

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin Dr. C. Schoder
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

Urteil vom 21. Februar 2024

in Sachen

A. _____ GmbH,

Beschwerdeführerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 25. Januar 2024 (EK231902)**

Erwägungen:

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 25. Januar 2024 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 1'760 nebst Zins zu 5 % seit 16. März 2023 zuzüglich Fr. 131.50 ohne Zins sowie Fr. 226.20 Betreibungskosten (act. 6). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 12. Februar 2024 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Zudem leistete die Beschwerdeführerin bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht üblicherweise erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/23 und act. 8). Mit Verfügung vom 13. Februar 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurs hinderungsgründe als auch seine Zahlungsfähigkeit innert der Rechtsmittelfrist mit Urkunden nachzuweisen bzw. glaubhaft zu machen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann vorbringen, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen sind hingegen keine zu gewähren (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3.1 Die Beschwerdeführerin hinterlegte mit Zahlung vom 6. Februar 2024 innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Obergericht des Kantons Zürich zu Gunsten der Beschwerdegegnerin einen Betrag in Höhe von Fr. 2'198.35 (act. 5/21 und act. 9). Dieser Betrag deckt die Konkursforderung einschliesslich Zinsen und Kosten (Fr. 2'193.65, vgl. act. 10). Des Weiteren bezahlte die Beschwerdeführerin am 31. Januar 2024 dem Konkursamt Zürich (Altstadt) Fr. 1'200.--, welcher Betrag gemäss Bestätigung des Konkursamtes die Kosten des Konkursamtes und des

Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung deckt (act. 5/22). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG durch Urkunden nachgewiesen. In diesem Fall hat die Beschwerdeführerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.2. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist glaubhaft, wenn für ihr Vorhandensein gewisse objektive Elemente sprechen, so dass das Gericht den Eindruck hat, sie sei gegeben, ohne aber ausschliessen zu müssen, es könne auch anders sein (BGE 130 III 321 E. 3.3; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGE 132 III 715 E. 3.1). In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es genügt, wenn die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen, ausser wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint (BGer, 5A_108/2021 vom 29. September 2021 E. 2.2; BGer, 5A_918/2020 vom 26. März 2021 E. 4.1; BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012, E. 2.3; BGer, 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 3; BGer, 5A_118/2012 vom 20. April 2012, E. 3.1; BGer, 5A_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

3.3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH seit dem tt.mm.2022 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Führung von Gastronomiebetrieben aller Art, den Handel mit Waren aller Art (inkl. Import und Export), die Erbringung von Dienstleistungen aller Art im Bereich von Gastronomie, Partyervice und Take Away, den Kauf, Verkauf, die Überbauung, Vermittlung und Ver-

waltung von Grundstücken aller Art sowie die Erbringung von Dienstleistungen aller Art im Bereich von Architektur und Bauleitung im In- und Ausland (act. 5/2). Die Beschwerdeführerin gibt zusammengefasst an, sie betreibe ein gut laufendes japanisches Karaoke- und Event- resp. Themenlokal. Derzeit bezahle sie monatlich einen aus Kulanz von Fr. 9'000.-- auf Fr. 7'500.-- reduzierten Mietzins. Da sie aus dem alten Mietvertrag nicht rechtzeitig habe aussteigen können, habe sie fast sechs Monate lang doppelt Miete bezahlen müssen. Dies habe sie in Zahlungsschwierigkeiten gebracht. Ausserdem habe sie für die Einrichtung und das Schlüsselgeld der Vorgänger-Bar einen Betrag von Fr. 55'000.-- bezahlen müssen, was die finanziellen Reserven aufgebraucht habe. Da aber stabile Umsätze erzielt würden, könnten nun innert wenigen Monaten sämtliche Ausstände bezahlt werden (act. 2 S. 5 f. und S. 8 ff.). Die Beschwerdeführerin sei auch im Stande, die laufenden Hauptkosten zu bezahlen. Gemäss Saldoverlauf der C._____ habe im Jahr 2023 ein Einnahmeüberschuss von Fr. 9'030.-- resultiert. Gemäss Bilanzen und Erfolgsrechnungen habe per 30. Juni 2023 ein kleiner Verlust von Fr. 2'946.96 und per 31. Dezember 2023 ein Verlust von Fr. 4'406.32 resultiert. Damit erweise sich die Beschwerdeführerin als nicht überschuldet, da das Stammkapital noch mit mehr als der Hälfte erhalten geblieben sei. Sie habe offene Debitoren in Höhe von Fr. 1'403.45, wobei fast alle Kunden zumeist per Karte bezahlen würden. Offene Kreditoren habe sie nur zwei in Höhe von Fr. 12'018.50 sowie Fr. 51'923.34. Zudem habe sie ein Darlehen erhalten, wovon noch Fr. 49'784.-- offen seien. Allerdings würden der Gesellschafter und Geschäftsführer sowie eine weitere Person privat und solidarisch für diesbezügliche Ausstände haften. Die Löhne an die Mitarbeiter seien stets bezahlt worden. Die meisten Mitarbeiter seien im Stundenlohn angestellt. Nur zwei Mitarbeiter seien festangestellt mit Löhnen zwischen Fr. 1'178.-- und Fr. 1'500.-- monatlich (act. 2 S. 6 ff.).

3.4. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 1 (act. 5/20) weist per 2. Februar 2024 keine Verlustscheine, allerdings neun Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 26'986.55 aus. Davon sind

drei Betreibungen über insgesamt Fr. 10'610.50 durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden. Demnach bestehen abzüglich der hinterlegten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 1'891.50 vermerkt) derzeit noch fünf offene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 14'484.55, wobei eine Betreibung über Fr. 5'299.90 sich im Stadium der Konkursöffnung befindet, bei einer weiteren Betreibung über Fr. 970.40 ebenfalls die Konkursandrohung ausgestellt wurde und drei Betreibungen über Fr. 8'214.25 neu eingeleitet wurden.

Hinzu kommen offene Kreditorenforderungen. Die D. _____ AG hat eine offene Forderung in Höhe von Fr. 12'018.50 (act. 5/11) und es bestehen offene Forderungen in Höhe von insgesamt Fr. 51'923.34 für Mehrwertsteuer, AHV und Pensionskasse (act. 9/15; übrige kurzfristige Verbindlichkeiten). Zudem besteht ein Darlehen der D. _____ AG in Höhe von aktuell Fr. 49'784.-- mit einer Mindestamortisation von Fr. 8'600.-- pro Jahr (act. 5/11 und act. 5/14).

3.5. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss Auszug des auf die Beschwerdeführerin lautenden Kontos bei der C. _____ vom 12. Februar 2024 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 9'013.62 gegenüber (act. 5/19). Zudem bestehen nach Darstellung der Beschwerdeführerin Debitoren in Höhe von Fr. 1'403.45 (act. 5/10). Des Weiteren reicht die Beschwerdeführerin die Bilanzen und Erfolgsrechnungen seit Betriebsaufnahme ein. Die Beschwerdeführerin erzielte in der Zeit von Juni 2022 bis Juni 2023 bei einem Umsatz von Fr. 289'637.75, Fr. 33'000.-- betriebsfremdem Ertrag und einem Aufwand von Fr. 325'584.75 einen Verlust von Fr. 2'946.96 und von Juli bis Dezember 2023 bei einem Umsatz von Fr. 120'428.80 und einem Aufwand von Fr. 124'835.12 einen Verlust von Fr. 4'406.32 (act. 5/15-16). Aus dem Periodenbericht von 5. Februar 2024 geht sodann hervor, dass der Umsatz in der Zeit von Juni 2022 bis 5. Februar 2024 Fr. 451'747.63 betrug (act. 5/8). Der monatliche Umsatz von durchschnittlich rund Fr. 23'000.-- bis 31. Dezember 2023 wurde somit im Januar 2024 auf rund Fr. 36'000.-- erhöht. Ferner geht aus dem Saldoverlauf der C. _____ vom 12. Februar 2024 hervor, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2023 bei Einnahmen in Höhe von Fr. 543'405.-- und Ausgaben in Höhe von Fr. 534'376.-- einen Überschuss von Fr. 9'029.-- erwirtschaftet hat (act. 5/9).

3.6. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin mit den vorhandenen flüssigen Mitteln (Fr. 9'013.62) die offenen, in Betreuung gesetzten und unmittelbar zu tilgenden Forderungen (Fr. 5'299.90 + Fr. 970.40 = Fr. 6'270.30) bezahlen kann. Darüber hinaus war das Geschäftsergebnis der letzten anderthalb Jahre seit Betriebsgründung durch ausserordentliche Kosten in Form von doppelten Mietzinszahlungen während sechs Monaten ab Umzug in die heutige Geschäftslokalität im April 2023 (vgl. act. 5/5 S. 7, S. 9 und S. 12) und der einmaligen Aufwendung von Fr. 55'000.-- für das Inventar geprägt gewesen (vgl. act. 5/12-13). Dennoch fielen die bilanzierten Verluste des jungen Unternehmens in dieser Zeit nur gering aus und die Beschwerdeführerin vermag zudem eine positive Umsatzentwicklung aufzuzeigen. Damit ist ein positives Geschäftsergebnis zu erwarten und es ist einstweilen davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin mit den laufenden Einnahmen nebst den laufenden Kosten die weiteren, neu in Betreuung gesetzten Forderungen sowie die offenen Kreditoren innert angemessener Zeit wird abbezahlen können. Dafür spricht auch, dass die Beschwerdeführerin im vergangenen Jahr einen Einnahmenüberschuss erwirtschaften konnte und sich die Betreibungen gemäss Betreibungsregisterauszug allesamt auf Forderungen der Ausgleichs-/Pensionskasse und in einem Fall der Steuerverwaltung beschränken. Es rechtfertigt sich daher insgesamt, die Zahlungsfähigkeit im heutigen Zeitpunkt gerade noch als glaubhaft zu erachten und von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin auszugehen, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt. Die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin sind allerdings knapp und die Beschwerdeführerin muss sich darüber im Klaren sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

6. Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener

Umtriebe nicht zuzusprechen. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 2'198.35 ist der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Januar 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Beschwerdegegnerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 500.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Zürich (Altstadt) wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.-- (Fr. 1'200.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'300.-- Rest des von der Beschwerdegegnerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den bei ihr von der Beschwerdeführerin hinterlegten Betrag in Höhe von Fr. 2'198.35 der Beschwerdegegnerin auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich (Altstadt), mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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. K. Houweling-Wili

versandt am:
22. Februar 2024