

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190156-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Ge-  
richtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 26. September 2019

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 5. September 2019 (EK191309)

**Erwägungen:**

1. Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 5. September 2019 über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) den Konkurs (act. 3). Dagegen erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 11. September 2019 rechtzeitig Beschwerde, beantragte die Aufhebung des Konkurses zufolge Tilgung und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Die Schuldnerin leistete gleichzeitig unaufgefordert den usanzgemäss erhobenen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.-- (act. 8). Mit Verfügung vom 12. September 2019 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert und die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist hinsichtlich der Darlegung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne (act. 10). Am 16. September 2019 machte die Schuldnerin innert Frist eine weitere Eingabe (act. 13). In der Folge wurde der Beschwerde mit Verfügung vom 17. September 2019 einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 14).

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung 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 einer Frist von 10 Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl einen der drei Konkurshinderungsgründe 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. Die Schuldnerin macht geltend, sie habe die Konkursforderung einschliesslich der Betreuungskosten der Gläubigerin bezahlt. Zum Nachweis legt sie eine entsprechende Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 4 vom 11. September 2019 zu den Akten (act. 4/1). Zudem hat die Schuldnerin eine Bestätigung des Konkursamtes Aussersihl-Zürich vom 11. September 2019 vorgelegt, wonach sie zur Deckung der Kosten des Konkursamtes und des Konkursgerichtes im Falle der Konkursaufhebung einen Kostenvorschuss von Fr. 1'200.-- geleistet hat (act. 4/2). Damit hat die Schuldnerin den Konkursaufhebungsgrund der Tilgung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG durch Urkunden nachgewiesen.

4. Die Zahlungsfähigkeit eines Schuldners ist 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).

5.1. Die Schuldnerin ist als AG seit dem tt.mm.1986 mit Sitz in Zürich im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und bezweckt die Ausführung von Hoch- und Tiefbauten (act. 5). Die Schuldnerin gibt an, seit 20 Jahren erfolgreich zu arbeiten. Seit längerer Zeit habe sie aber Mühe mit ihren Mitarbeitern gehabt, weil deren Arbeitsleistungen negativ ausgefallen seien. In der Zwischenzeit sei fast allen gekündigt worden und sie arbeite hauptsächlich nur noch mit Subunternehmern. Das ermögliche eine bessere Kostenkontrolle. Der Übergang sei sehr mühsam und schwierig. Sie rechne noch bis Ende 2019 mit roten Zahlen. Ab 2020 sollte es wieder positiv sein. Die Auftragsbücher seien voll und das motiviere sie, nicht aufzugeben. Im Betreibungsregister seien hauptsächlich soziale Rechnungen offen. Da sie keine internen Mitarbeiter mehr anstelle, könne sie diese offenen Beträge mit Raten abzahlen (act. 2 S. 2 und act. 13/5).

5.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermittelt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 4 (act. 4/5 und act. 16) weist per 11. September 2019 keine Verlustscheine, aber 51 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 359'397.09 aus, wovon 36 Beteiligungen über Fr. 187'389.50 allerdings bereits durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt worden sind und eine Beteiligung über Fr. 33'045.33 gelöscht wurde. Demnach bestehen abzüglich der getilgten Konkursforderung (im Registerauszug mit Fr. 7'050.-- vermerkt) derzeit noch 13 offene Beteiligungen im Betrag von Fr. 131'912.26. Dabei handelt es sich um sieben Beteiligungen über Fr. 96'544.96, bei welchen der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, um fünf Beteiligungen über Fr. 29'867.80, bei welchen ebenfalls bereits die Konkursandrohung zugestellt wurde, und um eine Beteiligung über Fr. 5'499.50, bei welcher eine Pfändung läuft.

Wie es die Schuldnerin ausführt, sind die Gläubiger hauptsächlich der C.\_\_\_\_\_, die schweizerische Ausgleichskasse, die schweizerische und die kantonale Steuerverwaltung, die SUVA und die Beschwerdegegnerin. Dass diese Gläubiger der Schuldnerin Stundungen gewährt bzw. mit ihr Ratenzahlung vereinbart haben, ist möglich, ergibt sich aus dem Registerauszug allerdings nicht und wird von der

Schuldnerin lediglich behauptet. Entsprechende Belege, insbesondere auch über zwischenzeitlich erfolgte Zahlungen, reicht die Schuldnerin nicht ein. Aus diesem Grund ist hier weiterhin von 13 offenen Betreibungen im Betrag von Fr. 131'912.26 auszugehen, wovon Fr. 35'367.30 (im Stadium der Konkursandrohung/Pfändung) sofort fällig sind.

Hinzu kommen gemäss eingereicherter Kreditorenliste weitere offene Posten. Nach dieser Liste betragen die Kreditorenforderungen per 16. September 2018 [recte: wohl 2019] Fr. 280'814.85, wobei in diesem Betrag gemäss Angaben der Schuldnerin auch die betriebenen Forderungen eingerechnet sind (act. 13/4). In welchem Umfang betriebene Forderungen als offene Posten mitberücksichtigt sind, lässt sich der Liste allerdings nicht direkt entnehmen. Unter Berücksichtigung der obgenannten Betreibungen ist aber mindestens von zusätzlichen Kreditorenforderungen in Höhe von rund Fr. 150'000.-- auszugehen.

5.3. Diesen Verbindlichkeiten stehen gemäss den Unterlagen der Schuldnerin einzig flüssige Mittel gegenüber. Dazu reicht die Schuldnerin zwei Belege der UBS Switzerland AG ein, die am 16. September 2019 die Beträge von Fr. 39'655.73 und Fr. 882.48 ausweisen (act. 13/6/1-2). Dass es sich dabei um die Saldi von auf die Schuldnerin lautenden Konti handelt, ist nicht eindeutig erkennbar. Darüber hinaus enthalten die Belege einen Hinweis, dass es sich lediglich um der Information dienende Ausdrücke und nicht um verbindliche, offizielle Kontoauszüge handelt. Immerhin sind es aber E-Banking-Auszüge, wobei der Namen der Schuldnerin genannt wird. Unter dem Aspekt der Glaubhaftmachung ist deshalb davon auszugehen, dass es sich um Bankguthaben der Schuldnerin handelt, die in dieser Höhe verfügbar sind. Damit kann die Schuldnerin alle offenen, in Betreibung gesetzten und unmittelbar fälligen Forderungen in Höhe von Fr. 35'367.30 bezahlen. Zur Darlegung ihrer Zahlungsfähigkeit stützt sich die Schuldnerin des Weiteren auf eine gute Auftragslage. Dazu reicht sie eine Liste "Aufträge/Angebote/Anfragen 2019/20" ein, wonach im laufenden Jahr noch Aufträge in Höhe von mindestens Fr. 300'000.-- aktuell sind (act. 13/3). Ferner lässt sich den eingereichten Steuererklärungen der Jahre 2016 und 2017 entnehmen, dass der Reingewinn im Jahr 2017 gegenüber dem Vorjahr von Fr. 27'968.-- auf

Fr. 984.-- zwar eingebrochen ist (act. 13/1/1-2). In diesem Jahr wurden gegen die Schuldnerin auch erstmals Betreibungen eingeleitet (vgl. act. 4/5). Gemäss Entwurf der Jahresrechnungen 2017/2018 betrug der Gewinn indes bei fast gleichbleibendem Umsatz in Höhe von Fr. 1'098'874.-- bzw. Fr. 1'051'384.-- im Jahr 2018 wieder Fr. 12'610.-- (act. 13/2). Da die Schuldnerin nach eigenen Angaben zwischenzeitlich Sanierungsmassnahmen zur Kostensenkung eingeleitet hat, die per Ende 2019 abgeschlossen sein sollten, und die Auftragslage zudem offenbar unverändert gut ist, ist einstweilen davon auszugehen, dass die Schuldnerin zukünftig sowohl die laufenden Kosten decken, als auch in angemessener Zeit die übrigen in Betreuung gesetzten Forderungen wird tilgen können. Zudem ist zugunsten der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin insbesondere zu werten, dass sich seit 2017 zwar viele Betreibungen angehäuft haben, sie jedoch bis heute eine Vielzahl der Betreibungen, insgesamt 38 Betreibungen im Betrag von über Fr. 220'000.--, wieder abzahlen konnte.

5.4. Vor diesem Hintergrund ist im heutigen Zeitpunkt gerade noch glaubhaft, dass die vorliegende Konkursöffnung nicht auf eine ständige Illiquidität der Schuldnerin zurückzuführen ist. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit der Schuldnerin erscheint derzeit wahrscheinlicher als das Gegenteil. Die Schuldnerin muss sich aber klar sein, dass weitere Konkursandrohungen oder sogar Konkursöffnungen die Beurteilung so verändern könnten, dass dannzumal eine weitere Beschwerde nur noch wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

6. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. 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. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der über die Schuldnerin am 5. September 2019 eröffnete Konkurs wird aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Auch die bereits aus dem Vorschuss der Gläubigerin bezogene Gebühr des Konkursgerichts von Fr. 400.-- wird der Schuldnerin auferlegt.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von den bei ihm einbezahlten Fr. 2'600.-- (Fr. 1'400.-- vom Konkursgericht überwiesen, Fr. 1'200.-- von der Schuldnerin einbezahlt) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allenfalls verbleibenden Rest auszu zahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und act. 12, 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:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am:  
26. September 2019