

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180150-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter  
Prof. Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 14. September 2018

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gläubiger und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 14. August 2018 (EK180055)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin ist seit dem tt. September 2013 im Handelsregister eingetragen. Sie ist im Wesentlichen im Bereich des Spezialtiefbaus tätig (vgl. act. 6). Am 21. März 2017 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon den Konkurs über die Schuldnerin, der mit Urteil der Kammer vom 4. Mai 2017 wieder aufgehoben wurde (vgl. OGer ZH PS170080).

1.2. Am 14. August 2018 wurde über die Schuldnerin erneut der Konkurs eröffnet (vgl. act. 9 [= act. 3 = act. 10/7]). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 17. August 2018 samt Beilagen rechtzeitig Beschwerde, mit welcher sie die Aufhebung des Konkurses beantragt (vgl. act. 2 und act. 5/2-10, zur Rechtzeitigkeit siehe act. 10/8/1). Nachdem mit Verfügung vom 17. August 2018 die aufschiebende Wirkung verweigert wurde (vgl. act. 7), ersuchte die Schuldnerin mit Eingabe vom 23. August 2018 (samt Beilagen) erneut um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 12 und act. 13/1-10). In der Folge wurde die aufschiebende Wirkung gewährt (vgl. act. 14). Mit Eingabe vom 27. August 2018 ergänzte die Schuldnerin – innert der Beschwerdefrist – ihre Beschwerde mit weiteren Unterlagen (vgl. act. 16 und act. 17/1-6).

1.3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin rechtzeitig bevorschusst (vgl. act. 7, act. 8/1, act. 11). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5). 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 Konkursöffnung erfolgte für eine Forderung des Gläubigers von Fr. 581.40 (inkl. Zins und Spesen) und Gerichtskosten von Fr. 500.– (vgl. act. 9). Die Schuldnerin weist nach, dem Gläubiger am 17. August 2018 Fr. 1'081.40 überwiesen zu haben (vgl. act. 5/3). Mit dieser Zahlung ist die der Konkursöffnung zu Grunde liegende Forderung getilgt. Ferner belegt die Schuldnerin, beim Konkursamt Turbenthal Fr. 2'000.– für die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes sichergestellt zu haben (vgl. act 5/4).

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 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. 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 Ge-

genteil 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).

Ganz generell ist es ein starkes Indiz gegen die Zahlungsfähigkeit, wenn ein Schuldner – wie hier – innert kurzer Zeit (das heisst nach weniger als zwei Jahren) nach einem Konkurs wiederum in Konkurs fällt. Es spricht auch gegen die Zahlungsfähigkeit, wenn sich ein Schuldner (auch) für kleine und sehr kleine Beträge betreiben lassen muss, erst recht, wenn er wegen einer solchen Verbindlichkeit Konkurs geht.

2.3.1. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Dem Vorbringen der Schuldnerin, wonach sie ihren Zahlungsverpflichtungen immer nachgekommen sei, weil keine Verlustscheine beständen (vgl. act. 12 S. 5 Ziff. 3.e.), kann nicht beigespflichtet werden, da der eingereichte Auszug vom 17. August 2018, der den Zeitraum von August 2014 bis August 2018 umfasst, eine andere Sprache spricht (act. 5/7 = act. 17/1). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin nämlich insgesamt 171 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag beläuft sich auf rund Fr. 1'890'761.–. Seit der letzten Konkursöffnung, die mit Urteil vom 4. Mai 2017 wieder aufgehoben wurde, kam es zu 54 neuen Betreibungen im Umfang von Fr. 615'858.–. Die Forderungen, die der letzten und vorliegenden Konkursöffnung zugrunde lagen bzw. liegen, sind infolge Tilgung nicht mehr zu berücksichtigen (Betreibung Nrn. 1 und 2). Sieben Betreibungen sind mittlerweile erloschen (total: Fr. 111'830.–), und in 38 Betreibungen wurden die Forderungen an das Betreibungsamt bzw. an den Gläubiger bezahlt (total: Fr. 325'177.–).

Mit dem Vermerk "Befriedigung nach Verwertung" sind 38 Betreibungen versehen (total: Fr. 467'008.–). Bei diesen und bei den 18 Betreibungen, die sich im Stadium der Pfändung (total: Fr. 62'862.–) bzw. Verwertung (total: Fr. 272'497.–) befinden, handelt es sich ausschliesslich um Forderungen von öffentlich-rechtlichen Gläubigern. Diese sind zwar von der Betreibung auf Konkurs ausgeschlossen (Art. 43 SchKG), jedoch für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sehr wohl von Bedeutung (vgl. KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. A., Art. 174 N 14). Zu den öffentlich-rechtlichen Forderungen führt die Schuldnerin aus, sie habe die-

se Forderungen nicht beglichen, weil sie nach ihrer Gründung Baumaschinen und Fahrzeuge angeschafft habe, die sie habe abbezahlen müssen. Per Ende Juli 2017 hätten diese Verbindlichkeiten nur noch Fr. 3'500.– betragen (vgl. act. 12 S. 3 f. Ziff. 3.a.+b.). Weshalb seit August 2017 (und damit nachdem die Verbindlichkeiten auf Fr. 3'500.– gesunken sind) trotzdem 21 Betreibungen von öffentlich-rechtlichen Gläubigern im namhaften Umfang von rund Fr. 283'822.– angehoben worden sind, ist nicht nachvollziehbar. Die Schuldnerin räumt mit ihrem Vorbringen vielmehr selbst ein, dass sie finanziell nicht im Stande (gewesen) ist, diese Forderungen zu begleichen, und es scheint ihr auch bekannt zu sein, dass ihr aus derartigen Forderungen keine unmittelbare Gefahr im Sinne einer Geschäftsauflösung droht. All dies indiziert aber erhebliche Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin und ist negativ zu werten.

In acht von den insgesamt zehn Betreibungen, die sich im Stadium der Verwertung befinden, belegt die Schuldnerin, dass sie das Betreibungsamt um Aufschub der Verwertung im Sinne von Art. 123 SchKG ersucht hat (vgl. act. 12 S. 4 Ziff. 3.b. und act. 13/3/1-8). Unter Berücksichtigung der bis September 2018 geleisteten Raten, präsentiert sich der Abzahlungsplan wie folgt:

<b>Betreibung Nr.</b>	<b>Forderung</b>	<b>Modalität</b>	<b>Dauer</b>	<b>offen</b>
3	Fr. 37'612.05	10 Raten à Fr. 4'200.–	14.1.-14.10.18	Fr. 4'200.–
4	Fr. 21'824.85	10 Raten à Fr. 2'400.–	14.1.-14.10.18	Fr. 2'400.–
5	Fr. 29'137.15	10 Raten à Fr. 3'200.–	14.1.-14.10.18	Fr. 3'200.–
6	Fr. 37'734.90	10 Raten à Fr. 4'200.–	1.5.18.-1.2.19	Fr. 21'000.–
7	Fr. 44'236.35	6 Raten à Fr. 4'350.–	1.5-1.10.18	Fr. 4'350.– (vgl. act. 13/3/5)
8	Fr. 6'026.90	6 Raten à Fr. 1'100.–	1.5.-1.10.18	Fr. 1'100.–
9	Fr. 28'068.90	8 Raten à Fr. 3'800.–	15.5.-15.12.18	Fr. 11'400.–
10	Fr. 58'003.60	10 Raten à Fr. 6'239.–	2.8.18.-2.5.19	Fr. 49'912.–

Zu diesen noch offenen Beträgen kommt die Betreuung Nr. 11 hinzu, in welcher keine Abzahlung geleistet wird. Dies ergibt einen noch offenen Betrag von total Fr. 107'414.– (= Fr. 97'562.– + Fr. 9'852.–).

Im Stadium der Konkursandrohung befinden sich 12 Betreibungen (total: Fr. 155'264.–). Mit Belegen "Details der Kontobewegungen" und den entsprechenden Konkursandrohungen weist die Schuldnerin nach, dass sie zehn Forderungen entweder an die Gläubiger oder an das Betreibungsamt bezahlt hat (vgl. act. 17/1.2-1.11 und act. 17/1.13). In Bezug auf die Betreuung Nr. 12 belegt die Schuldnerin, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren zurückgezogen hat (vgl. act. 17/1.12). In 45 Betreibungen mit einer Gesamtsumme von Fr. 371'657.– wurde Rechtsvorschlag erhoben. Die Schuldnerin äussert sich zu keiner dieser Betreibungspositionen, insbesondere führt sie nichts dazu aus, ob die Fristen zur Beseitigung der Rechtsvorschläge bzw. zur Stellung der Fortsetzungsbegehren mittlerweile verstrichen sind. Wie die Schuldnerin bereits im Beschwerdeverfahren PS170080 hingewiesen wurde, reicht allein der Umstand, dass in zahlreichen Betreibungen Rechtsvorschlag erhoben wurde, nicht aus, um den Nichtbestand dieser Betreibungsforderungen ausreichend glaubhaft darzutun (vgl. dortige E. 7.1.2.). Mit Blick auf den umfangreichen Betreibungsregisterauszug und die zahlreichen Rechtsvorschläge erscheint jedenfalls die Annahme, dass die Schuldnerin systematisch und nur zur Verzögerung Rechtsvorschlag erhebt, als gerechtfertigt. Elf Betreibungen im Umfang von Fr. 124'466.– befinden sich im Stadium "ZB Betreuung eingeleitet". Auch zu diesen Forderungen äussert sich die Schuldnerin mit keinem Wort.

Von den in Betreuung gesetzten Forderungen sind damit insgesamt noch rund Fr. 666'400.– offen (= Fr. 107'414.– [V] + Fr. 62'862.– [P] + Fr. 371'657.00 [RV] + Fr. 124'466.– [ZB]). Ob diese Betreibungsforderungen auch in den bilanzierten Kreditoren enthalten sind, führt die Schuldnerin nicht aus.

Die Anzahl von total 171 Betreibungen seit August 2014 (wovon es in 14 Fällen zur Konkursandrohungen kam) sowie die 54 seit der letzten Konkursöffnung erhobenen Betreibungen (wovon es in fünf Fällen zur Konkursandrohung kam), die systematische Erhebung der Rechtsvorschläge und das Nichtbezahlen

von (teilweise sehr) geringen Beträgen spricht deutlich gegen die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin (vgl. dazu etwa BGer 5A\_297/2012 E. 2.3).

2.3.2. Die Bilanz 2017 weist auf der Aktivenseite ein Umlaufvermögen von Fr. 817'139.– und ein Anlagevermögen von Fr. 754'028.– auf (vgl. act. 5/5). Das Umlaufvermögen umfasst flüssige Mittel (Fr. 101'285.–), Forderungen aus Lieferung und Leistung (Debitoren; Fr. 432'368) und kurzfristige Forderungen (Fr. 36'787.–) sowie Warenvorräte (Fr. 246'698.–). Das Anlagevermögen setzt sich aus mobilen Sachanlagen (insb. Baumaschinen und Geräte) und nicht einbezahltem Aktienkapital (Fr. 50'000.–) zusammen. Auf der Passivseite der Bilanz 2017 ist ein kurzfristiges Fremdkapital von Fr. 1'476'226.– und ein langfristiges Fremdkapital von Fr. 19'079.– bilanziert. Das Eigenkapital beträgt Fr. 75'861.– (= Aktienkapital Fr. 100'000.– ./ . Verlustvortrag Fr. 27'644.– + Jahresgewinn Fr. 3'506.–).

Die Schuldnerin führt zu dieser Bilanz nichts aus bzw. begnügt sie sich zu sagen, sie befinde sich wirtschaftlich in einem guten Zustand (vgl. act. 2 S. 3). Entgegen ihrer Ansicht spricht die Bilanz 2017 nicht für ihre Zahlungsfähigkeit. Das kurzfristige Fremdkapital (Fr. 1'476'226.–) ist durch die flüssigen Mittel (Fr. 101'285.–) und die Forderungen (Fr. 469'155.–) weitgehend ungedeckt. Da dem Fremdkapital nur Aktiven in der Höhe von Fr. 1'571'167.– gegenüber standen, lag Ende 2017 sogar beinahe eine Überschuldung vor. Ausgehend von den im Jahr 2017 bilanzierten Zahlen resultiert ein Liquiditätsgrad 2 (Quick Ratio) von 9.4% ( $[\text{liquide Mittel} + \text{kurzfristige Forderungen}] \times 100 : \text{kurzfristiges Fremdkapital}$ ). Diese Kennzahl drückt die Zahlungsbereitschaft eines Unternehmens aus und sollte 100% ergeben, was hier bei weitem nicht der Fall ist (und dies ist auch nicht der Fall, wenn man beim kurzfristigen Fremdkapital die Debitoren mitberücksichtigt). Damit ist klar, dass das Unternehmen zu wenig liquid ist. Der Anlagendeckungsgrad 2 ( $[\text{Eigenkapital} + \text{langfristiges Fremdkapital}] \times 100 : \text{Anlagevermögen}$ ) beträgt 12.6%. Auch dieser Wert liegt weit unter dem Richtwert von 100%, welcher von einer sog. gesunden Unternehmung verlangt wird. Es spricht nicht für eine gesunde Finanzstruktur, wenn das Anlagevermögen nicht vollstän-

dig mit dem Eigenkapital und dem langfristigen Fremdkapital finanziert werden kann.

2.3.3. Die Zwischenbilanz per Ende Juli 2018 vermittelt kein besseres Bild. Sie präsentiert sich im Wesentlichen wie folgt (vgl. act. 13/1):

Umlaufvermögen	Fr. 707'185:	flüssige Mittel	Fr. 32'773.–
		Forderungen aus L+L	Fr. 437'623.–
		kurzfristige Forderungen	Fr. 140'000.–
		Warenvorräte	Fr. 96'698.–
Anlagevermögen	Fr. 754'028.–:	Mobile Sachanlagen	Fr. 704'028.–
		Nicht einbezahltes Aktienkapital	Fr. 50'000.–
Fremdkapital	Fr. 964'935.–:	kurzfristiges Fremdkapital	Fr. 939'064.–
		langfristiges Fremdkapital	Fr. 3'441.–
Eigenkapital	Fr. 496'277.–:	Aktienkapital	Fr. 100'000.–
		Gewinn (vor Abschreibungen)	Fr. 420'416.–
		Verlustvortrag	Fr. 24'138.–

Das kurzfristige Fremdkapital setzt sich aus Kreditoren von Fr. 693'257.– und aus "Uebr.sonstige Verbindlichkeiten" von Fr. 212'790.– zusammen. Zu den Kreditoren äussert sich die Schuldnerin nicht bzw. bringt sie einzig vor, dass diese im Vergleich zum Vorjahr reduziert worden seien (vgl. act. 12 S. 5 Ziff. 5.a). Ob in diesen Kreditoren die vorerwähnten Betreuungsforderungen (vgl. E. 2.3.1.) enthalten sind, legt die Schuldnerin – wie bereits im Beschwerdeverfahren PS170080 (vgl. dortige E. 4.2.) – nicht offen und ist auch nicht ersichtlich. Zu den übrigen Verbindlichkeiten bzw. zur Position "KK Vorsorgeeinrichtung" (Fr. 110'470.80) bringt sie vor, sie habe im August 2018 Fr. 47'000.– bezahlt, weshalb sich diese Position auf Fr. 63'470.80 reduziert habe (vgl. act. 12 S. 5 Ziff. 3.d.). Den dazu eingereichten Belegen ist zu entnehmen, dass die Schuldnerin der C.\_\_\_\_\_ AG insgesamt Fr. 47'000.– überwiesen hat (vgl. act. 13/5/1-4). Damit reduziert sich das kurzfristige Fremdkapital von Fr. 939'064.– auf Fr. 892'064.–. Wie sich dieser Umstand auf der Aktivenseite ausgewirkt hat, führt die Schuldnerin aber nicht aus.

Weiter bringt die Schuldnerin vor, die bilanzierten Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen und damit gegenüber der D. \_\_\_\_\_ GmbH seien reduziert worden (vgl. act. 12 S. 5 Ziff. 5a). Die Schuldnerin reicht diesbezüglich einen Beleg vom 30. Juni 2018 ein, wonach E. \_\_\_\_\_ (der Geschäftsführer der Schuldnerin) für die D. \_\_\_\_\_ GmbH bestätigt, auf € 150'000.– zu verzichten und mit der Umwandlung in ein langfristiges Darlehen einverstanden zu sein (vgl. act. 13/6). Nebst dem Umstand, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin offenbar auch für die D. \_\_\_\_\_ GmbH entscheidungsbefugt ist, fällt im Zusammenhang mit dem Forderungsverzicht auf, dass sich die D. \_\_\_\_\_ GmbH offenbar in Liquidation befindet (vgl. act. 5/6 letzte Seite). Im Vergleich zur Bilanz 2017 fallen auf der Aktivenseite die Positionen "KK E. \_\_\_\_\_" und "Aktive Rechnungsabgrenzungen" auf, die je um das Fünffache erhöht wurden. Dies wäre erklärungsbedürftig gewesen. Hinzu kommt, dass mit der Umwandlung von Verbindlichkeiten in ein langfristiges Darlehen die Schuldenproblematik nicht gelöst, sondern lediglich hinsichtlich der Fälligkeit aufgeschoben wird. Wie es mit der "Langfristigkeit" aussieht, bleibt zudem unerörtert.

Die von der Schuldnerin vorgebrachten Verminderungen auf der Passivseite ändern allesamt nichts daran, dass weder das kurzfristige Fremdkapital (neu: Fr. 892'064.–) noch die Kreditoren (Fr. 693'257.–) durch die flüssigen Mittel (Fr. 32'773.–) und die Debitoren (Fr. 437'623.–) sowie die kurzfristige Forderungen (Fr. 140'000.–) gedeckt sind. Auch die Liquiditäts- und Finanzierungskennzahlen vermitteln kein positives finanzielles Bild (Liquiditätsgrad 2: 19.4% und Anlagendeckungsgrad 2: 69%). Ferner bleibt anzumerken, dass durch die Bilanzierung des Gewinnes (*vor Abschreibungen*) von Fr. 420'416.– kein korrektes Bild vermittelt wurde, da dadurch der nutzungs- und altersbedingte Wertverlust des Anlagevermögens nicht berücksichtigt wurde, mithin die gesetzlich vorgesehenen Abschreibungen nicht vorgenommen wurden (vgl. Art. 960a Abs. 3 OR).

2.3.4. In der Erfolgsrechnung 2017 (act. 5/5) wurde ein Ertrag von total Fr. 2'642'588.– ausgewiesen (Ertrag aus Arbeiten und Material Fr. 2'755'040.–, Bestandesänderungen an nicht fakturierte Leistungen Fr. 6'523.– und Erlösminde-rungen Fr. -118'975.–). Die Aufwände von total ca. Fr. 2'639'080.– sind verbucht

mit: Materialaufwand Fr. 758'417.–, bezogene Dienstleistungen Fr. 66'845.–, Personalaufwand Fr. 1'044'005.–, Betriebsaufwand Fr. 457'388.–, Abschreibungen Fr. 296'041.–, Finanzaufwand Fr. 30'095.–, Periodenfremder Ertrag Fr. -13'917.–, Staats- und Gemeindesteuern Fr. 206.–. Der Jahresgewinn (nach Steuern) betrug Fr. 3'506.–.

Die Erfolgsrechnung gemäss Zwischenabschluss (act. 13/1) weist einen Ertrag von Fr. 1'147'784.– (Ertrag aus Arbeiten und Material Fr. 1'514'696.–, Bestandesänderungen an nicht fakturierte Leistungen Fr. -150'000.– und Erlösmin- derungen Fr. -216'911.–) und einen Aufwand von rund Fr. 727'364.– aus (Materi- alaufwand Fr. 267'767.–, bezogene Dienstleistungen Fr. 70'663.–, Personalauf- wand Fr. 540'513.–, Betriebsaufwand Fr. 187'284.–, Abschreibungen Fr. 0.–, Fi- nanzaufwand Fr. -5'193.–, Periodenfremder Ertrag Fr. -333'756.–, Staats- und Gemeindesteuern Fr. 89.–). Der Gewinn nach Steuern und vor Abschreibungen beträgt Fr. 420'416.–.

Die Schuldnerin bringt vor, sie habe im 1. Halbjahr für Waren- und Materi- albezüge rund Fr. 250'000.– in "bar und/oder vorschüssig" bezahlt (vgl. act. 12 S. 4 Ziff. 3.c.). Da sie nicht darlegt (und auch nicht nachvollziehbar ist), inwiefern sich dies zu ihren Gunsten bzw. positiv auf ihre Zahlungsfähigkeit auswirkt, erüb- rigt es sich auf die "als Beispiele" eingereichten Rechnungen (act. 13/4/1-11) ein- zugehen. Weiter erwähnt die Schuldnerin, dass sie im Jahr 2018 Löhne von ins- gesamt Fr. 383'000.– bezahlt habe (vgl. act. 12 S. 5 Ziff. 3.e.). Der monatliche Lohnaufwand beträgt damit rund Fr. 54'714.– (= Fr. 383'000.– / 7) und entspricht in etwa dem im Dokument "pendente Zahlungen" ersichtlichen Betrag (vgl. act. 17/6.1. und 6.2). Im Zusammenhang mit der Verfügung, mit welcher die auf- schiebende Wirkung gewährt wurde, ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Schuldnerin mit diesem Beleg den verlangten Nachweis der Bezahlung der Augustlöhne nicht erbracht hat. Das Nachreichen eines Belegs, aus welchem die *ausgeführten Zahlungen* ersichtlich sind, wäre von der anwaltlich vertretenen Schuldnerin zu erwarten gewesen. Der Betriebsaufwand von monatlich Fr. 38'115.– (= Fr. 457'388.– / 12) konnte gemäss Zwischenabschluss auf Fr. 26'754.– pro Monat reduziert werden (= Fr. 187'284 / 7), und dürfte durchaus

im Zusammenhang mit der vorgebrachten Abbezahlung der im 2014 erworbenen Baumaschinen stehen (vgl. act. 12 S. 4 Ziff. 3.c. und S. 6 Ziff. 5.b.). In Bezug auf den Aufwand bringt die Schuldnerin ausserdem pauschal vor, sie habe diverse Aufwandpositionen vermindern können (act. 12 S. 3 Ziff. 1.b.). Welche Aufwände konkret betroffen sind und weshalb diese vermindert werden konnten, erklärt die Schuldnerin nicht, und es ist auch nicht die Aufgabe des Gerichts, sämtliche Aufwandpositionen mit den Vorjahreszahlen zu vergleichen und/oder die relevanten Beträge zusammen zu tragen.

Endlich bringt die Schuldnerin zum Zwischenabschluss vor, sie habe den Ertrag aus Arbeiten und Material im Vergleich zum Vorjahr um rund Fr. 312'000.– steigern und – wie bereits gesagt – den Aufwand bei verschiedenen Positionen vermindern können, was zu einem Cash flow (EBITDA) von rund Fr. 420'000.– geführt habe (vgl. act. 12 S. 3 Ziff. 1.b.). Zunächst ist festzuhalten, dass – entgegen der Ansicht der Schuldnerin – der EBITDA nicht Fr. 420'000.–, sondern Fr. 81'555.– beträgt. Bei dem von der Schuldnerin vorgebrachten Betrag von Fr. 420'000.– ist ein periodenfremder Ertrag von Fr.-333'756.– enthalten. Solche Erträge sind einer anderen Abrechnungsperiode zuzurechnen und ergeben sich bspw. aus Buchungen, welche Schätzungen oder wesentliche Fehler der Vorperiode korrigieren (vgl. BSK OR II-NEUHAUS/GERBER, 5. A., Art. 959b OR). Woher dieser Ertrag stammt und inwiefern dieser Betrag, der nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit stehen dürfte, für die Zahlungsfähigkeit aussagekräftig sein soll, wird von der Schuldnerin nicht erklärt. Für die Ermittlung des Gewinnes ist der periodenfremde Ertrag daher ausser Acht zu lassen. Der EBITDA (Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization) ist wie der EBIT (Earnings Before Interests and Taxes) eine Kennzahl, um das Betriebsergebnis darzustellen und vergleichbar zu machen. Der EBITDA entspricht dem operativen Ergebnis (vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen) und der EBIT ist einer der wichtigsten Indikatoren der betrieblichen Leistungskraft (vgl. C. MEYER, Finanzielles Rechnungswesen, Zürich 2008, S. 351). Bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit ist es jedenfalls nicht üblich, auf den EBITDA abzustellen. Massgebend ist vielmehr der EBIT bzw. der effektiv zur Verfügung stehende Gewinn nach Abzug der Steuern und der Abschreibungen. Da der Zwischenab-

schluss keinen EBIT ausweist und sich die Schuldnerin – obwohl sie ein sechsstufiges Betriebsinventar einreicht – auch nicht zum Nutzenabgang ihres Anlagevermögens bzw. zur Höhe der Abschreibungen äussert, ist die Ermittlung des für die vorliegende Beurteilung der Zahlungsfähigkeit notwendigen Gewinnes nicht möglich. Geht man – wie von der Schuldnerin verlangt – vom EBITDA für den Zeitraum von Januar bis Ende Juli 2018 aus, dann ergibt dies im Monat lediglich einen Betrag von Fr. 11'650.– (= Fr. 81'555.– / 7), und im 2017 betrug der monatliche EBITDA Fr. 26'327.– (Fr. 315'932.– / 12). Inwiefern sich die finanzielle Lage wesentlich verbessert haben sollte, ist nach dem Gesagten und entgegen der Ansicht der Schuldnerin nicht ersichtlich. Selbst wenn auf ihre Ansicht abgestellt würde, wonach von einem guten Geschäftsgang 2018 auszugehen sei (vgl. act. 12 S. 5 Ziff. 5.a), ist fraglich, weshalb gegen die Schuldnerin seit Beginn dieses Jahres trotzdem 19 Beteiligungen in der Höhe von rund Fr. 247'200.– angehoben wurden.

2.3.5. Zu ihrer Auftragslage bringt die Schuldnerin vor, aus dem "Auftragsbestand per 14. August 2018 bis November 2018" gehe hervor, dass sie gegenwärtig auf fünf Baustellen tätig und bis Ende Jahr gut ausgelastet sowie mit einem Umsatz von rund Fr. 1.22 Mio. zu rechnen sei. Die in der Tabelle "Umsatzaufstellung" budgetierten Umsatzzahlen würden im erwarteten Rahmen liegen, weshalb sich der Liquiditätsplan als zutreffend und realistisch erweise (vgl. act. 12 S. 6 Ziff. 6). Gemäss der eingereichten Übersicht "Liquiditätsplanung Kurz-Mittelfristig" würden bis Ende Oktober Fr. 756'000.– und bis Ende November 2018 Fr. 1'061'000.– eingehen. Nach Abzug der entsprechenden Aufwandpositionen werde sie daher problemlos in der Lage sein, sämtliche fälligen Verbindlichkeiten zu bezahlen bzw. es bestehe die hervorragende Aussicht, sämtliche heute bestehenden Verbindlichkeiten innert eines Jahres zu begleichen (vgl. act. 16 S. 3 oben).

Zunächst ist festzuhalten, dass die Schuldnerin von unterschiedlichen Beträgen spricht und auch aus den diversen Tabellen und Übersichten unterschiedliche Beträge hervorgehen. Die Tabellen "Umsatzaufstellung" (act. 13/8) und "Liquiditätsplan 2018" (act. 13/9) sowie "Liquiditätsplanung Kurz-Mittelfristig" (vgl. act. 17/2.1) werden von der Schuldnerin nicht näher erläutert. Sie erweisen sich

als blosser Parteibehauptungen, die durch keine weiteren objektiven Anhaltspunkte untermauert werden. Ebenso verhält es sich mit dem mit "Offene Posten per 27. August 2018" überschriebenen Dokument, mit welchem die Schuldnerin ein Debitorenguthaben von Fr. 438'347.40 geltend machen möchte (vgl. act. 17/4 und act. 16 S. 3 Ziff. 3.c). Äussern tut sie sich dazu nicht und sie reicht auch keine entsprechende Rechnungen ein. Vermutungsweise ist davon auszugehen, dass diese Debitoren den buchhalterisch erfassten Debitoren entsprechen. Wann mit den Zahlungseingängen zu rechnen ist, führt die Schuldnerin nicht aus. Zudem datieren die erwähnten Belege act. 13/8 und 9 vom 14. und 20. August 2018, weshalb sie den Eindruck erwecken, dass sie auf das Beschwerdeverfahren hin erstellt worden sind. Weiter fällt auf, dass der mit der letzten Eingabe eingereichte "Liquiditätsplan 2018" (act. 17/2.2) gegenüber dem bereits erwähnten "Liquiditätsplan 2018" (act. 13/9) andere Beträge aufführt. Eine Erklärung dafür liefert die Schuldnerin nicht. Für die Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit genügt es nicht zu behaupten, die Schuldnerin befinde sich (gestützt auf diese Unterlagen) wirtschaftlich auf einem guten Weg (vgl. act. 12 S. 6 Ziff. 6), und es ist auch wenig bzw. nicht hilfreich, wenn bloss von in Abzug zu bringenden Aufwandpositionen und fälligen Verbindlichkeiten gesprochen wird, ohne dabei einen konkreten Betrag zu nennen.

Im Zusammenhang mit der Übersicht "Auftragsbestand per 14. August 2018 bis November 2018", mit welcher die Schuldnerin ein Auftragsvolumen von Fr. 1.22 Mio. geltend macht (act. 13/7 = act. 17/5), reicht die Schuldnerin zwar Offerten und/oder Auftragsbestätigungen ein (vgl. act. 17/5.1-10), sie unterlässt es aber darzutun, welchen der 13 in ihrer Übersicht aufgelisteten Baustellen diese zuzuordnen sind. Obwohl dies nicht Aufgabe des Gerichtes ist, können die Offerten/Auftragsbestätigungen mit acht Baustellen in Verbindung gebracht werden. Als Begründung, weshalb sie teilweise nur Offerten eingereicht hat, bringt die Schuldnerin vor, sie agiere in den meisten Fällen als Unterakkordantin, weshalb die Offerten in der Regel nur mündlich angenommen würden (vgl. act. 16 S. 3 Ziff. 3.c.). Wie der Schuldnerin bereits im Beschwerdeverfahren PS170080 mitgeteilt wurde, sind Offerten keine verbindlichen Aufträge, sondern Anträge zum Vertragsschluss, weshalb sie unberücksichtigt bleiben müssen (vgl. dortige E. 8.4.).

Angesichts dessen ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Schuldnerin keine Bestätigungen ihrer Auftraggeber verlangt bzw. im Hinblick auf das Beschwerdeverfahren eingeholt hat. Die mit und ohne Offerten behaupteten Baustellen sind daher ausser Acht zu lassen. Auftragsbestätigungen liegen einzig in Bezug auf die Baustellen "1 MFH" (act. 17/5.6), "... Fischzucht" (act. 17/5.1), 2 MFH" (act. 17/5.7), 3 MFH" (act. 17/5.9) und "... Brücke" (act. 17/5.5) vor. Die Auftragssumme beträgt insgesamt Fr. 520'000.–. Mit diesen Zahlungseingängen könnte die Schuldnerin – nebst ihrem monatlichen Aufwand von derzeit Fr. 103'909.– (= Fr. 727'364 / 7, vgl. act. 13/1 und E. 2.3.4. vorne) – lediglich für einen Teil ihrer Schulden aufkommen.

2.3.6. In der Verfügung vom 24. August 2018 wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, zu begründen, wie der gewichtige Umsatzanstieg im Mai 2018 in die Geschäftsbücher (insbesondere in die Konten "flüssige Mittel" und "Debitoren") Eingang gefunden hat (vgl. act. 14 S. 3 E. 5). Die Schuldnerin führt unter Hinweis auf eine Debitorenliste per Mai 2018 (vgl. act. 17/3.1) folgendes aus: "Wie aus Beilage 3.1 ersichtlich ist, bestanden im Mai 2018 Debitoren in Höhe von Fr. 954'393.52. Dabei ragt die Forderung von Fr. 784'362.97 gegenüber der F.\_\_\_\_\_ AG hervor (Beilage 3.2). Darin mitberücksichtigt sind die im Aufwand der schuldnerischen Buchhaltung figurierenden Materiallieferungen. In der per 31.07.2018 erstellten Gesamtaufstellung von G.\_\_\_\_\_, Firma H.\_\_\_\_\_ GmbH, (Beilage 3.3) sind die Materiallieferungen bereits abgezogen. Diese wurden der F.\_\_\_\_\_ AG von der Schuldnerin in Rechnung gestellt." (vgl. act. 16 S. 3 Ziff. 3.b.). Die Schuldnerin belegt zwar mit Rechnung vom 28. Mai 2018 die Forderung gegenüber der F.\_\_\_\_\_ AG im Umfang von Fr. 784'362.97 (vgl. act. 17/3.2.). Ihren Ausführungen ist aber nicht zu entnehmen, ob von diesem Betrag oder von demjenigen in der Gesamtaufstellung (Fr. 330'190.17) auszugehen ist (vgl. act. 17/3.3.). Jedenfalls liefert sie damit die von ihr verlangte Erklärung nicht.

Im Zusammenhang mit der F.\_\_\_\_\_ AG und dem Objekt "Villa I.\_\_\_\_\_ - Strasse ... ..." (das auch in der erwähnten Debitorenliste erwähnt wird) fällt sodann auf, dass sich die Schuldnerin und die F.\_\_\_\_\_ AG mit Vereinbarung vom

17. Juni 2018 auf einen "Schlusszahlungsbetrag" von Fr. 230'000.– geeinigt haben und die F. \_\_\_\_\_ AG der Schuldnerin eine Teilzahlung von Fr. 113'500.– versprochen hat (vgl. act. 5/8). Vor diesem Hintergrund bleibt unklar, in welchem Umfang die Forderungen gegenüber der F. \_\_\_\_\_ AG überhaupt besteht.

2.3.7. Der eingereichte Auszug des Kontokorrents der Schuldnerin weist per 1. Juli 2018 einen Kontostand von Fr. 52'716.92 und per 31. Juli 2018 – wie auch dem Zwischenabschluss zu entnehmen ist (vgl. act. 13/1) – einen solchen von Fr. 32'745.57 auf (vgl. act. 5/9). Im Monat Juli 2018 erfolgten Gutschriften von Fr. 108'122.35 und betrug die Belastungen Fr. 128'093.70. Da die Schuldnerin nur einen Auszug für den Monat Juli 2018 eingereicht hat, kann nicht beurteilt werden, wie sich die Ein- und Ausgänge in den vergangenen Monaten präsentiert haben. Der Bankauszug ist damit zu wenig aussagekräftig.

2.4. Im Ergebnis kann der Schuldnerin keine positive Prognose ausgestellt werden. Die nach dem letzten Konkurs geäusserte Hoffnung, der Schuldnerin werde es möglich sein, ihre Schulden in eineinhalb Jahren abzutragen, traf nicht ein, d.h. die Ausstände haben sich nicht vermindert, sondern vergrössert. Der Betreibungsregisterauszug illustriert mit den erwähnten 171 Betreibungen, wovon 54 Betreibungen seit der letzten Konkursöffnung angehoben wurden, dass die Schuldnerin bereits seit einiger Zeit finanzielle Probleme hat. Dies verdeutlicht sich auch darin, dass sich die Schuldnerin für geringe Beträge betreiben liess (diverse Betreibungen betreffen Forderungen von unter tausend Franken, und die Forderung, die der Konkursöffnung zugrunde liegt, betrug ganze Fr. 312.20). Daran ändert auch das Vorbringen der Schuldnerin nichts, wonach die Konkursandrohung und die Vorladung zur Konkursverhandlung irgendwie verloren gegangen seien, weil der 73-jährige Geschäftsführer gesundheitlich angeschlagen sei und das Geschäft auf verschiedenen Baustellen auf Hochtouren laufe (vgl. act. 2 S. 2 unten, 12 S. 3 Ziff. 2, S. 5 Ziff. 4, S. 6 Ziff. 6). Die Jahresrechnung 2017 und der Zwischenabschluss per Ende Juli 2018 sprechen – wie gesehen – ebenfalls gegen einen bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass. Auch aufgrund der übrigen Aktenlage bzw. dem oben Dargelegten kann nicht angenommen werden, dass die Zahlungsschwierigkeiten nur vorübergehender Natur sind. Die Schuldne-

rin vermochte auch nicht konkret (und glaubhaft) darzutun, wie hoch ihre Schulden und die ausstehenden Zahlungen ihrer Kunden sind, mit welchen monatlichen Einnahmen sowie Auslagen zu rechnen ist und mit welchen Mitteln sie welche Schulden innert welcher Frist abbezahlen wird. Die Erwartung, es werde der Schuldnerin gelingen, die bestehenden Schulden in absehbarer Zeit zu tilgen und gleichzeitig den laufenden Verpflichtungen nachzukommen, rechtfertigt sich deshalb nicht. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung der Konkursöffnung sind deshalb nicht gegeben. Entsprechend ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

3. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **Freitag, 14. September 2018, 12.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Turbenthal 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. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gläubiger unter Beilage der Doppel von act. 2, act. 12, act. 16, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Turbenthal, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt mittleres Tösstal, 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:

lic. iur. O. Canal

versandt am:  
14. September 2018