

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210007-O/U

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

## Urteil vom 19. Januar 2021

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ Pensionskasse,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 6. Januar 2021 (EK200473)

### **Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon eröffnete mit Urteil vom 6. Januar 2021 über die Beschwerdeführerin den Konkurs für vier Forderungen der Beschwerdegegnerin in Höhe von Fr. 9'060.20 (inkl. Zins und Kosten; act. 7 und act. 9). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 11. Januar 2021 rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie sinngemäss die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 12. Januar 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert (act. 10). Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 750.-- angesetzt und sie wurde auf die Voraussetzungen der Konkursaufhebung sowie die Möglichkeit, ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Darlegung des Konkursaufhebungsgrundes und der Zahlungsfähigkeit zu ergänzen, hingewiesen (act. 10). Am 13. Januar 2021 leistete die Beschwerdeführerin den Kostenvorschuss (act. 12 und act. 14/5). Zudem reichte sie innert Frist eine weitere Eingabe mit zusätzlichen Beilagen ein (act. 13-14).
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 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 macht zunächst geltend, die Konkursforderungen einschliesslich Zinsen und Kosten der Beschwerdegegnerin bezahlt zu haben. Zum Nachweis legt sie die entsprechenden Abrechnungen des Betriebsamtes C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_ von 14. Januar 2021 zu den Akten (act. 14/2, Quittung Nrn. 128-131). Zudem legt die Beschwerdeführerin eine Bestätigung des Konkursamtes C.\_\_\_\_ vom 11. Januar 2021 vor, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- geleistet hat (act. 5/5). Damit hat die Beschwerdeführerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

3.2. Sodann ist die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners 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\_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; 5A\_328/2011 vom 11. August 2011, E. 2).

3.3. Die Beschwerdeführerin ist als GmbH seit dem tt.mm.2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Führung von Betrieben des Hotel- und Gastgewerbes, insbesondere des Restaurants Pizzeria E.\_\_\_\_\_ sowie die Vermittlung von und Handel mit derartigen Betrieben (act. 6). Zu ihrer Zahlungsfähigkeit gibt die Beschwerdeführerin an, das Restaurant habe auf Grund der Umstände seit Ende Dezember 2020 keine Mitarbeiter mehr. Es seien auch die Räumlichkeiten gekündigt worden. Dies habe zur Auszahlung der Mietkaution geführt, womit alle Ausstände beim Betreibungsamt hätten bezahlt werden können. Es bestehe gegenwärtig faktisch nur noch ein Firmenmantel ohne Schulden, welchen die Beschwerdeführerin vielleicht in Zukunft, unter besseren Umständen, wiederbeleben möchte (act. 13).

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 C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_ (act. 14/1) weist per 14. Januar 2021 keine Verlustscheine und 48 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 196'111.90 aus, wovon jedoch eine Beteiligung über Fr. 6'755.40 bereits erloschen ist und alle übrigen Beteiligungen über Fr. 189'356.50 durch Bezahlung (an das Betreibungsamt oder den Gläubiger) erledigt worden sind. Wie von der Beschwerdeführerin ausgeführt, bestehen demnach derzeit keine offenen Beteiligungen mehr, was für ihre Zahlungsfähigkeit spricht.

3.5. Des Weiteren reicht die Beschwerdeführerin die AHV-Lohnbescheinigung für das Jahr 2020 ein, woraus ersichtlich ist, dass die Anstellungen der Mitarbeiter spätestens per Ende Jahr beendet wurden (act. 14/3). Ferner bestätigt die F.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 6. Januar 2021 die Auflösung des Mieterkautionsskontos (act. 5/3). Unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist gestützt auf die eingereichten Unterlagen deshalb davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin aktuell keine Geschäftstätigkeit und auch keine Geschäftsräumlichkeiten mehr hat, weshalb mit Blick auf die Erfolgsrechnung 2019 (act. 14/7) auch keine nennenswerten laufenden Kosten anfallen dürften, die es zu decken gälte.

3.6. Vor diesem Hintergrund ist glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Beschwerdeführerin zurückzuführen war, zumal die Beschwerdeführerin offenbar in der Lage war, am 14. Januar 2021 den Betrag von Fr. 81'276.65 für die offenen in Betreuung gesetzten Schulden aufzubringen. Zudem ist glaubhaft, dass keine laufenden Verbindlichkeiten mehr bestehen, die zu decken wären. Somit erscheint insgesamt die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Beschwerdeführerin wahrscheinlicher als das Gegenteil. Daher gilt die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten zur Zeit als zahlungsfähig im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

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. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der über die Beschwerdeführerin am 6. Januar 2021 eröffnete Konkurs wird aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Beschwerdegegnerin bezogene Gebühr des Konkursgerichts von Fr. 400.-- wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt C.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'000.-- von der Beschwerdeführerin einbezahlt) der

Beschwerdegegnerin Fr. 1'800.-- und der Beschwerdeführerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt C.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt C.\_\_\_\_\_/D.\_\_\_\_\_, 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

i.V. Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: