

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichterin
Dr. C. Schoder sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Urteil vom 25. März 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ und / oder Rechtsanwältin
Dr. iur. X2. _____,

gegen

Stiftung B. _____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 22. Februar 2024 (EK240081)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 22. Februar 2024 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von CHF 4'176.40 nebst Zins zu 5 % seit 19. Juni 2023 zuzüglich Bearbeitungskosten von CHF 150.– und CHF 146.60, Mahnkosten von CHF 60.– sowie aufgelaufenen Zins von CHF 45.25, damit total CHF 4'720.15 (act. 8).
2. Mit Eingabe vom 4. März 2024 (Datum Poststempel) erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Urteil vom 22. Februar 2024. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2; zur Rechtzeitigkeit s. act. 9/10). Mit Verfügung vom 5. März 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Von einer Fristansetzung zur Leistung eines Kostenvorschusses wurde abgesehen, da ein solcher bereits geleistet wurde (act. 5/4 = act. 6/1). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 9/1-10). Das Verfahren ist spruchreif.
3. 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.
4. Die Schuldnerin hat per 1. März 2024 den Betrag von CHF 5'250.– beim Obergericht des Kantons Zürich hinterlegt (act. 5/48 = act. 6/2). Dieser Betrag deckt die vorstehend dargelegten Forderungen der Gläubigerin samt Kosten. Weiter hat sie die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens sichergestellt (act. 5/3). Damit hat die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen, dass sie den geschuldeten Betrag im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG hinterlegt hat.

5.1. Da die Zahlung erst nach der Konkurseröffnung geleistet wurde, bleibt zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft ist. 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. Nach Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass die Schuldnerin die aktuell dringendsten Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die schon bestehenden Schulden wird abtragen können (OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014; PS230093 vom 17. Juli 2023 E. 2.1; PS230133 vom 17. August 2023 E. 4.1; PS230169 vom 22. September 2023 E. 4.1). Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen die Schuldnerin somit noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich, wenn keine Anzeichen für eine Verbesserung ihrer finanziellen Lage zu erkennen sind und sie 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, sodass das Gericht den Eindruck erhält, diese 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.; BGer 5D_149/2023 vom 8. Dezember 2023 E. 4; OGer ZH PS230133 vom 17. August 2023 E. 4.1). Sind andere Betreibungen im Stadium der Konkursandrohung oder Pfändungsankündigung vorhanden, gilt ein strengerer Massstab (vgl. OGer ZH PS210224 vom 28. Januar 2022 m.w.H.; OGer ZH PS230128 vom 17. August 2023; OGer ZH PS230244 vom 17. Januar 2024).

5.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Im Recht liegt ein Auszug des Betreibungsamtes Zürich 2 vom 4. März 2024, der den Zeitraum seit dem Zuzug der Schuldnerin in den Betreibungskreis am 28. März 2019 umfasst (act. 5/49). In dieser Zeit wurde die Schuldnerin – nebst der vorliegenden Konkursforderung – 50 Mal betrieben. Der Gesamtbetrag sämtlicher Betreibungen

beläuft sich – abzüglich der vorliegenden Konkursforderung – auf rund CHF 209'000.–. Aktuell sind noch neun Betreibungen über CHF 27'242.05 offen, wobei bei fünf Betreibungen der Konkurs angedroht sowie bei vier Betreibungen der Zahlungsbefehl zugestellt und kein Rechtsvorschlag erhoben wurde. Verlustscheine oder frühere Konkursöffnungen sind keine registriert. Der Betreibungsregisterauszug zeigt, dass die Schuldnerin grösstenteils öffentlich-rechtliche Forderungen nicht bezahlt, für deren Ausfälle sie nicht auf Konkurs betrieben werden kann (vgl. Art. 43 SchKG). Solche unterbliebenen Zahlungen können im Rahmen der Gesamtwürdigung ein Indiz für Zahlungsunfähigkeit sein (KUKO SchKG-DIGGELMANN, Art. 174 N 14).

5.2.1. In Bezug auf die Forderungen der C._____ AG (Betreibung-Nr. 1) und der Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes (Betreibung-Nr. 2) liegen Urkunden vor, die belegen, dass die Schulden getilgt wurden (act. 5/50 und act. 5/51). Entsprechend sind die Forderungen im Gesamtumfang von CHF 13'601.– nicht mehr zu berücksichtigen.

5.2.2. Hinsichtlich der fünf Forderungen der D._____ AG (Betreibung-Nrn. 3, 4, 5, 6 und 7) im Gesamtumfang von CHF 12'094.55 liegen keinerlei Belege vor.

In der Betreibung-Nr. 3 im Umfang von CHF 371.90 wurde lediglich der Zahlungsbefehl zugestellt. Nachdem diese Betreibung vor über vier Jahren eingeleitet wurde, kann diese nicht mehr fortgesetzt werden (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG). Folglich ist diese nicht mehr zu berücksichtigen.

Dies gilt allerdings nicht für die übrigen vier Betreibungen, in denen der Konkurs angedroht wurde. Nachdem die behauptete Konkursandrohung im Jahr 2022 unbelegt blieb (vgl. act. 2 Rz. 22), hat die Schuldnerin auch nicht dargelegt, dass die Frist zur Stellung des Konkursbegehrens gemäss Art. 166 Abs. 2 SchKG abgelaufen ist. Folglich ist davon auszugehen, dass die Betreibungsforderungen der D._____ AG im Umfang von CHF 11'722.65 noch offen sind.

5.2.3. Dass die Forderungen des Kantons Zürich (Betreibung-Nr. 8) getilgt wurden (act. 2 Rz. 21), ist nicht belegt. Ferner blieb die Bestreitung der Forderung der

E._____ SA (Betreibung-Nr. 9) völlig unsubstantiiert (act. 2 Rz. 20). Entsprechend sind beide Forderungen im Gesamtumfang von CHF 1'546.50 zu berücksichtigen.

Folglich ist von noch offenen Betreuungsschulden im Umfang von CHF 13'269.15 auszugehen.

5.2.4. Die Schuldnerin führt aus, weitere kurzfristige Verbindlichkeiten bestünden nicht (act. 2 Rz. 24). Sie reicht allerdings weder aktuelle Jahres- bzw. Zwischenabschlüsse ein, woraus dies hervorgehen würde. Sie äussert sich auch nicht dazu, weshalb sie solche – trotz Buchhaltungspflicht – nicht eingereicht hat. Damit bleibt unklar, welche (noch) nicht in Betreuung gesetzte Forderungen die Schuldnerin hat.

5.3. Als Aktivum macht die Schuldnerin ein Bankkonto bei der Credit Suisse geltend, worauf sich ein Guthaben von rund CHF 40'000.– befände (act. 2 Rz. 14). Nachdem innert der Beschwerdefrist kein Beleg eingereicht wurde und nicht ersichtlich ist, weshalb von einem vom Konkursbeschluss betroffenen Konto keine Saldoübersicht erhältlich gemacht werden kann (vgl. dahingehend act. 2 Rz. 14), kann das behauptete Aktivum nicht berücksichtigt werden. Die Eingabe vom 21. März 2024 (act. 12) mit einem Adhoc-Postenauszug als Beilage (act. 13/54) erging verspätet und muss ebenfalls unberücksichtigt bleiben.

Des Weiteren liegt eine Debitorenliste im Recht, woraus für den Zeitraum vom 1. Januar 2024 bis 1. März 2024 fakturierte Forderungen in Höhe von CHF 131'190.– hervorgehen (act. 5/13 f.). Deren Bestand erscheint aufgrund der eingereichten Rechnungen glaubhaft (vgl. act. 5/16 ff.). Auch wenn – wie dargelegt – über die gesamten (kurzfristigen) Passiven ein Überblick fehlt, ist zugunsten der Schuldnerin davon auszugehen, dass mit den belegten Forderungen und der fortdauernden Geschäftstätigkeit genügend (kurzfristig realisierbare) finanzielle Mittel verfügbar sind, um die aufgelaufenen Schulden in rund zwei Jahren abzutragen.

5.4. Wie erwogen liegen keine Jahres- bzw. Zwischenabschlüsse vor. Entsprechend kann auch nicht beurteilt werden, wie die vergangenen Geschäftsjahre

der Schuldnerin aussagen, woraus wiederum abgeleitet werden könnte, ob die Zahlungsschwierigkeiten bloss vorübergehend sind. Immerhin stellt die Schuldnerin für das Jahr 2023 eine rudimentäre Erfolgsrechnung dar (act. 2 Rz. 9 f.). Die Schuldnerin macht einen jährlichen Umsatz von CHF 647'693.15 (inkl. MwSt.) geltend, der einem zusammengefassten Aufwand von rund CHF 465'263.– gegenüberstehe. Abzüglich geschätzter Steuern von CHF 40'000.– resultiere daraus ein Reingewinn von CHF 142'430.–. Aus der eingereichten Leistungsübersicht für das Jahr 2023 geht der behauptete Umsatz hervor (act. 5/6). Ferner sind dieser die behaupteten Materialkosten von rund 10 % des Umsatzes zu entnehmen. Die Lohnkosten von CHF 237'196.– (zwar das Jahr 2022 betreffend) sind ebenfalls ausgewiesen (act. 5/8). Auch wenn die Sozialabgaben von pauschal 8 % der gesamten Lohnkosten nicht belegt sind (vgl. act. 2 Rz. 10 f.), sind diese unter Berücksichtigung des jungen Alters des Personals und der BVG-Pflicht für lediglich drei Mitarbeiter glaubhaft. Der Aufwand für die Miete (CHF 64'128.–) und die Motorfahrzeugversicherung (CHF 1'026.–) sind ausgewiesen (act. 5/9 und act. 5/10). Die Stromkosten betragen jährlich jedoch rund CHF 3'300.– (vgl. act. 5/11) und bei der eingereichten Rechnung für die Telekommunikation handelt es sich um eine Monatsrechnung (act. 5/12), weshalb von diesbezüglichen Kosten in Höhe von rund CHF 4'800.– auszugehen ist. Unter Berücksichtigung des behaupteten Abzugs für "übrige Kosten" von CHF 20'000.– und den geschätzten Steuern von CHF 40'000.– erscheinen die geltend gemachten Zahlen in dieser Grössenordnung zumindest plausibel. Aufgrund der gestellten Rechnungen für Januar und Februar 2024 (s. E. 5.3. vorstehend) ist von einer regen Geschäftstätigkeit auch im laufenden Jahr auszugehen (der hochgerechnete Jahresumsatz übersteigt dabei gar den letztjährigen).

5.5. Zusammenfassend kann einstweilen davon ausgegangen werden, dass die aktuellen Zahlungsschwierigkeiten hauptsächlich auf die organisatorischen Mängel bei der Schuldnerin zurückzuführen sind; dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die Schuldnerin es verpasst hat, trotz – zumindest behaupteter – genügend hoher Liquidität den verhältnismässig kleinen Betrag von rund CHF 4'400.– zu begleichen und so ihren Konkurs abzuwenden. Durch die zu erwartenden Zahlungseingänge und die rege Geschäftstätigkeit erscheint es einst-

weilen glaubhaft, dass die Schuldnerin ihre Altlasten innert absehbarer Zeit wird abtragen können und sie ihren aktuell dringendsten Verpflichtungen nachkommen kann. Die Schuldnerin erscheint deshalb nicht auf unabsehbare Zeit als illiquid, weswegen ihre Zahlungsschwierigkeiten als nur vorübergehend zu erachten sind. Ihre wirtschaftliche Überlebensfähigkeit scheint gegeben, auch wenn aufgrund der zahlreichen Beteiligungen, die auch vor der Trennung des Geschäftsführers der Schuldnerin von seiner Ex-Partnerin eingeleitet wurden (vgl. dahingehend act. 2 Rz. 25), durchaus Bedenken bestehen.

Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist damit gerade noch hinreichend glaubhaft im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG. Dies insbesondere, da es sich um die erstmalige Konkursöffnung handelt, bei der in der Regel keine allzu strengen Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden (BGer 5A_335/2014 vom 23. Juni 2014 E. 3.1 m.w.H.). Die Schuldnerin ist aber darauf hinzuweisen, dass eine erneute Konkursöffnung in nächster Zeit ein starkes Indiz für eine anhaltende Zahlungsunfähigkeit darstellen würde, an das Glaubhaftmachen ihrer Zahlungsfähigkeit höhere Anforderungen zu stellen wären und sie insbesondere Buchhaltungsunterlagen einreichen müsste.

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

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

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Februar 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf CHF 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidegebühr von CHF 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Enge-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von CHF 2'600.– (CHF 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie CHF 1'400.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin CHF 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom hinterlegten Betrag von CHF 5'250.– den Betrag von CHF 4'720.15 an die Gläubigerin und den Restbetrag – vorbehältlich eines allfälligen Verrechnungsrechts – an die Schuldnerin auszubezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Enge-Zürich, mit besonderer Anzeige und im Urteils-Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Betreibungsamt Zürich 2, 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

Der Gerichtsschreiber:

MLaw B. Lakic

versandt am:
26. März 2024