

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS220086-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

## Urteil vom 15. Juni 2022

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 3. Mai 2022 (EK220388)

### **Erwägungen:**

1.1. Mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) vom 3. Mai 2022 wurde über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) von Fr. 1'493.90 zuzüglich Zins von 5 % seit 6. Januar 2022, Fr. 136.45 sowie Betreuungskosten von Fr. 219.90 der Konkurs eröffnet (act. 3 = act. 7 = act. 8/9; nachfolgend zitiert als act. 7). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 16. Mai 2022 (Datum Poststempel) Beschwerde, wobei sie die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragte (act. 2).

1.2. Mit Verfügung vom 18. Mai 2022 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und die Schuldnerin darauf aufmerksam gemacht, dass sie ihre Beschwerde innert Beschwerdefrist ergänzen könne. Weiter wurde ihr Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 10). Daraufhin leistete die Schuldnerin am 23. Mai 2022 fristgerecht (vgl. act. 11/1) den verlangten Kostenvorschuss (act. 12) und machte innert Beschwerdefrist (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG sowie act. 8/13) mit Eingabe vom 23. Mai 2022 (act. 13) weitere Ausführungen und reichte zusätzliche Belege ein (act. 14/9-16). Mit Verfügung vom 25. Mai 2022 wurde der Beschwerde daraufhin die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 15). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-13). Die Sache erweist sich als spruchreif.

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 der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen, was bedeutet, dass der Schuldner die im Gesetz aufgezählten konkurshindernden Tatsachen bis zum Ende der Frist nachweisen bzw. glaubhaft machen muss, wobei er auch neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen kann. Nachfristen können nicht gewährt werden (vgl. BGE 136 III 294 E. 3).

3. Die Schuldnerin beruft sich auf den Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts (act. 2 Rz 8 und act. 13 Rz 4). Sie reicht ein Schreiben der Gläubigerin vom 12. Mai 2022 – und damit vor Ablauf der Beschwerdefrist datiert (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG sowie act. 8/13) – ein, wonach diese zufolge Zahlung der Konkursforderung an das Betreibungsamt Zürich 4 auf die Durchführung des Konkursverfahrens verzichte, sofern die Schuldnerin sämtliche anfallenden Verfahrenskosten übernehme (act. 5/6). Die Schuldnerin belegt, dass sie am 23. Mai 2022 und damit ebenfalls innert Beschwerdefrist (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG sowie act. 8/13) beim Konkursamt Aussersihl-Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.– leistete, welcher gemäss der Bestätigung des Konkursamtes vom selben Datum ausreicht, um die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und diejenigen des Konkursamtes sicherzustellen (act. 13 Rz 2 und act. 14/10-11). Schliesslich bezahlte die Schuldnerin bei der Obergerichtskasse am 23. Mai 2022 Fr. 750.– als Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 12, act. 13 Rz 1 und act. 14/9). Damit wurden die Verfahrenskosten nachweislich innert der Beschwerdefrist von der Schuldnerin sichergestellt, was zwar grundsätzlich beim Konkurshinderungsgrund des Gläubigerverzichts keine Voraussetzung für die Aufhebung des Konkurses ist (OGer ZH PS190245 vom 29. Januar 2020 E. 2.2), hier, wo die Gläubigerin dies zur Bedingung machte, jedoch erforderlich war. Der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG ist nach dem Gesagten durch Urkunden nachgewiesen. Ob darüber hinaus auch der Konkurshinderungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 172 Abs. 2 Ziff. 1 vorliegt, wie die Schuldnerin geltend macht (vgl. act. 2 Rz 8, act. 13 Rz 3 f. und act. 5/5 sowie act. 14/12; vgl. auch E. 4.3 zweiter Absatz), kann folglich offen bleiben. Da der Gläubigerverzicht – wie im Übrigen auch eine allfällige vollständige Tilgung – erst nach der Konkurseröffnung erfolgt ist bzw. sind, hat die Schuldnerin darüber hinaus ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkurseröffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

4.1. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Der Schuldner hat also aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen.

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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen ein Schuldner, der beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt, systematisch Rechtsvorschlag erhebt und selbst kleinere Beträge nicht bezahlt. Auch das Vorhandensein von Verlustscheinen ist ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. zu Letzterem BGer 5A\_470/2012 vom 19. November 2021 E. 3.3). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen vgl. BGer 5A\_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit reicht es grundsätzlich aus, wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher ist als die Zahlungsunfähigkeit. In diesem Bereich dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung sind allerdings dann zu stellen, wenn Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigungen in Betreibungen nach Art. 43 SchKG vorhanden sind. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen (BGer 5A\_251/2018 vom 31. Mai 2018 E. 3.1; BGer 5A\_181/2018 vom 30. April 2018 E. 3.1; BGer 5A\_93/2018 vom 18. April 2018 E. 4.1).

4.2. Die Schuldnerin ist eine im November 2019 gegründete GmbH mit Sitz in Zürich, welche den Betrieb von Restaurants und anderen gastgewerblichen Betrieben, Catering- und Partyservice sowie die Beratung und Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Gastronomie bezweckt, ferner den Import und Export mit Waren aller Art, insbesondere Weine und Spirituosen. Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift ist C.\_\_\_\_\_ (act. 5/3 und act. 6). Als Grund für die vorliegende Konkurseröffnung gibt die Schuldnerin un-

genügende Kommunikation ihrerseits an (act. 2 Rz 8). Allgemein zu ihrer Situation führt die Schuldnerin aus, das von ihr betriebene Restaurant "D. \_\_\_\_\_" an der E. \_\_\_\_\_-strasse ... in Zürich habe infolge der Pandemie ab Mitte März 2020 erhebliche Umsatzeinbussen verzeichnet, zumal der Gastronomiebetrieb während der ausserordentlichen und besonderen Lage in der Pandemie über Monate entweder ganz verboten oder beim Angebot und bei der erlaubten Kapazität erheblich eingeschränkt gewesen sei. Während die Umsätze weggebrochen seien, seien die Fixkosten jedoch konstant geblieben, was zu einem Liquiditätsengpass geführt habe. Infolgedessen hätten Rechnungen nicht bezahlt werden können (act. 2 Rz 6 f.), so unter anderem die zur Konkursöffnung führende Forderung (act. 2 Rz 8). Diese Ausführungen erscheinen glaubhaft, sind doch die die Gastronomiebranche betreffenden massiven Einschränkungen während der Pandemie notorisch. Dem Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin vom 11. Mai 2022 lässt sich denn auch entnehmen, dass die erste Betreuung am 3. Februar 2021 eingeleitet wurde (act. 5/7), was die Darstellung der Schuldnerin unterstützt, zumal in der Regel nicht sofort betrieben wird, sondern erst nach – oft mehrfachem – Abmahnen. Dass die laufenden Kosten nicht sofort eingestellt werden konnten, ist ebenfalls einleuchtend, auch zumal zu Beginn der Pandemie nicht absehbar war, wie lange diese andauern würde und der Schuldnerin kaum zum Vorwurf gemacht werden kann, für eine gewisse Dauer versucht zu haben, den Betrieb aufrecht zu erhalten.

Im Herbst 2021 entschied die Schuldnerin dann gemäss ihren Aussagen, den Betrieb, der nur noch aus Take-Away bestanden habe, vorübergehend ganz einzustellen und das Restaurantkonzept im Hinblick auf einen späteren Neustart komplett zu überarbeiten (act. 2 Rz 7, ferner auch act. 13 Rz 5). Für die Einstellung des Restaurantbetriebes liegt mit einem Schreiben der Gläubigerin vom 17. August 2021, in welchem diese auf die Aufgabe der Geschäftstätigkeit Bezug nimmt und festhält, das Abrechnungskonto der Schuldnerin per 30. September 2021 zu beenden (act. 14/13), denn auch ein Indiz vor. Zum neuen Konzept schweigt sich die Schuldnerin aus, sie merkt lediglich an, der Neustart sei zufolge einer aktuell noch bestehenden, Staub und Lärm verursachenden und damit die Gäste abschreckenden Grossbaustelle unmittelbar neben der Terrasse des Res-

restaurants nach den Sommerferien 2022 geplant (act. 2 Rz 7, act. 13 Rz 5). Es leuchtet ein, dass eine Neueröffnung direkt neben einer laufenden Baustelle (vgl. act. 14/14a-b) nicht sinnvoll ist, allerdings fragt sich, ob das an der E.\_\_\_\_\_-strasse / F.\_\_\_\_\_-strasse sich im Bau befindliche Grossprojekt bereits Ende Sommer 2022 beendet sein wird bzw. wie berechtigt die Aussichten auf eine erfolgreiche Neueröffnung bereits zu diesem Zeitpunkt sind. Es ist aber jedenfalls als glaubhaft zu erachten, dass die Schuldnerin derzeit keinen operativen Restaurantbetrieb unterhält.

Die Schuldnerin führt weiter aus, durch die befristete Einstellung des operativen Geschäfts habe sie ihre Finanzen stabilisieren können, was ihr die nötige Zeit bis zum geplanten Neustart verschaffe (act. 2 Rz 7). Seit der Einstellung des Betriebes würden keine Umsätze mehr erzielt, allerdings auch keine betriebsnotwendigen Ausgaben mehr anfallen (act. 2 Rz 7, act. 13 Rz 5). Die näheren Ausführungen dazu sind – insbesondere angesichts dessen, dass die Schuldnerin anwaltlich vertreten ist und zudem mit Verfügung vom 18. Mai 2022 auf die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit hingewiesen wurde (vgl. act. 10 E. 4.2) – recht vage. So behauptet die Schuldnerin, im Moment keine Angestellten zu haben und mit der Vermieterschaft eine Lösung gefunden zu haben, es stünden im Moment keine Mieten aus (act. 2 Rz 7, act. 13 Rz 5). Der Vermieter bestätigt in einem Schreiben vom 16. Mai 2022, dass das Mietverhältnis bis Ende September 2022 habe geregelt werden können und derzeit keine Mieten fällig seien (act. 5/4). Was dies genau bedeutet, insbesondere, ob die Mietzinse erlassen oder bezahlt oder auch nur gestundet wurden und später fällig werden, bleibt aber offen und wird auch von der Schuldnerin nicht näher dargelegt. Sollte sich die Neueröffnung des Restaurants verzögern (vgl. E. 4.2 zweiter Absatz), könnten folglich wieder laufende Kosten anfallen. Die Behauptung zu den Angestellten bleibt gänzlich unbelegt, insbesondere wurden keine Kündigungsschreiben o.ä. eingereicht. Ebenso ist unsicher, ob die Schuldnerin abgesehen von den im Betreibungsregister aufgeführten Schulden, bei denen es sich um Forderungen der Sozialversicherungen, des Steueramtes und von Versicherungen handelt (vgl. act. 5/7 und act. 14/15), noch weitere Kreditoren hat und ob es allenfalls zu weiteren Betreibungen kommen könnte. Sie führt zwar aus, bei

den in Betreuung gesetzten, noch offenen Schulden handle es sich um finanzielle Altlasten aus dem operativen Betrieb des Restaurants, die nicht weiter anwachsen würden, es sei nicht zu befürchten, dass neue Betreibungen hinzukommen würden (act. 2 Rz 9, act. 13 Rz 8 f.). Es mag sein, dass (Sozial)Versicherungen wie Krankentaggeld-, Unfall- oder Rechtsschutzversicherungen nicht mehr nötig sind, wenn kein Restaurant mehr betrieben wird und keine Angestellten mehr da sind (vgl. act. 13 Rz 9). Ob sich die fraglichen Versicherungen sofort auflösen lassen, folgt daraus aber nicht zwingend. Die Schuldnerin sagt nichts dazu. Auch wenn derzeit – rund acht Monate nach der Einstellung des Betriebes – keine Prämien mehr anfallen mögen (vgl. act. 13 Rz 9), bedeutet dies nicht automatisch, dass nicht noch für einige Zeit nach der Betriebseinstellung Prämien weiter anfielen. Damit ist auch ungewiss, ob diese bereits alle in Betreuung gesetzt wurden. Die letzte Betreuung wurde am 25. April 2022 eingeleitet (act. 5/7 und act. 14/15), nur rund eine Woche vor Eröffnung des Konkurses am 3. Mai 2022. Weshalb es nur gerade bis dann zu Betreibungen kommen sollte und später nicht mehr, erklärt die Schuldnerin ebenfalls nicht. Nach dem Gesagten erscheint es zufolge der Betriebseinstellung zwar als glaubhaft, dass derzeit keine Einnahmen erzielt werden, ob jedoch keine (neuen) Kosten mehr anfallen und ob nebst den im Betreibungsregister aufgeführten Schulden noch weitere Kreditoren bestehen, ist ungewiss.

4.3. Was die (bekannten) Schulden betrifft, so lässt sich anhand des Betreibungsregisterauszugs über die letzten fünf Jahre bzw. im Fall der Schuldnerin seit der Zeit ihrer Gründung wenige Monate vor Beginn der Pandemie ein Überblick gewinnen. Daraus ergibt sich, dass neben der als bezahlt aufgelisteten, zum Konkurs führenden Betreuung Nr. 1 zwei Betreibungen der B. \_\_\_\_\_ Ausgleichskasse über total Fr. 10'797.50 im Stadium der Verwertung vorliegen und eine weitere Betreuung des Kantons Zürich über Fr. 1'712.50 im Stadium der Pfändung. Gegen eine Betreuung der Gläubigerin über Fr. 2'033.50 hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben und sechs weitere Betreibungen über total Fr. 8'645.– wurden erst eingeleitet. Schliesslich bestehen zwei Betreibungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft über total Fr. 3'464.70, welche auf "K Konkurseröffnung" gesetzt sind, sodass sich nicht sagen lässt, in welchem Stadium sie sich

befinden. Vier weitere Betreibungen sind durch Zahlungen an das Betreibungsamt erloschen. Verlustscheine und frühere Konkursöffnungen sind keine registriert (act. 5/7; vgl. auch act. 14/15).

Zur Konkursforderung (Betreibung Nr. 1) führt die Schuldnerin aus, diese sei am 5. Mai 2022 beim Betreibungsamt Zürich 4 beglichen worden (act. 2 Rz 8). Sie reicht dazu eine Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom selben Datum ein, aus welchem die Bezahlung von als "Endbetrag" bezeichneten Fr. 1'819.75 hervorgeht (act. 5/5). Gemäss dem angefochtenen Entscheid beläuft sich die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten auf total Fr. 1'874.20 (vgl. act. 7 und act. 9). Die Differenz liegt in den Betreibungskosten, welche von der Vorinstanz gestützt auf die Konkursandrohung (act. 8/3/2) mit Fr. 219.90 aufgeführt werden (act. 7), vom Betreibungsamt Zürich 4 hingegen mit Fr. 155.70 (act. 5/5). Die Schuldnerin versuchte auf Hinweis der Kammer, die Differenz von Fr. 54.45 (Fr. 1'874.20 - Fr. 1'819.75) beim Betreibungsamt Zürich 4 zu bezahlen, dieses scheint die Zahlung aber nicht entgegen genommen gewollt zu haben, da es die Konkursforderung als vollständig bezahlt erfasst habe. Die Schuldnerin veranlasste daher die Bezahlung von Fr. 70.– direkt an die Gläubigerin (act. 13 Rz 3 und act. 14/12). Damit ist die Konkursforderung inklusive Zinsen und Kosten auf jeden Fall vollständig gedeckt, wenn nicht sogar bereits bezahlt.

Zu den zwei Betreibungen der B. \_\_\_\_\_ Ausgleichskasse über total Fr. 10'797.50 im Stadium der Verwertung äussert sich die Schuldnerin nicht. Die vom Betreibungsamt verwendeten Abkürzung "V" (im Gegensatz zum Zeichen "Vu") deutet darauf hin, dass eine genügende Deckung vorhanden sein könnte. Bei grosszügiger Betrachtung könnten diese Forderungen allenfalls ausser Acht gelassen werden. Vorliegend braucht diese Frage aber nicht abschliessend beantwortet zu werden, da der Gesamtbetrag der noch offenen Schulden auch ohne Berücksichtigung dieser beiden Betreibungen höher ist als die zur Tilgung zur Verfügung stehenden Mittel (vgl. dazu E. 4.4).

Bei der Betreibung Nr. 2 über Fr. 1'712.50 ist demgegenüber von einer Pfändung mit ungenügender Deckung auszugehen, geht dies doch aus dem von der Schuldnerin eingereichten Betreibungsprotokoll zu dieser Betreibung hervor

(act. 14/16) und geht auch die Schuldnerin selbst davon aus, dass diese Forderung noch offen ist, rechnet sie diese doch in das Total der noch ausstehenden, den Steuerämtern geschuldeten Beträgen ein (vgl. act. 13 Rz 8).

In der Betreuung Nr. 3 der Gläubigerin über Fr. 2'033.50 erhob die Schuldnerin wie erwähnt Rechtsvorschlag (vgl. act. 5/7). Weshalb sie mit dieser Forderung nicht einverstanden ist, erklärt die anwaltlich vertretene Schuldnerin jedoch trotz Aufforderung in der Verfügung vom 18. Mai 2022 (act. 10 E. 4.2) nicht. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass diese Betreuung bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit nicht zu berücksichtigen sei und erklärt, die Parteien seien bestrebt und zuversichtlich, eine Gesamtlösung zu finden, die sämtliche Forderungen der Gläubigerin aus dem Betreibungsregister umfassen solle (act. 13 Rz 7). Daraus ergibt sich nicht, dass bzw. weshalb sie mit dieser Forderung nicht einverstanden oder diese beglichen wäre, vielmehr drückt dies gerade aus, dass die fragliche Forderung grundsätzlich noch zu bezahlen ist. Zudem stellt sich die Frage, welche weiteren Forderungen denn in diese "Gesamtlösung" einfliessen sollen, ist doch im Betreibungsauszug keine weitere offene Forderung der Gläubigerin aufgeführt (vgl. act. 5/7 und act. 14/15). Die Forderung über Fr. 2'033.50 kann nach dem Gesagten jedenfalls nicht unberücksichtigt gelassen werden.

Ebenfalls sind die beiden im Betreibungsregisterauszug vom 11. Mai 2022 auf "K Konkursöffnung" gesetzten Betreibungen über gesamthaft Fr. 3'464.70, deren genaues Stadium unbekannt ist, als noch offene Forderungen zu erachten: Betreibungsregistereinträge mit dieser Codierung sind für die vorliegenden Zwecke ungenügend. Die Schuldnerin wurde mit Verfügung vom 18. Mai 2022 darauf hingewiesen (vgl. act. 10 E. 4.2), reichte jedoch bloss einen Betreibungsregisterauszug nach, in welchem noch mehr Betreibungen auf "K Konkursöffnung" gesetzt wurden (act. 14/15). Es ist daher zu Lasten der Schuldnerin mit noch bestehenden Forderungen zu rechnen (vgl. dazu auch BGer 5A\_912/2013 vom 18. Februar 2014 E. 4.2). Davon scheint im Übrigen auch die Schuldnerin auszugehen (vgl. act. 5/7 und act. 13 Rz 8).

Die eingeleiteten Betreibungen der eidgenössischen Steuerverwaltung, der G.\_\_\_\_\_ Rechtsschutzversicherung und der H.\_\_\_\_\_ AG über insgesamt

Fr. 8'645.– sind schliesslich auch gemäss den Ausführungen der Schuldnerin noch nicht getilgt (vgl. act. 2 Rz 9, act. 13 Rz 8 f.).

Nach dem Gesagten ist mit noch offenen Forderungen von Fr. 15'855.70 (Fr. 1'712.50 + Fr. 2'033.50 + Fr. 3'464.70 + Fr. 8'645.–) zu rechnen. Unter Berücksichtigung der beiden sich im Verwertungsstadium befindlichen Forderungen wären es Fr. 26'653.20 (Fr. 15'855.70 + Fr. 10'797.50). Es ist zu prüfen, ob die Schuldnerin diese Schulden zu tilgen vermag.

4.4. Die Schuldnerin macht geltend, einen neuen Investor gefunden zu haben, der à fonds perdu frisches Risikokapital einschiessen wolle. Dieser Investor, der im Moment noch im Hintergrund bleiben möchte, habe insgesamt Fr. 16'000.– zur Verfügung gestellt, indem er diesen Betrag beim Rechtsvertreter der Schuldnerin hinterlegt habe mit der Anweisung, das Guthaben im Falle der Aufhebung des Konkurses der Schuldnerin zur ausschliesslichen und freien Verfügung zu überweisen (act. 2 Rz 10, act. 13 Rz 6). Der Rechtsvertreter bestätigt denn mit Schreiben vom 15. Mai 2022, den Betrag von Fr. 10'000.– zugunsten der Schuldnerin empfangen zu haben, der sich nun in seinem ausschliesslichen Gewahrsam befinde. Er hält weiter fest, diesen Betrag der Schuldnerin zur ausschliesslichen und freien Verfügung überweisen zu müssen, sobald die Konkursöffnung aufgehoben worden sei. Ebenfalls daraus bezahlt werden könnten die Kosten des Beschwerdeverfahrens (act. 5/8). Für die zweite Tranche von Fr. 6'000.– liegt keine Bestätigung des Rechtsvertreters vor, womit es sich diesbezüglich grundsätzlich um eine reine Parteibehauptung handelt; dass die Eingabe vom 23. Mai 2022 von besagtem Rechtsvertreter unterzeichnet wurde (vgl. act. 13), ändert daran nichts, machte er doch die entsprechende Behauptung im Namen der Partei. Zudem ist mangels Ausführungen der Schuldnerin dazu nicht bekannt, unter welchem Rechtstitel ihr die fraglichen Gelder zur Verfügung gestellt werden. Damit ist insbesondere ungewiss, ob sie diese dereinst zurück bezahlen müsste. Gerade angesichts dessen, dass die Schuldnerin anwaltlich vertreten ist und im Übrigen über die Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit mit Verfügung vom 18. Mai 2022 informiert wurde (vgl. act. 10 E. 4.2), sind die Ausführungen und Belege zu dem ihr anscheinend zur Verfügung gestellten Kapital sehr

dürftig. Über weitere, eigene liquide Mittel der Schuldnerin ist im Übrigen nichts bekannt, es ist davon auszugehen, dass keine (mehr) vorhanden sind. Allfällige Sachwerte wie etwa Mobiliar etc. des Restaurants wären im Übrigen nicht zu berücksichtigen, da die Schuldnerin diese für die zukünftige Geschäftstätigkeit benötigen würde. Maximal stünden der Schuldnerin folglich Fr. 16'000.– an liquiden Mitteln zur Schuldentilgung zur Verfügung. Selbst wenn für das vorliegende Verfahren aber von diesem Betrag ausgegangen würde, kann die Schuldnerin bereits die sicher noch offenen Schulden von Fr. 15'855.70 sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.–, diejenigen des Konkursamtes von Fr. 1'200.– und die Fr. 70.– für den allfälligen Rest der Konkursforderung (vgl. act. 13 Rz 6 sowie act. 5/8) nicht vollständig decken, geschweige denn zusätzlich die allenfalls noch offenen Fr. 10'797.50 im Stadium der Verwertung.

4.5. Zusammenfassend entsteht das Bild einer Schuldnerin, welche – wenn auch nicht selbstverschuldet, sondern aufgrund der die Gastronomiebranche äusserst hart treffenden, einschneidenden Massnahmen der Corona-Pandemie – ernsthafte Liquiditätsprobleme hat. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass es zu Verwertungen und Pfändungen kam, praktisch nur Steuerforderungen und Forderungen aus Sozialversicherungen betrieben wurden (vgl. act. 5/7 und act 14/15), die nicht zum Konkurs führen können (Art. 43 Ziff. 1 SchKG), und teilweise auch Kleinstbeträge über wenige hundert Franken betrieben werden mussten. Zudem verfügt die Schuldnerin über keine eigenen Mittel, um die Ausstände zu tilgen, sie ist hierzu auf einen Dritten angewiesen. Zwar erhob die Schuldnerin nicht systematisch Rechtsvorschlag und kam es abgesehen von der Vorliegenden noch nie zu einer Konkurseröffnung, doch wurde die Schuldnerin erst im November 2019 gegründet, sodass sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. In einer solchen Situation rechtfertigt es sich, erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit zu stellen. Die wie gezeigt knappen Auskünfte und Belege der – immerhin anwaltlich vertretenen – Schuldnerin genügen daher nicht, um es als glaubhaft erscheinen zu lassen, dass keine weiteren Kosten anfallen werden und abgesehen von den aus dem Betreibungsregisterauszug Hervorgehenden keine weiteren Kreditoren bestehen. Hinzu kommt, dass die Schuldnerin selbst die bekannten Schulden nicht decken kann, sogar wenn bei sehr grosszü-

giger Betrachtung – die hier wie erwähnt grundsätzlich nicht angezeigt ist – die gesamten ihr ihren Behauptungen nach zukommenden Fr. 16'000.– berücksichtigt würden. Ihre Zahlungsunfähigkeit erscheint damit als wahrscheinlicher als die Zahlungsfähigkeit, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

5. Der Vollständigkeit halber ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach (frühestens nach Ende der Eingabefrist, vgl. Art. 195 Abs. 2 SchKG) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) beglichen sind oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

6. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren ist nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht aufgrund ihres Unterliegens, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **15. Juni 2022, 11.30 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage von Doppeln von act. 2 und act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das

Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, 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:

MLaw C. Funck

versandt am: