

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS200168-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## Urteil vom 4. September 2020

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. August 2020 (EK200959)

**Erwägungen:**

1. Am 3. August 2020 wurde gestützt auf eine Forderung der Stiftung B. \_\_\_\_\_ (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 3'610.10 nebst Zins zu 5% seit 16.12.2019 zuzüglich Fr. 288.50 Betreuungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten und Fr. 38.11 Verzugszins von 5 % vor Betreuung über die A. \_\_\_\_\_ (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Schuldnerin) der Konkurs eröffnet (act. 6). Das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich wurde der Schuldnerin am 4. August 2020 zugestellt (act. 7/10). Die 10-tägige Beschwerdefrist lief am 14. August 2020 ab (Art. 142 Abs. 1 ZPO). Mit Beschwerde vom 12. August 2020 (Poststempel vom 13. August 2020) und einer Ergänzung vom 13. August 2020 (act. 10, überbracht am 14. August 2020) beantragte die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist sinngemäss die Aufhebung des Konkurses (act. 2). Mit Verfügung vom 17. August 2020 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 12).
2. a) 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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Die Beschwerde ist innert einer Frist von 10 Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) einzureichen und *abschliessend* zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat.  
  
b) Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens wies die Schuldnerin mit einem Kontokorrent-Auszug der Bank Linth nach, dass sie der Gläubigerin mit Va-

luta 12. August 2020 Fr. 5'786.71 überwiesen hatte (act. 4/1). Dies sollte die Konkursforderung und den von der Gläubigerin bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– abdecken (vgl. act. 2 S. 2). Die Schuldnerin übersah, dass für die Konkursforderung auch Zinsen im Betrag von Fr. 114.25 geschuldet waren und sich die Konkursforderung somit auf Fr. 4'100.96 belief (act. 6 i.V. act. 8). Damit auch der vorinstanzliche Vorschuss vollständig gedeckt gewesen wäre, hätte sie demnach Fr. 5'900.96 bezahlen müssen. Der überwiesene Betrag reicht aber aus, um die effektiven Kosten des Konkursamtes (Fr. 400.–) und die vorinstanzliche Entscheidgebühr (Fr. 400.–) zu decken. Gestützt auf die Auskunft des Konkursamtes wäre nämlich lediglich ein Vorschuss von insgesamt Fr. 800.– (Fr. 400.– Kosten Konkursamt und Fr. 400.– Entscheidgebühr Vorinstanz) erforderlich gewesen (act. 9). Somit könnte das Konkursamt im Falle der Gutheissung der Beschwerde seine Kosten vom Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses von Fr. 1'400.– decken und der Gläubigerin zudem die fehlenden Zinsen von Fr. 114.25 erstatten. Somit hat die Schuldnerin den Konkurshinderungsgrund der Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) nachgewiesen. Den Vorschuss für das Beschwerdeverfahren hat sie auch bezahlt (act. 14).

3. a) Nebst dem Nachweis des Eintrittes eines Konkurshinderungsgrundes hat der Schuldner im Beschwerdeverfahren seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, seinen laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden zu tilgen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und der Schuldner auf unabsehbare Zeit als illiquid erscheint.

Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 Erw. 3.1.; BGE 132 III 140 Erw. 4.1.2; BGer 5A\_297/2012 von 10. Juli 2012 Erw. 2.3).

b) Die Schuldnerin bezweckt die Durchführung von Mandaten als aktienrechtliche Revisionsstelle und Beratungsaufträgen sowie die Durchführung von Sonderprüfungen und weiteren Dienstleistungen im kaufmännischen Bereich und ist seit dem tt.mm.1992 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 5). In der Beschwerde führte C. \_\_\_\_\_ - alleiniger Verwaltungsrat der Schuldnerin - aus, er habe es versäumt, die Gläubigerin auf die zu hohe Prämie hinzuweisen und die korrigierte Lohnsumme (statt Fr. 144'000.– Fr. 72'000.–) zu melden. Hinzu komme, dass er durch ein starkes Burn-out seit 2014/2015 immer wieder in seiner Arbeitsleistung stark eingeschränkt sei und nicht mehr reagieren könne. Die Konkursöffnung sei überhaupt nicht notwendig gewesen, da die Firma jederzeit in der Lage gewesen sei, die Konkursforderung zu bezahlen (act. 2 S. 1). Leider könne er keinen aktuellen Abschluss vorlegen, da er aufgrund seiner Erkrankung auch hier in Rückstand geraten sei (act. 2 S. 2). Die Bilanz 2017 zeige, dass die Gesellschaft gesund sei und jedes Jahr Gewinn mache, da er nur so viel als Lohn beziehe, wie sich die Gesellschaft leisten könne (act. 10 S. 2). Die Firma zahle keine Miete und habe auch sonst nur minimale Kosten wie Zeitungsabonnemente, direkte Spesen und sehr tiefe Verwaltungskosten (unter Fr. 5'000.–). Es sei vom Businessmodell her gar nicht möglich, dass die Firma in eine Überschuldungssituation komme. Um in Zukunft seine Ausstände besser unter Kontrolle zu haben, werde er die gesamte Post von nun an seiner Buchhalterin zukommen lassen. Sie werde in Zukunft all seine administrativen Pflichten koordinieren und überwachen (act. 2 S. 1). Er sei jetzt 61 Jahre alt und würde sein Lebenswerk gerne selber in 4 Jahren in den "Ruhestand" schicken (act. 2 S. 2).

4. a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Zeitraum vom 14. August 2015 bis 10. August 2020 wurden 14 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 12'892'510.23 eingeleitet (act. 11/1). Davon sind noch 3 Beteiligungsforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 12'802'693.60 offen. Für eine Forderung von Fr. 2'693.60 zugunsten der eidgenössischen Steuerverwaltung wurde die Beteiligung eingeleitet und zwei Forderungen von je Fr. 6'400'000.– zugunsten der Gläubigerin D.\_\_\_\_\_ AG und des Gläubigers E.\_\_\_\_\_ sind mit einem Rechtsvorschlag behaftet (act. 11/1). Zur Forderung der Steuerverwaltung führte C.\_\_\_\_\_ aus, der Betrag sei offensichtlich schon seit dem 5. November 2019 offen, jedoch nie weiter eingefordert worden, was darauf schliessen lasse, dass der offene Betrag auf die eine oder andere Weise getilgt worden sei. Er könne sich nicht mehr daran erinnern, würde die Schuld aber sofort begleichen, wenn sie noch offen sei. Er kläre dies nächste Woche ab (act. 10 S. 1). Da die Schuldnerin die Zahlung dieser Forderung nicht belegen kann, ist diese als Schuld zu berücksichtigen. Zu den beiden mit Rechtsvorschlag behafteten Beteiligungsforderungen wurde ausgeführt, Herr E.\_\_\_\_\_ sei der Eigentümer der D.\_\_\_\_\_ AG, welche per 10. April 2018 als aufgelöst gelte. Die D.\_\_\_\_\_ AG sei wiederum die Muttergesellschaft der operativen D1.\_\_\_\_\_ AG, welche per 23. Juli 2017 von Amtes wegen gelöscht worden sei. Der Hintergrund der Forderung sei eine gescheiterte Firmenübernahme, welche schliesslich zum Konkurs geführt habe. Herr E.\_\_\_\_\_ sei der Ansicht gewesen, dass man u.a. auch die Revisionsstelle belangen könne, und habe daher den damaligen Kaufpreis eingefordert. Sie hätten aber nie mehr etwas von der D.\_\_\_\_\_ AG oder E.\_\_\_\_\_ gehört. Dies wäre sowieso ein Versicherungsfall gewesen (act. 10 S. 1). Die Schuldnerin belegte mit einem Handelsregister-Auszug, dass über die D.\_\_\_\_\_ AG am 10. April 2018 der Konkurs eröffnet wurde und die Gesellschaft als aufgelöst gilt (act. 11/2). Demnach bleibt diese Forderung unberücksichtigt. E.\_\_\_\_\_ hatte seine Beteiligung am 20. Juni 2016 eingeleitet (act. 11/1 S. 2) und die Beteiligung wurde nie fortgesetzt. Deshalb hat auch

diese Forderung unberücksichtigt zu bleiben. Demzufolge ist von Schulden in der Höhe von Fr. 2'693.60 auszugehen.

b) Zur Beurteilung des Geschäftsganges wurde keine aktuelle Bilanz bzw. Zwischenbilanz eingereicht, jedoch die Bilanz per 31. Dezember 2017. Für das Geschäftsjahr 2017 wurde nach Abzug der Steuern ein Gewinn von Fr. 44'952.– ausgewiesen und ein Gewinnvortrag von Fr. 13'278.– (act. 11/4). Es wurde in der Bilanz vermerkt, dass der Personalaufwand von Fr. 237'195.– eine Person, nämlich C.\_\_\_\_\_ betreffe, dass ab 1.1.2020 die bilanzierte Miete von Fr. 7'500.– entfalle, der Verwaltungs- und Vertriebsaufwand von Fr. 8'191.– aktuell deutlich tiefer sei und der Posten "Übriger Betriebsaufwand" mit Fr. 5'695.– ausserordentlich (hoch) gewesen sei (act. 11/4 S. 2). Eine aktuelle Debitoren-/Kreditorenliste wurde nicht erstellt, aber dazu ausgeführt, per 13. August 2020 beständen keine offenen Forderungen oder Verbindlichkeiten mit Ausnahme der Betreuungsforderung von Fr. 2'693.60, einer kleinen Restanz gegenüber der Auffangstiftung und der Spruchgebühr von Fr. 400.– (act. 10 S. 1). Diese Ausführungen erscheinen glaubhaft, zumal auch in der Bilanz keine Debitoren bzw. Kreditoren ausgewiesen wurden.

Auf dem Kontokorrent bei der UBS weist die Schuldnerin per 12. August 2020 ein Guthaben von Fr. 11'243.17 aus (act. 4/2). Damit könnte die Schuld von Fr. 2'693.60 beglichen werden. Da bis auf diese Forderung alle Betreuungsforderungen bezahlt worden sind und die letzte Beitreibung am 4. März 2020 eingeleitet worden war (act. 11/1), ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin ihre finanzielle Lage wieder im Griff hat und nach der Abgabe der administrativen Belange mit ihren Zahlungen nicht mehr in Verzug gerät. Ferner spricht für ihre Zahlungsfähigkeit, dass die Firma seit tt.mm.1992 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen ist (act. 5).

5. Gestützt auf obige Erwägungen hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG zum heutigen Zeitpunkt hinreichend glaubhaft gemacht. Die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen zur

Aufhebung des erstinstanzlichen Konkurserkennnisses sind erfüllt, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.

6. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat. Es ist vorzumerken, dass die Schuldnerin die vorinstanzliche Spruchgebühr und die Kosten des Konkursamtes, je Fr. 400.–, der Gläubigerin direkt erstattet hat (act. 4/1 und act. 2 S. 2 i.V.m. act. 8). Demzufolge ist das zuständige Konkursamt anzuweisen, aus dem von der Gläubigerin erhaltenen Vorschuss von Fr. 1'400.– der Gläubigerin den noch geschuldeten Zins für die Konkursforderung, Fr. 114.25, und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 3. August 2020 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. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt. Es wird vorge-merkt, dass die Schuldnerin die vorinstanzliche Spruchgebühr der Gläubigerin direkt erstattet hat.
3. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird unter Hinweis, dass die Schuldnerin der Gläubigerin die Kosten für das Konkursamt bereits erstattet hat, angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 1'400.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin den noch geschuldeten Zins für die Konkursforderung, Fr. 114.25, und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2 und act. 10, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Riesbach-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 8, 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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:

4. September 2020