

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140235-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

## Urteil vom 2. Oktober 2014

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

**Stiftung B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. September 2014 (EK141193)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 24. Januar 2013 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Ihr Zweck ist die Erbringung von Baudienstleistungen aller Art im Hoch- und Tiefbau, Malerei, Gipserei, Schalung und Armierung, Ausmietung von Angestellten sowie die Übernahme von Gebäudeunterhalts- und Gebäudereinigungsarbeiten, Verwaltungen und Vertretungen (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 10. September 2014, 10:00 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderungen von Fr. 1'250.– nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2013 sowie Fr. 298.30 Betreuungskosten (act. 3 = 7 = 8/8).

Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 18. September 2014 rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 8/11). Sie verlangt die Aufhebung der Konkurseröffnung. Ferner ersuchte sie darum, es sei ihrer Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

1.3. Mit Verfügung vom 19. September 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Auf eine Fristansetzung zur Leistung des Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren konnte verzichtet werden, da die Schuldnerin diesen bereits bei der Obergerichtskasse einbezahlt hatte (act. 5/22). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-11). Das Verfahren ist spruchreif.

### 2. Materielles

2.1. Wurde die Betreuungsforderung samt Zinsen und Kosten bereits vor der Konkurseröffnung bezahlt, wäre der Konkurs*hinderungsgrund* von Art. 172 Ziff. 3 SchKG erfüllt und der Konkursrichter hätte den Konkurs nicht eröffnet, wenn er davon in Kenntnis gesetzt und ihm die Tilgung mit Urkunden belegt worden wäre. Die Zahlung vor der Konkurseröffnung stellt aber zugleich auch einen

*Konkursaufhebungsgrund* dar, der mit dem Rechtsmittel gegen die Konkursöffnung als neue Tatsache im Sinne von Art. 174 Abs. 1 zweiter Satz SchKG geltend gemacht werden kann. In diesem Fall muss die Schuldnerin – anders als wenn sie erst nach der Konkursöffnung bezahlt – ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen.

Die Schuldnerin bringt vor, die Konkursforderung am 7. September 2014 – und damit *vor* der Konkursöffnung – mit Postüberweisung an die Gläubigerin bezahlt zu haben (act. 2). Den entsprechenden Beleg reicht sie zu den Akten (act. 5/19). Die Schuldnerin führt aus, dass die Quittung zwar nicht zweifelsohne der Konkursforderung zugeordnet werden könne. Die Zahlung sei jedoch in Anwendung von Art. 87 Abs. 1 OR der zuerst betriebenen Forderung zuzurechnen.

Bezüglich den Ausführungen zur Anrechnung ist der Schuldnerin grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch beglich sie mit der Postüberweisung vom 7. September 2014 lediglich den Hauptbetrag der Forderung (Fr. 1'250.–), nicht hingegen die Zinsforderung (5 % auf Fr. 1'250.– seit dem 1. Juli 2013) und die Betreuungskosten (Fr. 298.30). Art. 172 Ziff. 3 SchKG erfordert jedoch die Tilgung auch der Zinsen und Kosten; nur wenn diese Beträge ebenfalls beglichen wurden, liegt der *Konkursaufhebungsgrund* vor. Da die Forderung nicht vollumfänglich vor der Konkursöffnung getilgt wurde, kann der Konkurs nicht gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG aufgehoben werden.

2.2. Die Konkursöffnung kann sodann im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden nachweist, dass inzwischen einer der drei gesetzlich vorgesehenen *Konkurshinderungsgründe* (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) eingetreten ist (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Die Schuldnerin belegt, die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten am 11. September 2014 – und damit *nach* der Konkursöffnung – beim Betreibungsamt Zürich ... getilgt zu haben (act. 5/20). Auch belegt sie, den Betrag von Fr. 1'000.– beim Konkursamt ...-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen *Konkursaufhebung* am

11. September 2014 hinterlegt zu haben (act. 5/21). Damit hat sie den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nachgewiesen. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

2.3. Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit setzt voraus, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (BSK SchKG II-GIROUD, 2. Aufl., Art. 174 N 26). Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichende 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, ihren laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin 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.

2.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Person vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der eingereichte Auszug der Schuldnerin umfasst den Zeitraum vom 24. Januar 2013 (Datum der Eintragung im Handelsregister) bis zum 11. September 2014 (Datum Ausstellung). In dieser Periode wurde die Schuldnerin insgesamt zehn Mal betrieben. Hiervon wurde eine Betreibung durch Zahlung an den Gläubiger erledigt. Die restlichen neun Betreibungen wurden durch Zahlung an das Betreibungsamt abgeschlossen. Es bestehen somit aktuell keine offene Betreibungen (act. 5/6).

2.3.2. Die Schuldnerin führt sodann aus, bis anhin sei noch kein Jahresabschluss erstellt worden. Sie sei jedoch bemüht, diesen innert nützlicher Frist zu erstellen. Per 31. August 2014 habe sie für abgeschlossene Arbeiten vier grössere Rechnungen an die Auftraggeberin, die C.\_\_\_\_\_ AG, versandt. Der Gesamtbetrag der in Rechnung gestellten Arbeiten würde Fr. 49'110.30 betragen. Ausserdem habe sie derzeit mehrere grosse Aufträge pendent, welche teils auf schriftlichen und teils auf mündlichen Werkverträgen basieren würden. Als Beispiel hierzu reiche sie einen Vertrag mit der D.\_\_\_\_\_ AG ein, worin es um ein Auftragsvolumen von

ca. Fr. 405'000.– gehe. Vereinbart sei eine monatliche Abrechnung. Somit würden ihr in absehbarer Zeit genügend liquide Mittel zufließen, um auch weiterhin kurzfristigen und langfristigen Verbindlichkeiten nachkommen zu können (act. 2). Der Vertrag liegt bei den Akten (vgl. act. 5/15) und es folgt aus den Vertragsziffern 5 und 6 ein Auftragsvolumen (brutto) in etwa der behaupteten Grösse.

Die Schuldnerin hat Unterlagen vorgelegt, die objektive Anhaltspunkte für die Richtigkeit ihrer Ausführungen zur Zahlungsfähigkeit liefern (act. 5/11-15). Damit ist derzeit hinreichend glaubhaft gemacht, dass die Schuldnerin den laufenden Verpflichtungen grundsätzlich nachzukommen vermag und sie lediglich vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten unterlag. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Konkurses.

### 3. Kosten

Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

### **Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. September 2014, 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 Spruchgebühr für den erstinstanzlichen Entscheid wird auf Fr. 400.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Es wird vorgemerkt, dass diese Gebühr aus dem von der Gläubigerin vor Vorinstanz geleisteten Vorschuss bereits bezogen wurde.

3. Das Konkursamt ...-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'400.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt ...-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich ..., 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:

MLaw D. Weil

versandt am: