. act. 12 Rz. 7) geschuldet sind. Durch die zu erwartenden Zahlungseingänge und die langjährige Geschäftstätigkeit erscheint es glaubhaft, dass die Schuldnerin ihre Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen können und sie ihren aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. Die Schuldnerin erscheint einstweilen nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid, weswegen ihre Zahlungsschwierigkeiten als nur vorübergehend zu erachten sind. Ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint gegeben, auch wenn durchaus Zweifel bestehen; so kam es bereits vor der Pandemie zu Mietzinsausständen (vgl. act. 13/18 S. 2 Mitte) und wurden in den letzten Jahren zahlreiche Beteiligungen gegen sie angehoben. Zudem ist hervorzuheben, dass die Schuldnerin auf die rasche Rückzahlung der Kontokorrentforderung angewiesen ist, die sie gegenüber ihren Gesellschaftern hat. Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies insbesondere, da sich ihr Sitz seit der Gründung vor 20 Jahren in D. _____ ZH befand, bis ins Jahr 2019 keine Beteiligungen verzeichnet sind und es sich nun um die erstmalige Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Die Schuldnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde, an das Glaubhaftmachen ihrer Zahlungsfäh-

higkeit deutlich höhere Anforderungen zu stellen wären und sie sich insbesondere auch zur Geschäftstätigkeit vor der Pandemie äussern müsste.

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Sie ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

5. Obschon die Beschwerde gutzuheissen ist, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 2. Mai 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von CHF 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Dielsdorf wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'600.– (CHF 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie CHF 1'600.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin CHF 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 der Doppel von act. 2 und 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Dielsdorf, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Furttal, 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

i. V. Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:
5. Juni 2023