

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170261-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 7. Dezember 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 7. November 2017 (EK170357)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin ist Inhaberin des seit dem 27. Januar 2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelunternehmens C.\_\_\_\_\_. Das Unternehmen ist mit folgendem Zweck im Handelsregister aufgeführt: ... Restaurant (vgl. act. 6).

1.2. Am 7. November 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dietikon den Konkurs über die Schuldnerin (vgl. act. 3 = act. 7 = act. 8/10). Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin beim Obergericht des Kantons Zürich mit Eingabe vom 24. November 2017 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (vgl. act. 2, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 8/12). Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Mit Verfügung vom 27. November 2017 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt (vgl. act. 9). Auf die Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 750.– bereits vorgeschossen hatte (vgl. act. 5/5 und act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 8). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Konkurseröffnung kann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) urkundlich nachweist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Neue Behauptungen und Urkundenbeweise sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind, zulässig, müssen indes vor Ablauf der Beschwerdefrist beigebracht werden (BGE 136 III 294 und BGE 139 III 491). Da es sich bei der Beschwerdefrist um eine gesetzliche Frist handelt, ist die Gewährung einer Fristerstreckung bzw. einer Nachfrist ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Konkurseröffnung erfolgte für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 3'096.60 nebst Zins zu 5% seit 21. April 2017 und von Fr. 144.85 (ohne Zins) abzüglich zweier Teilzahlungen von Fr. 1'471.55 und Fr. 1'800.– sowie Betreuungskosten von Fr. 232.60 (vgl. act. 7). Den vorinstanzlichen Akten ist zu entnehmen, dass die Schuldnerin am 24. Juli 2017 Fr. 1'085.55 und am 18. September 2017 Fr. 386.– an das Betreibungsamt bezahlt hat (vgl. act. 8/1, act. 8/3/4 und act. 8/4). Nach Art. 68 Abs. 2 SchKG ist die Gläubigerin berechtigt, von der ersten Teilzahlung vorab die Betreuungskosten zu beziehen. Unter Berücksichtigung des Zinsenlaufes ergibt dies eine noch offene Forderung von Fr. 2'072.95. Davon ist der von der Schuldnerin am 2. November 2017 bei der Vorinstanz zu Handen der Gläubigerin hinterlegte Betrag von Fr. 1'800.– abzuziehen. Damit verbleibt eine noch offene Konkursforderung von Fr. 272.95. Die Schuldnerin hat für die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten bei der Rechtsmittelinstanz am 23. November 2017 Fr. 1'000.– hinterlegt (vgl. act. 11). Ferner hat sie beim Konkursamt D.\_\_\_\_\_ zur Deckung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und des Konkursamtes bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'800.– sichergestellt (vgl. act. 5/6). Damit ist der Konkurshinderungsgrund der Hinterlegung erfüllt.

Zu den von der Schuldnerin bei der Vorinstanz einbezahlten Fr. 1'800.– ist anzumerken, dass die Vorinstanz – da sie den Konkurs eröffnet hat – diesen Betrag nicht an die Gläubigerin hätte herausgeben dürfen (vgl. Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids), sondern an das Konkursamt hätte überweisen müssen (vgl. Art. 197 ff. SchKG). Da im Beschwerdeverfahren der Konkurs aufzuheben sein wird, ist dies jedoch nicht weiter relevant.

2.3. Folglich bleibt noch mit Blick in die Zukunft zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin gegeben ist bzw. angenommen werden kann. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, in näherer Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldne-

rin noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihr die Tilgung ihrer Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass wirklich glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Der Umstand, dass offene Beteiligungen mittlerweile beglichen wurden, darf als ein Indiz für eine bloss temporäre Illiquidität berücksichtigt werden (vgl. statt vieler OGer ZH PS160134 vom 18. August 2016). Auch wenn die Schuldnerin die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen ihre Behauptungen allein nicht. Sie muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, dass die Behauptungen zutreffend sind, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 E. 2.3).

Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister. Der eingereichte Auszug vom 24. November 2017 umfasst den Zeitraum vom 11. Mai 2016 bis 26. Oktober 2017 (vgl. act. 5/8). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin insgesamt 15 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf Fr. 30'120.95. Von diesen Beteiligungen ist die vorliegende Konkursöffnung nicht mehr zu berücksichtigen. Die restlichen 14 Beteiligungen sind durch Zahlung an das Beteiligungsamt erledigt worden. Ob es sich dabei um Forderungen privater oder geschäftlicher Natur handelte (vgl. act. 2 Rz 14), kann damit offenbleiben. Dass derzeit keine offenen Beteiligungen mehr bestehen, spricht für die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

Um die Zahlungsfähigkeit glaubhaft darzulegen, reichte die Schuldnerin eine Vermögensübersicht ihrer Geschäftskonti bei der PostFinance und der ZKB ein (vgl. act. 5/9). Dem Kontoauszug der PostFinance lässt sich entnehmen, dass der Saldo – zumindest für den Zeitraum vom 9. Oktober 2017 bis 24. November 2017 – immer positiv war und per 24. November 2017 Fr. 9'485.23 betrug. Der Saldo auf dem ZKB-Konto belief sich per 24. November 2017 auf Fr. 3'542.40 und wies

im Monat November 2017 nie einen Negativsaldo auf. Um zu belegen, dass sich das Restaurant im Raum D.\_\_\_\_\_ etabliert und einen guten Ruf erarbeitet hat (vgl. act. 2 Rz 16), reicht die Schuldnerin Auszüge von Bewertungen ein, die auf eat.ch, Facebook sowie Tripadvisor erschienen sind (vgl. act. 5/10). Solche Auszüge sind wenig geeignet, um die Liquidität des Unternehmens darzutun. Sie können einzig einen Hinweis liefern, dass das Restaurant gut läuft und die Gäste zufrieden sind. Belege, die der Beurteilung der aktuellen finanziellen Situation dienen würden, namentlich Belege für die angeblich gute Auftragslage (vgl. act. 2 Rz 16) sowie eine Aufstellung über die aktuellen Einnahmen und Ausgaben fehlen. Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes, aus den Kontoauszügen, die entsprechenden Positionen herauszusuchen und zuzuordnen. Alleine gestützt auf die eingereichten Unterlagen kann die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht verlässlich beurteilt werden.

Zu Gunsten der Schuldnerin ist jedoch der Umstand zu werten, dass sie offenbar in der Lage war, sämtliche in Betreuung gesetzten Forderungen zu begleichen. Es rechtfertigt sich daher gerade noch die Annahme, dass die Konkursöffnung kaum auf eine ständige Illiquidität der Schuldnerin, sondern vielmehr – wie sie selbst sagt – auf ihre administrative Überforderung (vgl. act. 2 Rz 12 f.) zurückzuführen ist. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, im heutigen Zeitpunkt noch von der Wahrscheinlichkeit der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit der Schuldnerin auszugehen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses. Sollte es zu einer erneuten Konkursöffnung kommen, wären an das Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen.

3.

Die Kosten des Konkursöffnungs- und des Beschwerdeverfahrens wurden durch die Zahlungssäumnis der Schuldnerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufgehoben werden kann. Prozessentschädigungen sind mangels entstandener Umtriebe nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Dietikon vom 7. November 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 1'000.–, Fr. 272.95 an die Gläubigerin und den Rest (Fr. 727.05) an die Schuldnerin auszubezahlen.
4. Das Konkursamt D.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt D.\_\_\_\_\_, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: