

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS220021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.  
Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Urteil vom 22. Februar 2022

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Dr. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich  
vom 20. Januar 2022 (EK212040)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 11. November 1963 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregistereintrag bezweckt sie den Erwerb, Kauf und Verkauf, die Vermittlung, Vermietung und Verwaltung von Immobilien in der Schweiz und im Ausland (act. 6).

1.2. Mit Urteil vom 20. Januar 2022 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 31'950.50 nebst Zins zu 5% seit 21. Januar 2021 sowie Betreuungskosten von Fr. 305.70 (act. 9/8 = act. 3 = act. 8 S. 1).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 4. Februar 2022 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde (act. 9/11 zur Rechtzeitigkeit, act. 2). Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 wurde der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Mit Eingabe vom 7. Februar 2022 (Datum Poststempel) und damit innert Rechtsmittelfrist reichte die Schuldnerin eine Beschwerdeergänzung samt Beilagen nach (act. 12 sowie act. 13/16-24). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1-13). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbelege über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 ZPO). 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 Schuldnerin hat am 28. Januar 2022 bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 35'000.00 hinterlegt. Dies deckt die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten über Fr. 33'849.35 (Forderung von Fr. 31'950.50 + Zins vom 21. Januar 2021 bis 20. Januar 2022 über Fr. 1'593.15 + Betreuungskosten von Fr. 305.70) und auch die Kosten von Fr. 750.00 für das Beschwerdeverfahren (act. 5/5, act. 7). Im Weiteren hat die Schuldnerin mit Zahlung vom 31. Januar 2022 beim Konkursamt Enge-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts Fr. 3'000.00 sichergestellt (act. 5/7). Die Schuldnerin hat somit den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen.

2.3.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. 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 der finanziellen Lage zu erkennen sind und die Schuldnerin deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. 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, die Behauptungen seien zutreffend, 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 vom 10. Juli 2012 E. 2.3). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache bereits dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn sich nicht ausschliessen lässt, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Aufhebung der Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zah-

lungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere wenn die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dürfen keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A\_335/2014 vom 23. Juni 2014, E. 3.1 m.w.H.).

2.3.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Der von der Schuldnerin eingereichte Betreibungsregisterauszug des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 27. Januar 2022 weist insgesamt 16 zwischen dem 16. April 2018 und dem 25. November 2021 eingeleitete Betreibungen aus (act. 5/9). Gemäss dem Auszug wurden davon zwei Betreibungen durch Bezahlung an das Betreibungsamt erledigt. In ihrer Beschwerdeergänzung weist die Schuldnerin die Bezahlung von vier weiteren Betreibungen nach (Nr. 1, act. 13/16; wobei hier aufgrund der belegten Zahlungen ein offener Differenzbetrag von Fr. 122.90 resultiert; Nr. 2, act. 13/19; Nr. 3, act. 13/24; Nr. 4, act. 13/23). Neben der Betreibung der nun hinterlegten Konkursforderung sind dem Betreibungsregisterauszug damit noch 9 offene Betreibungen zu entnehmen. Die Schuldnerin macht hinsichtlich der vor dem Jahr 2021 eingeleiteten Betreibungen geltend, dass diese nicht weiterverfolgt oder bezahlt worden seien (act. 2 S. 4). Bei der Betreibung Nr. 5 vom 1. Juli 2019 handle es sich um eine ungerechtfertigte Betreibung. In Bezug auf die Betreibungen Nr. 6 vom 14. Februar 2019, Nr. 7 vom 18. April 2019 und Nr. 8 vom 22. Juli 2019 macht sie die Bezahlung geltend (act. 2 S. 4 f.; act. 12 S. 1 f.). Die zur behaupteten Bezahlung eingereichten Belege weisen zwar aus, dass Zahlungsaufträge bei der Graubündner Kantonalbank erteilt wurden. Der Status der Zahlungen wird aber als "Ausführbereit" angegeben, was keine effektive Ausführung resp. Kontobelastung belegt (vgl. act. 13/17-18 und act. 13/20). Jedoch ist der Schuldnerin dahingehend zuzustimmen, dass in den sieben Betreibungen aus den Jahren 2018/2019 aufgrund des vermerkten Betreibungsbeginns (16. April 2018 bis 2. Dezember 2019) davon ausgegangen werden kann, dass die Fristen nach Art. 88 und Art. 166 SchKG verstrichen sind. Vor diesem Hintergrund erscheint die Behauptung der ungerechtfertigten Betreibungseinleitung resp. Bezahlung der Betreibungsforderungen als plausibel. Zumindest ist glaubhaft, dass die

Betreibungen – wie behauptet – auf dem Betreibungsweg nicht weiterverfolgt wurden. Zur Betreibung Nr. 9 der C. \_\_\_\_\_ AG vom 5. Juli 2021 über Fr. 11'405.60 führt die Schuldnerin aus, die Forderung sei bezahlt, aber die Betreibung noch nicht zurückgezogen worden (act. 2 S. 5 und act. 12 S. 2). Gemäss dem von der Schuldnerin eingereichten Beleg wurde von einem auf die D. \_\_\_\_\_ SA lautenden Konto bei der Zürcher Kantonalbank ein Zahlungsauftrag über Fr. 11'387.30 zugunsten der C. \_\_\_\_\_ AG erteilt. Der Auftrag wird als in Verarbeitung angegeben und es wird auf dem Beleg ausdrücklich festgehalten, dass dieser keine Ausführungsbestätigung darstelle (act. 13/22). Die Bezahlung der Betreibungsforderung durch die Schuldnerin kann damit nicht als belegt angesehen werden. In Bezug auf die Betreibung Nr. 10 der E. \_\_\_\_\_ Ges.m.b.H. vom 25. November 2021 über Fr. 27'241.56 macht die Schuldnerin geltend, die ausgeführten Arbeiten noch kontrollieren zu müssen. Sofern diese sich als abnahmefähig und einwandfrei erweisen würden, werde der Betrag umgehend bezahlt (act. 2 S. 5).

Zusammengefasst ist nach dem Gesagten folglich von noch zwei offenen Betreibungen in gesamthafter Höhe von rund Fr. 38'650.00 (Betreibungen Nr. 9 und Nr. 10) auszugehen. Beide Betreibungen sind bereits bis zur Konkursandrohung fortgeschritten (Code "KA").

2.3.3. Die Schuldnerin führt aus, die Konkursforderung der Gläubigerin aus Werkvertrag nicht (früher) bezahlt zu haben, weil sie mit dem Rechnungsbetrag nicht einverstanden gewesen sei. Eine Verkettung unglücklicher Umstände (COVID-Erkrankungen verschiedener Mitarbeiter) habe dazu geführt, dass kein Rechtsvorschlag erhoben und das Konkursverfahren weitergeführt worden sei. Im Betreibungsregister seien verschiedene Betreibungen gegen sie noch offen, was einerseits mit ungerechtfertigten Forderungen und andererseits mit kurzfristigen Organisationsschwierigkeiten zusammenhänge. Für die (offenen) Forderungen gemäss Betreibungsregister bestehe eine genügende finanzielle Sicherheit, wie aus ihrer Jahresrechnung 2020 und den aktuellen Kontoständen hervorgehe (act. 2 S. 4). Die Schuldnerin bezeichnet ihr Unternehmen als solide und verweist auf ihre Bilanzsumme von fast Fr. 40 Mio. per 31. Dezember 2020, den Gewinn-

vortrag von Fr. 9'868'425.00 per Ende 2020 (Gewinnvortrag aus dem Vorjahr 2019 von Fr. 8'427'891.00 und Gewinn des Jahres 2020 von Fr. 1'440'534.00), ihr Aktienkapital von Fr. 50'000.00, die gesetzlichen Gewinnreserven von Fr. 65'000.00 und ihren Aufwand von rund Fr. 1.4 Mio., welchem ein Ertrag von über Fr. 2.8 Mio. gegenüberstehe. Sie erklärt zudem, es würden in nächster Zeit zwei grosse Verkäufe von Liegenschaften anstehen, woraus ihr wiederum flüssige Mittel zufließen würden. Ihre Liegenschaft in F. \_\_\_\_\_ (Grundstück Nr. ...) solle für Fr. 15 Mio. verkauft werden. Bei ihrer Liegenschaft in G. \_\_\_\_\_ sei der Kaufpreis auf Fr. 2.25 Mio. veranschlagt worden, wie aus dem Reservationsvertrag hervorgehe. Die Schuldnerin macht weiter geltend, aus der E-Mail von H. \_\_\_\_\_ von der I. \_\_\_\_\_ gehe hervor, dass sie über mehrere Firmenkonten bei der I. \_\_\_\_\_ mit einem Freibetrag von Fr. 3 Mio. verfüge. Gemäss E-Mail des Treuhänders J. \_\_\_\_\_ vom 2. Februar 2022 weise die Bilanz per 31. Dezember 2021 sodann wesentliche stille Reserven auf dem Immobilien-Anlagevermögen aus. Gemäss dem Treuhänder werde der Aktionär und Verwaltungsrat K. \_\_\_\_\_ im Sinne einer Realisation von stillen Reserven und zur Erzielung einer soliden Liquiditätsbasis Liegenschaften aus dem Anlagevermögen verkaufen. Dem "KK K. \_\_\_\_\_" von Fr. 9'904'171.28 könne ebenfalls Eigenkapitalcharakter bescheinigt werden (act. 2 S. 5 f. und 7 f.).

2.3.4. Die Schuldnerin reicht keinen Zwischenabschluss sowie keine Kreditorenliste ein, was die Prüfung ihrer aktuellen Liquiditätssituation erschwert. Eingereicht hat die Schuldnerin aber die Steuererklärung 2020 sowie die Jahresrechnung 2020. Daraus geht insbesondere der geltend gemachte Gewinn in Millionenhöhe (Gewinnvortrag per 1. Januar 2020 von rund Fr. 8.43 Mio. und Jahresgewinn 2020 von rund 1.44 Mio.) hervor (act. 5/10 und act. 5/15 S. 2 f.). Zu beachten ist zudem, dass die Schuldnerin in der Lage war, innert kurzer Zeit genügend flüssige Mittel aufzubringen, um die Konkursforderung samt Zinsen und Betreuungskosten über fast Fr. 34'000.00 zu begleichen, beim Konkursamt Enge-Zürich Fr. 3'000.00 zu hinterlegen und die Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschüssen (vgl. act. 5/5-7). Im vorliegenden Fall ist – damit es nach Aufhebung der vorliegenden Konkursöffnung nicht sogleich zur nächsten Konkursöffnung kommt – in Bezug auf die Zahlungsfähigkeit vor allen Dingen entscheidend, dass

zunächst kurzfristig abrufbare finanzielle Mittel in der Höhe von rund Fr. 39'000.00 vorhanden sind, um die zwei Betreibungen (umgehend) zu begleichen, in welchen bereits die Konkursandrohung erging.

Gemäss E-Mail des dipl. Treuhandexperten J.\_\_\_\_\_ seien in der Bilanz per 31. Dezember 2020 wesentliche stille Reserven auf dem Immobilien-Anlagevermögen vorhanden, welche der Aktionär und Verwaltungsrat der Schuldnerin, K.\_\_\_\_\_, durch einen Verkauf von Liegenschaften aus dem Anlagevermögen realisieren werde (act. 5/14). Aus den eingereichten Belegen geht insbesondere hervor, dass die Schuldnerin über eine in ihrem Alleineigentum stehende Liegenschaft in G.\_\_\_\_\_ sowie eine solche in F.\_\_\_\_\_ verfügt (act. 5/11-13). Die Absicht der Schuldnerin, diese Liegenschaften in naher Zukunft zu verkaufen, ist vor dem Hintergrund der eingereichten E-Mail des Treuhandexperten J.\_\_\_\_\_ vom 2. Februar 2022 sowie der E-Mail des I.\_\_\_\_\_ Mitarbeiters H.\_\_\_\_\_ vom 24. Januar 2022 betreffend die Anlage der aus dem Liegenschaftsverkauf zufließenden Gelder glaubhaft (act. 5/14). Wann der Verkauf der Liegenschaft in F.\_\_\_\_\_ realisiert werden kann, erwähnt die Schuldnerin allerdings nicht. Ein Datum für den Verkauf und einen Geldzufluss aus dem Verkauf dieser Liegenschaft in F.\_\_\_\_\_ geht auch aus dem E-Mail des I.\_\_\_\_\_ Mitarbeiters H.\_\_\_\_\_ vom 24. Januar 2022 nicht hervor. Auch fehlt zur behaupteten Höhe des Verkaufspreises von Fr. 15 Mio. ein Beleg. Jedoch reichte die Schuldnerin betreffend die Liegenschaft in G.\_\_\_\_\_ eine am 12. Januar 2022 unterzeichnete Kaufabsichtserklärung und Reservierungsvereinbarung ins Recht. Darin wird ein Kaufpreis von Fr. 2.25 Mio. festgehalten, der Beurkundungstermin werde im Februar 2022 stattfinden (act. 5/11). Damit ist glaubhaft, dass der Schuldnerin ein Mittelzufluss in besagter Höhe aus diesem Liegenschaftsverkauf unmittelbar bevorsteht. Im Weiteren macht die Schuldnerin geltend, über Fr. 3 Mio. auf ihren Firmenkonten zu verfügen (act. 2 S. 5). Zwar reichte die Schuldnerin keine Kontobelege ein, welche über ihren aktuellen Kontostand Aufschluss gegeben hätten. Sie verweist indes auf die Angaben des I.\_\_\_\_\_ Mitarbeiters H.\_\_\_\_\_ in der E-Mail vom 24. Januar 2022 betreffend den Verkauf der Liegenschaft in F.\_\_\_\_\_. Dort wird erwähnt, "Stand heute haben wir pro Firmenkonto CHF 1 Mio. Freibetrag" (act. 5/14). Die Schuldnerin wird darin nicht ausdrücklich erwähnt und es wird

auch nicht ausdrücklich von ihren Konten gesprochen. Die E-Mail ging jedoch an den einzigen Verwaltungsrat der Schuldnerin (vgl. act. 6). Aufgrund der Empfänger-Mailadresse sowie des Betreffs der E-Mail ist es gerade noch glaubhaft, dass sich die Angaben auf die Firmenkonten der Schuldnerin beziehen und sich darauf namhaftes Guthaben befinden soll.

2.3.5. Vor dem genannten Hintergrund bestehen somit objektive Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin ihre aktuell dringendsten laufenden Verbindlichkeiten wird decken und sie (künftig) ihre Gläubiger bei Fälligkeit von deren Forderungen wird befriedigen können. Die bloss temporäre Illiquidität bzw. die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin erweist sich als hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG.

In einer Gesamtbetrachtung erscheint die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin folglich als glaubhaft gemacht. Dies führt zur Guttheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des am 20. Januar 2022 über die Schuldnerin eröffneten Konkurses.

3.

Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Zahlungssäumnis verursacht hat. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Januar 2022 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Enge-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 4'400.00 (Fr. 3'000.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, von dem bei ihr von der Schuldnerin einbezahlten Betrag in Höhe von Fr. 34'250.00 (= Fr. 35'000.00 – Fr. 750.00), Fr. 33'849.35 an die Gläubigerin und den Rest (Fr. 400.65) an die Schuldnerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppels von act. 2 und act. 12, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Enge-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 2 sowie an die Obergerichtskasse, 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. Würsch

versandt am: