

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS250016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 3. März 2025

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X1. _____

und / oder Rechtsanwalt X2. _____,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes

Hinwil vom 13. Januar 2025 (EK240374)

Erwägungen:

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) ist seit dem tt.mm.2020 im Handelsregister der Kantons Zürich eingetragen und bezweckt das Führen einer Gastwirtschaft mit Bar und das Erbringen technischer und kaufmännischer Dienstleistungen in der Gastronomiebranche (vgl. act. 9). Sie betreibt seit 2020 in C._____ ein ... Restaurant (D._____) mit Lieferservice und seit Anfang 2023 in E._____ einen Lieferservice für Pizza und Pasta (vgl. act. 2 Rz. 16 i.V.m. act. 5/8).

1.2 Mit Urteil vom 13. Januar 2025 (act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/15) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Hinwil (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) in der Betreuung Nr. 1 des Betreibungsamtes Wetzikon ZH (nachfolgend: Betreibungsamt) von Fr. 1'781.– nebst 5 % Zins seit 29. August 2024, Fr. 132.– Nebenforderungen und Fr. 148.– Betreuungskosten abzüglich einer Teilzahlung vom 11. Dezember 2024 von Fr. 2'061.– (vgl. act. 7/10 und act. 5/11), mithin für eine (Rest-)Forderung von Fr. 24.20.

Dieses Urteil wurde der Schuldnerin am 15. Januar 2025 zugestellt (vgl. act. 7/16). Die 10-tägige Beschwerdefrist lief daher bis Montag, 27. Januar 2025 (vgl. Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 3 ZPO).

1.3 Gegen dieses Urteil erhebt die Schuldnerin mit Eingabe vom 27. Januar 2025 (act. 2) Beschwerde und reicht umfangreiche Beilagen ins Recht (act. 4 und act. 5/3-52). Sie stellt folgende Anträge (act. 2 S. 2):

1. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 13. Januar 2025 (Geschäfts-Nr.: EK240374-E) sei aufzuheben und das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin sei abzuweisen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Prozessuale Anträge:

1. Der Beschwerde sei unverzüglich aufschiebende Wirkung zu erteilen.

2. Es sei auf kurze Frist zu einer Verhandlung mit Parteieinvernahme des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin (Herr F._____) sowie der Befragung als Zeugen der Darlehensgeberin Frau G._____ und des Darlehensgebers Herr H._____ vorzuladen.

1.4 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 7/1-16). Mit Verfügung vom 29. Januar 2025 (act. 10) wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Die Schuldnerin hat den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren geleistet (vgl. act. 12 und act. 14). Der Gläubigerin ist ein Doppel der Eingaben der Schuldnerin (act. 2 und act. 12) samt Beilagenverzeichnis zur Kenntnisnahme zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden (vgl. Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Der Schuldner kann dabei – im Gegensatz zur allgemeinen Regelung in Art. 326 Abs. 1 ZPO – neue Tatsachen geltend machen, wenn diese *vor* dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkurseröffnung nach Art. 174 Abs. 2 SchKG aufheben, wenn der Schuldner (kumulativ) seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist (Ziff. 1), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3). Diese *nach* dem erstinstanzlichen Entscheid eingetretenen Konkurs hinderungsgründe müssen sich innerhalb der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben und sind innerhalb derselben (gemäss Gesetzeswortlaut durch Urkunden) zu belegen (vgl. BGer 5A_41/2024 vom 2. Mai 2024 E. 2.1 m.w.H.). Die Zahlungsfähigkeit ist – nach wie vor (vgl. BGE 139 III 491 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 136 III 294) – mit der Beschwerde bzw. innert der nicht erstreckbaren Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen und allfällige Unterlagen sind mit dieser einzureichen (vgl. BGE 139 III 491 Regeste und E. 4; BGer 5A_417/2020 vom 27. Oktober 2020 E. 3.2; s.a. BGer 5A_921/2014 vom 11. März 2015 E. 3.4.2; 5A_606/2014 vom 19. November 2014 E. 4.2; 5A_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 4.1; BGer 5A_80/2007 vom 4. September 2007 E. 3.1). Nach Ablauf der Rechtsmittelfrist können keine Tatsachenbehauptungen nachträglich

substantiiert und weder Belege nachgereicht noch neue Behauptungen aufgestellt werden. Insofern besteht nach Fristablauf auch für die Ausübung der (bei anwaltlich vertretenen Parteien ohnehin nur sehr eingeschränkten) gerichtlichen Fragepflicht kein Raum (vgl. BGer 5A_606/2014 vom 19. November 2014 E. 4.2; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, 3. Aufl. 2021, Art. 174 N 16c). Die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ist ausgeschlossen, da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Von diesen Voraussetzungen scheint auch die Schuldnerin grundsätzlich auszugehen (vgl. act. 2 Rz. 17 und 35).

2.1.1 Die Schuldnerin beantragt in prozessualer Hinsicht die Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit einer Parteieinvernahme ihres Geschäftsführers F._____ und einer Befragung von Frau G._____ und Herrn H._____ als Zeugen (vgl. act. 2 S. 2 und Rz. 12). F._____ sei zu den Themen Werdegang der Schuldnerin, Entstehung ihrer Schuldenlast während der Corona-Pandemie sowie deren Zukunftskonzept (Franchise) einzuvernehmen (vgl. a.a.O. Rz. 13 mit Verweis auf Rz. 76 ff. und 79). G._____ sei Buchhalterin, Chefköchin, regle die HR-Angelegenheiten der Schuldnerin und habe ihr kurzfristig ein Darlehen gewährt, damit diese sofort sämtliche fälligen Verbindlichkeiten tilgen könne, da sie (G._____) vom Konzept und der Wirtschaftlichkeit der Schuldnerin überzeugt sei. Zu diesen Themen sei sie als Zeugin einzuvernehmen (vgl. a.a.O. Rz. 14). Zudem hätten in der Kürze der Rechtsmittelfrist nicht alle Umstände zur Zahlungsfähigkeit und der künftigen Entwicklung der Schuldnerin abschliessend dargelegt werden können. H._____ habe in der kurzen Beschwerdefrist nicht mehr zur Unterzeichnung eines Darlehensvertrages herangezogen werden können. Auch zu diesen Themen werde die Befragung der Partei bzw. der Zeugen beantragt, sofern das Gericht diesbezüglich aufgrund der eingereichten Unterlagen Zweifel haben sollte (a.a.O. Rz. 15 mit Verweis auf Rz. 72). Die Zahlungsfähigkeit könne durch alle Beweismittel glaubhaft gemacht werden, welche im summarischen Verfahren abgenommen werden könnten, weshalb sie eine Verhandlung mit Zeugeneinvernahme beantrage (vgl. a.a.O. Rz. 34).

2.1.2 Wie bereits dargelegt dürfen *nach* Ablauf der Beschwerdefrist gemäss Art. 174 SchKG weder Tatsachenbehauptungen neu aufgestellt noch (nach-)substantiiert werden; namentlich auch nicht mittels der von ihr zur Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit offerierten Beweismittel der Parteibefragung und Zeugen- einvernahme. Eine Beschwerdeführerin muss im Übrigen auch deshalb davon ausgehen, dass sie ihre Tatsachenbehauptungen in der Beschwerdeschrift (als erster Rechtsschrift) abschliessend aufzustellen hat, als der Aktenschluss in summarischen Verfahren grundsätzlich nach einmaliger Äusserung eintritt (vgl. BGE 144 III 117 E. 2.2) und die Beschwerdeinstanz im Beschwerdeverfahren in der Regel keine (mündliche) Verhandlung durchführt, sondern gestützt auf die Akten entscheidet, was das Gesetz als Möglichkeit explizit vorsieht (vgl. Art. 327 Abs. 2 ZPO).

In Bezug auf die Frage, ob im Konkursbeschwerdeverfahren auch andere Beweismittel als Urkunden zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zuzulassen sind, ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen: Für Entscheide, die vom Konkursgericht getroffen werden, gilt das summarische Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO); das Konkursgericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (sog. eingeschränkte Untersuchungsmaxime, vgl. Art. 255 lit. a ZPO). Deshalb sind andere Beweismittel als Urkunden zwar unter Umständen zulässig (vgl. Art 254 Abs. 2 lit. c ZPO; OGer ZH PS240100 vom 22. Juli 2024 S. 8). Laut Botschaft zur Zivilprozessordnung (nachfolgend: Botschaft ZPO) duldet die Untersuchungsmaxime zwar keine eigentliche Beschränkung der Beweismittel (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7350). Jedoch sind im summarischen Verfahren grundsätzlich nur sofort greifbare (d.h. liquide) Beweismittel zulässig, also solche, die ohne Verzug abgenommen werden können. Dieser Anforderung entspricht die Urkunde am besten (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7350); demgegenüber können die Parteibefragung und das Zeugnis grundsätzlich nicht ohne Verzug abgenommen werden (vgl. OGer ZH PS110217 vom 9. Dezember 2011 E. 3.1.3), weil sie das Anberaumen einer Verhandlung voraussetzen und die Abkömmlichkeit der zu befragenden Partei und der Zeugen am hierfür vorgesehene Termin bedingen. Eine (mündliche) Verhandlung ist im Beschwerdeverfahren zwar nicht ausgeschlossen, doch hat der Gesetzgeber den Entscheid gestützt auf

die Akten explizit vorgesehen (vgl. Art. 327 Abs. 2 ZPO). In aller Regel führt die Beschwerdeinstanz im Beschwerdeverfahren denn auch keine Verhandlungen durch. Im Übrigen muss die Zahlungsfähigkeit im Konkursbeschwerdeverfahren nur glaubhaft gemacht und nicht strikt bewiesen werden (vgl. OGer ZH PS140066 vom 3. April 2014 E. 2.1 u.a. mit Verweis auf BGE 138 III 636 = Pra 102 [2013] Nr. 38). Die gesetzliche Regelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG geht davon aus, dass der Konkursöffnung ein längeres Betreibungsverfahren mit zahlreichen Phasen vorausgegangen ist, in dessen Verlauf sich ein Konkursit über seine finanziellen Verhältnisse Klarheit verschaffen konnte und musste. Es darf grundsätzlich erwartet werden, dass er mit der Einlegung des Rechtsmittels gegen die Konkursöffnung Unterlagen beizubringen vermag, die seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft erscheinen lassen (vgl. dazu BGE 136 III 294 E. 3.1 und BGE 139 III 491 E. 4.5).

Ob die von der Schuldnerin offerierten anderen Beweismittel (Zeugnis und Parteibefragung) in diesem Verfahren zulässig sind, kann offen bleiben. Denn diese würden hier – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden – am Resultat dieses Verfahrens selbst dann nichts ändern, wenn die entsprechenden, von der Schuldnerin behaupteten Tatsachen (vgl. oben, E. 2.1.1) dadurch vollumfänglich bestätigt würden, so dass sich ihre Abnahme erübrigt, weil es sich mithin vorliegend um untaugliche Beweismittel handelt. Ob darüber hinaus die einschlägigen Tatsachenbehauptungen, insbesondere zur ausschlaggebenden Frage der Zahlungsfähigkeit, rechtsgenügend aufgestellt wurden oder ob mit der Beweisabnahme allenfalls fehlende Behauptungen ersetzt oder ergänzt würden, wozu das Beweisverfahren nicht dient (vgl. BGE 144 III 67 E. 2.1), kann vor diesem Hintergrund ebenfalls offen gelassen werden.

2.2 Die Schuldnerin beruft sich auf die Konkursaufhebungsgründe der Hinterlegung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) und des Gläubigerverzichts (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) (vgl. act. 2 Rz. 18 ff.). Die Schuldnerin belegt, am 24. Januar 2025 einen Betrag von Fr. 2'250.– bei der Obergerichtskasse des Kantons Zürich hinterlegt zu haben (vgl. act. 8 und act. 5/14). Gleichentags leistete die Schuldnerin beim Konkursamt Wetzikon ZH (nachfolgend: Konkursamt) einen Kostenvor-

schuss von Fr. 1'000.–, der gemäss Bestätigung des Konkursamts ausreicht, um die Kosten des Konkursverfahrens inkl. Kosten der Vorinstanz für die Konkurseröffnung zu decken (vgl. act. 5/16). Zudem hatte die Schuldnerin der Vorinstanz bereits am 11. Dezember 2024 einen Betrag von Fr. 250.– für das vorinstanzliche Konkursverfahren (Zahlungsvermerk EK240374) überwiesen (vgl. act. 5/12). Des Weiteren reicht die Schuldnerin eine Erklärung der Gläubigerin vom 24. Januar 2025 ein, sie sei an der Durchführung des Konkursverfahrens nicht mehr interessiert (vgl. act. 5/5). Damit ist die Voraussetzung des Nachweises eines Konkursaufhebungsgrundes im Sinne von Art. 174 SchKG erfüllt.

2.3.1 Um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel zur Begleichung der fälligen Schulden vorhanden sind. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. 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. Daneben ist stets auch die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebes in die Beurteilung miteinzubeziehen. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht letztlich auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten einer Schuldnerin gewonnenen Gesamteindruck. Der wichtigste und unerlässliche Beleg in diesem Zusammenhang ist der Auszug aus dem Betreibungsregister (vgl. zum Ganzen BGer 5A_191/2024 vom 14. August 2024 E. 3.1; 5A_41/2024 vom 2. Mai 2024 E. 2.2; BGer 5A_353/2022 vom 31. August 2022 E. 2.3; 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2; 5A_108/2021 vom 29. September 2021 E. 2.2; 5A_615/2020 vom 30. September 2020 E. 3.1 je m.w.H.).

2.3.2 Es obliegt der Schuldnerin, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, ihre Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (vgl. BGer 5A_191/2024 vom 14. August 2024 E. 3.1; 5A_845/2023 vom 17. April 2024 E. 2;

5A_353/2022 vom 31. August 2022 E. 2.3; 5A_1040/2021 vom 24. Januar 2022 E. 3.1.2). Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss (vgl. oben E. 2.1), 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 (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_726/2010 vom 22. März 2011 E. 3.2.1; OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014 E. 2.2). Die Schuldnerin muss insbesondere nachweisen, dass gegen sie kein Konkursbegehren in einer ordentlichen Konkurs- oder in einer Wechselbetreibung hängig ist und dass keine weiteren vollstreckbaren Betreibungen vorliegen (BGer 5A_41/2024 vom 2. Mai 2024 E. 2.2; 5A_918/2020 vom 26. März 2021 E. 4.1). Erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind zu stellen, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung – wie hier (vgl. act. 5/9) –, oder Pfändungsankündigungen in Betreibungen nach Art. 43 SchKG vorhanden sind (vgl. BGer 5A_615/2020 vom 30. September 2020 E. 3.1; 5A_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; 5A_181/2018 vom 30. April 2018 E. 3.1; 5A_93/2018 vom 18. April 2018 E. 4.1).

Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit im Sinne einer Faustregel, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die bestehenden Schulden wird abtragen können (vgl. zuletzt OGer ZH PS240189 vom 16. Oktober 2024; PS240177 vom 8. Oktober 2024 E. 3.2; PS240169 vom 20. September 2024 E. 4.3; PS240131 vom 19. August 2024 E. 2.4; PS140068 vom 29. April 2014 E. 2.2 S. 6).

2.4.1 Die Schuldnerin betreibt seit 2020 in C._____ ein ... Restaurant (D._____) mit Lieferservice und seit Anfang 2023 in E._____ einen Lieferservice für Pizza und Pasta (vgl. oben E. 1.1). Die gegenwärtigen finanziellen Schwierigkeiten führt sie auf den unglücklichen Startzeitpunkt ihrer gastronomischen Geschäftstätigkeit während der Covid-Pandemie zurück und macht geltend, die hohen "Altlasten" stammten aus ihrer Gründungszeit bzw. seien coronabedingt. Sie

habe diese nur zum Teil abtragen können und schiebe den Rest gezwungenermassen vor sich her, was sich auch im Betreibungsregister widerspiegeln (vgl. insb. act. 2 Rz. 13, Rz. 44, Rz. 38 und Rz. 59 i.V.m. Rz. 76 ff.).

2.4.2 Insbesondere der Betreibungsregisterauszug gibt einen wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin. Jener der Schuldnerin vom 20. Januar 2025 (act. 5/9) umfasst sieben Seiten und weist insgesamt 78 Beteiligungen im Umfang von total **Fr. 383'716.70** über einen Zeitraum von knapp dreieinhalb Jahren (September 2021 bis heute) aus. Die Beteiligungslast der Schuldnerin stieg in den Jahren 2022-2023 quasi exponentiell von Fr. 573.60 um Fr. 45'682.35 auf eine Gesamtsumme von Fr. 46'255.95 Ende 2022 und um Fr. 128'494.80 auf eine Gesamtsumme von Fr. 174'750.75 Ende 2023 an (a.a.O. S. 2-4). Anfang 2024 zahlte die Schuldnerin selbst kleinste Beiträge (Fr. 35.–) nicht (a.a.O. S. 4 f.). Es gelang der Schuldnerin zwar, bis Sommer 2024 Beteiligungsforderungen im Umfang von insgesamt **Fr. 256'119.95** (Fr. 127'596.75 sind gemäss Auszug offen) zu bezahlen (vgl. act. 2 Rz. 44 i.V.m. act. 5/9). Ab Sommer 2024 vermochte die Schuldnerin von den neu in Beteiligung gesetzten Forderungen aber keine einzige mehr zu tilgen. So liefen im Jahr 2024 neue Beteiligungsforderungen in der Höhe von insgesamt Fr. 88'164.70 auf. Die Hälfte davon (bzw. zwölf) im Umfang von insgesamt Fr. 46'631.90 gelangten bis zum 20. Januar 2025 bis ins Stadium der Konkursandrohung (a.a.O. S. 4-7). Forderungen der B._____ Ausgleichs- und Pensionskasse liess die Schuldnerin – neben Steuerforderungen – konstant auflaufen: diese Gläubigerinnen mussten die Schuldnerin innerhalb von weniger als drei Jahren insgesamt 53 Mal betreiben (vgl. act. 5/9 S. 2-7).

Aktuell sind gemäss Betreibungsregisterauszug 24 Beteiligungen (exkl. jene, die zur vorliegenden Konkursöffnung führte) in der Höhe von insgesamt **Fr. 127'596.75** offen. Davon befinden sich nicht weniger als elf in der Gesamthöhe von Fr. 39'836.40 im Stadium der Konkursandrohung, sechs in der Gesamthöhe von Fr. 62'138.50 bereits im Stadium der Pfändung und sieben in der Gesamthöhe von Fr. 16'913.35 im Stadium des Zahlungsbefehls. Die Schuldnerin macht geltend, sie habe zwei von diesen Beteiligungsforderungen, die sich im

Stadium der Konkursandrohung befinden, bereits bezahlt : nämlich die Forderung der I. _____ AG über Fr. 6'795.50 (Betreibungs-Nr. 2, vgl. act. 5/9 S. 3) und die Forderung der Kontrollstelle für den L-GAV des Gastgewerbes über Fr. 2'149.15 (Betreibungs-Nr. 3, vgl. act. 5/9 S. 7) (vgl. act. 2 Rz. 39-42). Die Bezahlung der ersten dieser beiden Forderungen erscheint aufgrund der eingereichten provisorischen Abrechnung (act. 5/17) und der Bestätigung der I. _____ AG vom 16. Januar 2024, wonach das Kundenkonto der Schuldnerin ein Saldo von Fr. 278.71 zu deren Gunsten ausweise (act. 5/18) glaubhaft. Bezüglich der zweiten Forderung geht aus dem eingereichten Kontobuchungsauszug (act. 5/19) lediglich hervor, dass die Schuldnerin betr. "Inkasso Nr. 4" einen Betrag von Fr. 2'144.20 an die J. _____ AG in K. _____ überwiesen hat. Dass sich diese Buchung auf die in Betreuung gesetzte Forderung von Fr. 2'149.15 mit der Nr. 3 (vgl. act. 2 Rz. 41) beziehen soll, vermag damit nicht glaubhaft zu erscheinen. Es ist daher von offenen **Betreibungsforderungen von insgesamt Fr. 118'888.25** auszugehen. Elf davon in der Gesamthöhe von Fr. 39'836.40 befinden sich im Stadium der Konkursandrohung und müssten von der Schuldnerin unmittelbar abbezahlt werden können, ansonsten es – bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde – in Kürze wieder zu einer Konkursöffnung kommen würde.

2.4.3 Laut Schuldnerin ebenfalls offen und fällig, aber noch nicht in Betreuung gesetzt worden seien Kreditorenforderungen (Lieferanten) in der Höhe von insgesamt Fr. 133'842.44 (vgl. act. 2 Rz. 56 ff. i.V.m. act. 5/31-32). Zur sofortigen Zahlung der erwähnten Betreuungsausstände (Fr. 118'888.25) und dieser Kreditorenforderungen hat die Schuldnerin bei G. _____ ein (zusätzliches, vgl. act. 5/35) Darlehen in der Höhe von Fr. 265'000.– aufgenommen, das per 24. Januar 2025 auf einem Konto der Kanzlei L. _____ Ltd hinterlegt und einem Rangrücktritt nach Art. 725b Abs. 4 Ziff. 1 OR unterstellt wurde (vgl. act. 2 Rz. 52 ff. und 56 ff. i.V.m. act. 5/28-32). Es erscheint zwar glaubhaft, dass der Schuldnerin dieses Darlehen (bei Aufhebung der Konkursöffnung) zur Verfügung steht und sie damit diesen aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann und dies – aufgrund der erst per 31. Dezember 2035 vereinbarten Fälligkeit des Darlehens und des Rangrücktritts (vgl. act. 5/28 S. 2-4) – auch nicht bloss eine Schuldenverlagerung darstellt. Dies bedeutet aber – entgegen ihrer Ansicht (vgl. act. 2 Rz. 38, 52, 78) –

nicht, dass sie damit auch als zahlungsfähig im Sinne der obgenannten Rechtsprechung gilt. Denn wie gesehen hat die Schuldnerin nicht nur aufzuzeigen, dass sie ihre aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann. Sie hat auch glaubhaft zu machen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und innert längstens zwei Jahren auch ihre bestehenden Schulden abzutragen.

2.4.4 Zum Geschäftsgang der letzten Jahre, zum Aufbau des zweiten Standorts in E._____ Anfang 2023, zu ihrer Prognose in der hart umkämpften Gastronomie- und Lieferdienstbranche und dazu, was sie sich von dem für die Zukunft angeordneten Franchisekonzept verspricht (vgl. act. 2 Rz. 79 i.V.m. act. 5/52), äussert sich die Schuldnerin nicht bzw. nicht näher. Sie bringt im Wesentlichen vor, das Tagesgeschäft laufe operativ gut und sei gewinnbringend. Ihre eigene Liquidität belaufe sich auf insgesamt Fr. 53'753.76; diese Mittel stünden ihr vollständig für das Tagesgeschäft zur Verfügung, nachdem mit dem erwähnten, neu aufgenommenen Darlehen alle fälligen Forderungen getilgt werden könnten (vgl. a.a.O. Rz. 46 ff. i.V.m. act. 5/20). Im zweiten Halbjahr 2024 habe sie jeden Monat schwarze Zahlen geschrieben und einen Reingewinn von Fr. 88'981.44 generiert; die provisorische Erfolgsrechnung 2024 weise bei einem Bruttoertrag von Fr. 1'865'129.75 einen EBITDA (Ergebnis vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern) von Fr. 137'892.25 aus (vgl. a.a.O. Rz. 59 ff.). Hierzu reicht sie eine Aufstellung über Umsätze und Kosten von Juni 2024 bis Dezember 2024 (act. 5/33) und die erwähnte provisorische Erfolgsrechnung 2024 (act. 5/34) ein, die beide vom Geschäftsführer der Schuldnerin (vgl. act. 2 Rz. 16) unterzeichnet wurden. Weiter macht die Schuldnerin geltend, die Praxis werte den Umstand, dass der oder die Anteilseigner oder ihr nahestehende Personen – hier G._____ als langjährige, führende Mitarbeiterin, welche die Schuldnerin bereits in der Vergangenheit mit einem Darlehen unterstützt habe (vgl. oben E. 2.1 und act. 2 Rz. 55) – bereit seien, nach erfolgter Konkursöffnung der Gesellschaft ein Darlehen zu gewähren, um die Konkursöffnung aufheben zu lassen, als starkes Indiz dafür, dass sie (die Schuldnerin) damit in der Lage sein werde, nach der (aus der Darlehensvaluta zu bewirkenden) Schuldenbereinigung die laufenden Verbindlichkeiten zu

decken (vgl. a.a.O. Rz. 55 mit Verweis auf OGer ZH PS160018 vom 26. Februar 2018 E. 4.8).

Aus den Akten ergibt sich indes folgendes Bild: Dem Betreibungsregisterauszug ist zu entnehmen, dass die Schuldnerin im letzten Jahr *trotz* des angeblich gut laufenden operativen Tagesgeschäfts und des geltend gemachten Reingewinnes von Fr. 88'981.44 (neue) Betreibungsforderungen im Umfang von Fr. 39'432.05 (Fr. 127'596.75 - Fr. 88'164.70) nicht bezahlen konnte (vgl. act. 5/9). Von den seit Mitte 2024 in Betreuung gesetzten Forderungen vermochte die Schuldnerin keine einzige mehr aus eigener Kraft zu tilgen (vgl. oben E. 2.4.2). Sie musste hierfür wie erwähnt ein weiteres Darlehen aufnehmen. Da es sich bei diesem um das zweite Darlehen handelt, das G. _____ als langjährige, führende Mitarbeiterin des schuldnerischen Betriebs (vgl. act. 2 Rz. 55) der Schuldnerin gewährt hat, hat G. _____ ein eigenes Interesse am Fortbestand des Betriebs und der Schuldnerin. Vor diesem Hintergrund kann die Gewährung dieses weiteren Darlehens jedenfalls nicht ohne weiteres als Indiz dafür gewertet werden, dass die Schuldnerin damit in der Lage sein wird, nach der Bezahlung der offenen Betreibungs- und Kreditorenforderungen (aus der Darlehensvaluta) (vgl. oben E. 2.4.2 f.) ihre laufenden Verbindlichkeiten zu decken. Ein Blick auf die aktuell vorhandenen Mittel der Schuldnerin legt nichts anderes nahe. Gemäss der von ihrem Geschäftsführer (vgl. act. 2 Rz. 16) unterzeichneten Aufstellung über die Liquidität (act. 5/20) beliefen sich die Mittel der Schuldnerin am 24. Januar 2025 auf insgesamt Fr. 53'753.76; davon waren nur Mittel im Umfang von Fr. 23'069.52 *keine* Debitorenforderungen und damit unmittelbar verfügbar (vgl. act. 2 Rz. 46 ff. i.V.m. act. 5/20-27). Die Höhe dieser Mittel variiert überdies nach Angaben der Schuldnerin je nach Umsatz stark; Bankbelege hat sie keine eingereicht (a.a.O.). Daher ist davon auszugehen, dass diesen Mitteln bzw. Einnahmen auch Ausgaben gegenüberstehen und das Vorhandensein von Liquidität vom (nicht näher bekannten) Geschäftsgang abhängig ist. Ein eigentlicher Liquiditätspuffer ist offenbar nicht vorhanden.

Dies wirft vor allem mit Blick auf die vorbestehende Darlehenssituation der Schuldnerin weitere Fragen auf: Denn sie hat in den wenigen vergangenen

Jahren ihrer Existenz (vgl. oben E. 1.1) laut eigenen Angaben nicht weniger als zwölf (verzinsliche) Darlehen von zwölf verschiedenen Darlehensgebern (zwischen Fr. 10'000.– und Fr. 365'000.–) in der Gesamthöhe von über Fr. 1.378 Mio. aufgenommen, die sie in den vergangenen Jahren erst im Umfang von Fr. 204'191.70 abbezahlt hat (vgl. act. 2 Rz. 68 ff. insb. Rz. 81 und Rz. 70 i.V.m. act. 5/35), wobei sich die Frage stellt, ob neue Darlehen dazu dienen, ältere Darlehen teilweise zurückzuzahlen (als eine Art Umschuldung). Die Schuldnerin äussert sich nicht dazu, wann sie diese Darlehen aufgenommen und wozu sie diese verwendet hat. Dass diese Mittel in kostenintensive Anlagen oder Investitionen in den letzten Jahren geflossen seien – etwa im Zuge des Aufbaus eines zweiten Standortes in E. _____ (vgl. oben E. 1.1) – behauptet sie jedenfalls nicht. Die Schuldnerin scheint daher selbst mit Fremdkapital in Millionenhöhe nicht in der Lage gewesen zu sein, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen und bestehende Schulden abzutragen, sondern diese Mittel vielmehr benötigt zu haben, um Liquiditätsengpässe zu überbrücken.

Aus heutiger Sicht ist nicht abzusehen, wie die Schuldnerin die Darlehen in Millionenhöhe je wird zurückzahlen können, und offenbar sind auch nicht alle der zwölf vorbestehenden Darlehen erst in einigen Jahren zurückzuzahlen (vgl. act. 5/28 S. 1, act. 5/35 und act. 2 Rz. 73 f.). Soweit es sich um langfristige und ungekündigte Darlehen von Darlehensgebern handelt, welche aus dem nächsten Umfeld der Gesellschaft resp. ihrer massgebenden Organe stammen sollen (vgl. act. 2 Rz. 46 und 68 ff.) und für welche laut Schuldnerin bis zu den weiter in die Zukunft verschobenen Fälligkeiten der Rückzahlungen keine Zinsen mehr fällig werden (vgl. act. 2 Rz. 80 und act. 5/35) –, sind diese zwar für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht zu berücksichtigen (vgl. oben E. 2.4.2; OGer ZH PS180206 vom 11. Dezember 2018 E. 5). Die Anzahl und der Gesamtbetrag dieser Darlehen werfen jedoch kein gutes Licht auf die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin.

2.4.5 Nach dem Gesagten erscheint die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin insgesamt wahrscheinlicher als ihre Zahlungsfähigkeit. An diesem Befund liesse sich auch durch die Parteieinvernahme des Geschäftsführers der Schuldnerin und

durch eine Befragung von Frau G._____ und Herrn H._____ als Zeugen nichts ändern, da es sich einerseits um finanzielle Tatsachen handelt, die sich aus den Büchern der Schuldnerin und dem Betreibungsregister ergeben und andererseits wie gesehen die beantragten Einvernahmen auch nicht dazu dienen könnten, angesichts der kurzen Beschwerdefrist fehlende Behauptungen zur Zahlungsfähigkeit zu ergänzen. Die Schuldnerin vermag mithin die erhöhten Anforderungen an die Glaubhaftmachung ihrer Zahlungsfähigkeit (vgl. oben E. 2.4) nicht zu erfüllen.

2.5 Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses sind damit nicht erfüllt und die Beschwerde ist abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde (vgl. oben E. 1.4), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3. Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch das Konkursgericht hinzuweisen (vgl. Art. 195 SchKG).

4.1 Die Kosten beider Instanzen sind ausgangsgemäss der Schuldnerin aufzuerlegen. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind auf Fr. 750.– festzusetzen (vgl. Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. b GebV SchKG) und mit dem von der Schuldnerin geleisteten Kostenvorschuss (vgl. oben E. 1.4) zu verrechnen.

Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 2'250.– (vgl. oben E. 2.2) ist an das Konkursamt zu überweisen.

4.2 Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht, weil ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Dienstag, 4. März 2025, 08:00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Wetzikon ZH wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.

3. Der bei der Obergerichtskasse hinterlegte Betrag von Fr. 2'250.– wird an das Konkursamt Wetzikon überwiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Doppeln der Beschwerdeeingaben (act. 2 und act. 12), sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wetzikon ZH, ferner im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wetzikon ZH, je gegen Empfangsschein.
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. A. Götschi

versandt am:
4. März 2025