

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS240159-O/U

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

## Urteil vom 13. September 2024

in Sachen

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

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 13. August 2024 (EK241250)**

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 13. August 2024 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für eine Forderung der Beschwerdegegnerin von Fr. 5'900.-- nebst Zins zu 5 % seit 4. April 2024 zuzüglich Fr. 196.85 ohne Zins sowie Fr. 169.-- Betreuungskosten (act. 7). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. August 2024 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (act. 2 und act. 8/12). Zudem leistete die Beschwerdeführerin bereits den für die Kosten des Beschwerdeverfahrens vom Obergericht üblicherweise erhobenen Vorschuss von Fr. 750.-- (act. 5/5 und act. 9). Mit Verfügung vom 26. August 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10).
2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (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 Konkurshinderungsgründe 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 macht geltend, die Konkursforderung der Beschwerdegegnerin einschliesslich Zinsen und Kosten bezahlt zu haben. Zum Nachweis legt sie die entsprechende Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 14. August 2024 zu den Akten (act. 5/4; Betreuung Nr. 1). Zudem legt die Beschwerdeführerin eine Bestätigung des Konkursamtes Aussersihl-Zürich vom 14. August 2024 vor, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und

des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.-- geleistet hat (act. 5/3). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

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; BGE 140 III 610 E. 4.1). 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\_41/2024 vom 2. Mai 2024, E. 2.2; BGer 5A\_33/2021 vom 28. September 2021, E. 3; BGer 5A\_251/2018 vom 31. Mai 2018, E. 3.1).

3.3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH seit dem tt.mm.2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt den Gastronomiebetrieb, Betrieb von Restaurants, Bars, Clubs und Take-Aways oder Kiosk (act. 6). Zu ihrer Zahlungsfähigkeit gibt die Beschwerdeführerin an, mit der Gläubigerin der Betreuung Nr. 2 eine Vereinbarung getroffen zu haben, wonach im Falle der Gutheissung der vorliegenden Beschwerde nur eine Teilzahlung an das Betreibungsamt zu leisten und der Restbetrag ratenweise zu tilgen sei. Die beim Betreibungsamt offenen Schulden würden somit noch Fr. 48'616.65 betragen. Zur Deckung dieser Schulden habe sie aus eigenen privaten Beständen und bei nahestehenden Drit-

ten einen Betrag von Fr. 50'750.-- beschafft und auf das Klientengeldkonto des sie hier vertretenden Rechtsanwaltes überwiesen. Damit würden bei Aufhebung des Konkurses alle offenen Betreibungen beim Betreibungsamt Zürich 4 bezahlt werden. Zudem sei mit zwei weiteren Gläubigerinnen eine Ratenabzahlungsvereinbarung geschlossen worden und es sei ein Gastrospezialist zugezogen worden, der die Beschwerdeführerin bei ihren Sanierungsbemühungen zukünftig unterstützen werde. Sie habe einen ganz schlechten Sommer gehabt und jetzt stünden für Gastronomiebetriebe erfahrungsgemäss die besten, umsatzstärksten und auch lukrativen Monate vor der Türe (act. 2 S. 6 ff.).

3.4. Zunächst ist festzustellen, dass über die Beschwerdeführerin bereits einmal der Konkurs eröffnet und am 22. Februar 2023 widerrufen wurde (act. 6). Sodann vermittelt das Betreibungsregister wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Beschwerdeführerin. Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 4 (act. 5/11a) weist per 21. August 2024 keine Verlustscheine, aber 33 Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 139'742.42 aus. Davon sind vier Betreibungen über insgesamt Fr. 21'568.90 bereits erloschen und 16 Betreibungen (inklusive der Konkursforderung; im Registerauszug mit Fr. 6'096.85) über insgesamt Fr. 68'456.35 durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden. Demnach bestehen derzeit noch 13 offene Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 49'717.17, wobei sich eine Betreibung über Fr. 14'247.30 im Stadium der Pfändung befindet, bei sechs weiteren Betreibungen über Fr. 18'862.72 ebenfalls die Konkursandrohung ausgestellt wurde und sechs Betreibungen über Fr. 16'607.15 neu eingeleitet wurden. Die Betreibung Nr. 2 der C.\_\_\_\_\_ AG würde bei Gutheissung der Beschwerde im Umfang von Fr. 3'519.75 gestundet (act. 5/13a-c). Hinzu kommen gemäss eingereichter Kreditorenliste per 23. August 2024 Forderungen von insgesamt Fr. 34'466.65, wobei Fr. 9'848.60 fällig sind (act. 5/18, vgl. auch act. 5/16-17).

3.5. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss Auszug des auf die Beschwerdeführerin lautenden Kontos bei der Credit Suisse per 23. August 2024 flüssige Mittel in Höhe von Fr. 14'942.-- gegenüber (act. 5/8). Zudem stehen der Beschwer-

deführerin im Falle der Konkursaufhebung weitere Fr. 50'000.-- für die Schuldentilgung zur Verfügung (act. 5/14a-c). Mit diesen vorhandenen flüssigen Mitteln (rund Fr. 65'000.--) kann die Beschwerdeführerin die offenen, in Betreuung gesetzten Forderungen (rund Fr. 50'000.--) bezahlen und eine weitere mögliche Konkursöffnung kurzfristig verhindern. Es stehen auch genügend Mittel zur Verfügung, um die weiteren fälligen Forderungen (rund Fr. 10'000.--) zu tilgen.

3.6. Weiter reicht die Beschwerdeführerin die Umsatzberichte der Jahre 2023 und 2024 ein (act. 5/21-22). Daraus ist ersichtlich, dass im laufenden Jahr (bis 22. August 2024) nur der Umsatz im Januar höher war als im vergangenen Jahr 2023. In den übrigen Monaten Februar bis August 2024 war der Umsatz jeweils tiefer. Zwar handelt es sich bei den kommenden Monaten offenbar um umsatzstärkere Monate, aber insgesamt muss davon ausgegangen werden, dass nicht derselbe Umsatz wie im letzten Jahr erreicht werden wird. Daraus kann die Beschwerdeführerin nichts für ihre Zahlungsfähigkeit ableiten. Sodann reicht die Beschwerdeführerin keine weiteren Buchhaltungsunterlagen ein, weshalb eine abschliessende Beurteilung ihrer finanziellen Situation nicht möglich ist und unklar bleibt, ob die Beschwerdeführerin zukünftig in der Lage sein wird, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin ist allerdings zu werten, dass sie offenbar einen Gastronomieberater mandatiert und mit sofortiger Wirkung einen neuen Treuhänder eingestellt hat (vgl. act. 5/15). Die fehlenden Buchhaltungsunterlagen wie auch der bereits im 2022 eröffnete Konkurs erwecken den Anschein, dass der bisher eingesetzte Treuhänder seinen Pflichten nur ungenügend nachgekommen ist. Das bestätigt auch der neu hinzugezogene Gastronomieberater (vgl. act. 5/15). Die Beschwerdeführerin konnte denn auch einen Widerruf der Konkursöffnung erwirken, weil alle offenen Betreibungen erledigt wurden (vgl. act. 5/11a), und es gelingt der Beschwerdeführerin auch heute, die notwendigen finanziellen Mittel für alle fälligen Forderungen aufzubringen.

3.7. Vor diesem Hintergrund ist im heutigen Zeitpunkt gerade noch glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung nicht auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin, sondern vielmehr auf administrative Nachlässigkeiten zurück-

zuführen ist. Jedenfalls erscheint die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin angesichts der jüngst vorgenommenen Optimierungen – Mandatierung eines neuen Treuhänders und eines Gastronomieberaters – derzeit wahrscheinlicher als das Gegenteil, weshalb sie nach dem Gesagten als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG gilt. Die Beschwerdeführerin muss sich aber klar darüber sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen in absehbarer Zeit die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

4. 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. Aus dem gleichen Grund ist der Beschwerdeführerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen und auch der Beschwerdegegnerin ist bei diesem Ausgang sowie mangels entstandener Umtriebe keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. August 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. 400.-- wird bestätigt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'200.-- Zahlung der Beschwerdeführerin sowie Fr. 1'400.-- 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. 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 Aussersihl-Zürich, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:  
16. September 2024