

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230235-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Urteil vom 18. Januar 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

gegen

B. _____-stiftung,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch B. _____-stiftung

betreffend **Konkurseröffnung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes
Zürich vom 23. November 2023 (EK231817)**

Erwägungen:

1.a) Mit Urteil vom 23. November 2023 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 14'444.80 nebst 5 % Zins seit 1. Juli 2023, Fr. 218.75 Zins vom 1. Januar 2022 bis 30. Juni 2023, Fr. 300.– Betreuungsspesen und Fr. 224.90 Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin (act. 3). Dagegen erhob diese mit Eingabe vom 3. Dezember 2023, dem Gericht überbracht am 4. Dezember 2023, Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Genehmigung zur Bezahlung der Konkursforderung sofort nach Mitteilung des Gerichtsentscheides sowie um eine Frist zur Bezahlung aller übrigen Ausstände bis zum 22. Dezember 2023 (act. 2).

b) Mit Verfügung vom 5. Dezember 2023, hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 1 berichtet am 6. Dezember 2023, wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung einstweilen verweigert, da es am Nachweis eines Konkursaufhebungsgrundes sowie an der Sicherstellung der Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und des Konkursamtes fehlte. Die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass sie die Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist betreffend Nachweis eines Konkursaufhebungsgrundes, Sicherstellung der Konkurskosten sowie – unter Nennung der üblicherweise erforderlichen Unterlagen – Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ergänzen könne. Die Beschwerdefrist beginne erst mit der förmlichen Zustellung des Konkursbescheides zu laufen. Ferner wurde der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– für das Beschwerdeverfahren angesetzt (act. 9 und 12). Der Vorschuss ging innert Frist ein (act. 15/1 und act. 16).

c) Am 15. Dezember 2023 gelangte die Schuldnerin mit einer ergänzenden Eingabe an die Kammer und erklärt unter anderem, dass ihr Konto bei der C._____ [Bank] infolge der Konkursöffnung gesperrt worden sei. Der Saldo von Fr. 37'329.83 reiche aber aus, um die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten sowie die Kosten des Konkursamtes zu bezahlen (act. 14 S. 2).

Aus den inzwischen bei der Kammer eingegangenen vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass der Konkursbescheid vom 23. November 2023 am 4. Dezember 2023 mit dem Vermerk "Nicht abgeholt" an die Vorinstanz retourniert wurde (act. 6/11). Diese unternahm keinen weiteren Zustellungsversuch und legte den Entscheid zu den Akten (act. 17). Aus den Akten geht sodann nicht hervor, dass der Schuldnerin die Vorladung zur Konkursverhandlung zugestellt werden konnte (act. 6/7). Da die blosser Zustellung der Konkursandrohung an die Schuldnerin durch das Betreibungsamt noch kein Prozessrechtsverhältnis zu begründen vermag, musste die Schuldnerin nicht mit der Zustellung eines Konkursentscheides rechnen. Somit greift die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO nicht.

d) Mit Verfügung vom 19. Dezember 2023 holte die Kammer die förmliche Zustellung des Konkursentscheides vom 23. November 2023 nach mit dem erneuten Hinweis, dass mit Erhalt des Entscheides die Beschwerdefrist von 10 Tagen ausgelöst werde, um die Beschwerde bis zum Fristablauf zu ergänzen. Sodann wurde der Beschwerde insoweit aufschiebende Wirkung erteilt, als das Konkursamt angewiesen wurde, den Betrag von Fr. 17'675.35 (Fr. 15'475.35 für die Konkursforderung samt Zinsen und Kosten und Fr. 2'200.– für die Kosten des Konkursamtes) für die Hinterlegung der Konkursforderung bei der Rechtsmittelinstanz sowie zur Sicherstellung der eigenen Kosten freizugeben (act. 13). Am 2. Januar 2024 teilte die Schuldnerin der Kammer unter Beilage einer Kontobuchung per E-Mail mit, dass der Betrag von Fr. 17'675.35 am 27. Dezember 2023 von der C._____ an das Konkursamt überwiesen worden sei (act. 21-22). Auf telefonische Nachfrage bestätigte das Konkursamt den Zahlungseingang (act. 23).

Unter Berücksichtigung der Weihnachtsbetriebsferien und des Umstandes, dass der 2. Januar im Kanton Zürich ein staatlich anerkannter Feiertag ist (§ 122 GOG), lief die Beschwerdefrist am 5. Januar 2024 ab (Art. 56 Ziff. 1 und 2 sowie Art. 63 SchKG). Die Hinterlegung der Konkursforderung und der Kosten des Konkursamtes erfolgte damit innert Frist. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sieht allerdings vor, dass die Hinterlegung der Konkursforderung bei der Obergerichtskasse und nicht beim Konkursamt zu erfolgen hat, was in der Verfügung vom

19. Dezember 2023 besonders hervorgehoben wurde (act. 19 S. 4). Darauf wird nachstehend zurückzukommen sein (unten E. 4).

2. Nebst dem Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes hat die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit welchen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Die Schuldnerin hat deshalb aufzuzeigen, dass sie in der Lage ist, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen sie noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen; anders verhält es sich, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung ihrer finanziellen Situation zu erkennen sind und sie auf unabsehbare Zeit 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 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. Grundsätzlich als zahlungsunfähig erweist sich hingegen eine Schuldnerin, die beispielsweise Konkursandrohungen anhäufen lässt. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (zum Ganzen vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3).

3.a) Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage einer Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss der aktuellsten Auskunft aus dem Register des Betreibungsamtes Zürich 1 (act. 15/2) wurden seit dem 19. Mai 2023 bis zum 15. Dezember 2023 10 Beteiligungen im Gesamtbetrag von Fr. 114'274.94 eingeleitet, wovon zwei Beteiligungen im Betrag von insgesamt Fr. 27'889.65 durch Zahlung erledigt sind. Die Anzahl Beteiligungen innert rund eines halben Jahres sowie der Umstand, dass es in drei Fällen zur Konkursandrohung kam, lassen auf erhebliche Zahlungsschwierigkeiten schliessen. Wie dargelegt, wurde die dem Konkursbegehren zugrunde lie-

gende Betreuung Nr. 1 inzwischen beim Konkursamt hinterlegt. Im Zuge der Konkursöffnung wurden die Betreibungen Nr. 2, 3 und 4 mit einem "K" versehen, was für die Zwecke des Beschwerdeverfahrens, in dem es auf den Stand des betreffenden Betreibungsverfahrens vor der Konkursöffnung ankommt, nicht dienlich ist. Zum Stand der Betreibungen in der Höhe von rund Fr. 71'400.– äusserte sich die Schuldnerin nicht im Einzelnen und legte insbesondere keine weiteren Zahlungsbelege vor (act. 2 S. 2 und act. 14 S. 2).

An ihrem früheren Firmensitz wurde die Schuldnerin gemäss dem Betreibungsregistrauszug des Betreibungsamtes Zürich 2 im Zeitraum vom 5. Dezember 2019 bis 19. Mai 2023 neunmal betrieben (act. 15/3). In sieben Betreibungen erfolgte eine Zahlung. Zu den zwei noch offenen Betreibungen machte die Schuldnerin keine Angaben. Die Betreuung Nr. 5 der Stiftung D._____ dürfte angesichts des identischen Betrages am aktuellen Sitz unter der Nummer 6 fortgesetzt worden sein (Art. 53 SchKG). Sie ist inzwischen bezahlt. Die Betreuung Nr. 7 für eine Forderung von Fr. 1'700.– für Bundessteuern wurde bereits im September 2020 anhängig gemacht. Im neusten Auszug findet sich keine Betreuung für Bundessteuern, weshalb diese Betreuung im Rahmen der Prüfung der Zahlungsfähigkeit zugunsten der Schuldnerin ausser Acht gelassen werden kann.

Somit verbleiben offene in Betreuung gesetzte Forderungen von rund Fr. 71'400.–. Die Schuldnerin selbst geht von betriebenen Forderungen in Höhe von knapp Fr. 86'400.– aus, wobei hier die Konkursforderung von Fr. 15'475.35 noch enthalten ist. Dabei erwähnt sie unter Verweis auf einen Kontoauszug des Betreibungsamtes eine Zahlung vom 29. November 2023 in der Höhe von Fr. 8'151.70 an das Konkursamt (act. 2 S. 2, act. 4/3 und 4/7). Diese Zahlung lässt sich keiner Betreuung zuordnen. Worum es sich dabei handelt, bleibt unklar und es ist nicht dargetan, dass sie an den gemäss Auszug des Betreibungsamtes per 15. Dezember 2023 offenen Betreibungen etwas hätte ändern können (act. 15/2). Deshalb kann diese Zahlung von den betriebenen Forderungen nicht in Abzug gebracht werden. Der Kontoauszug der C._____ per 15. Dezember 2023 (act. 15/4) ist darüber hinaus nur begrenzt aussagekräftig, da keinerlei Detailangaben zu den Buchungen angezeigt werden.

b) Die Schuldnerin betreibt ein Bauunternehmen und nimmt vornehmlich ... vor (act. 2 S. 1, act. 8, act. 14 S. 1). Sie führt ihre Liquiditätsprobleme in erster Linie auf die verzögerte Abwicklung von Grossprojekten und auf die schlechte Zahlungsmoral ihrer Grosskunden zurück. Deshalb nehme sie nun auch kleine Aufträge an, die schneller abgewickelt und zügiger bezahlt würden. Bei Grossaufträgen verlange sie konsequent eine Anzahlung. Bis die getroffenen Massnahmen Wirkung zeigten, brauche es allerdings etwas Zeit (act. 2 S. 1 f.). Verlässliche Rückschlüsse auf den Geschäftsgang sind in Anbetracht der lückenhaften Unterlagen und der pauschalen, unbelegten Vorbringen der Schuldnerin kaum möglich. Die Schuldnerin führt aus, sie habe keine weiteren Ausstände (act. 2 S. 2), und sie reichte entsprechend keine Kreditorenliste ein. Ebenso wenig liegt eine aktuelle Jahres- bzw. Zwischenbilanz vor, welche über allfällige weitere Verbindlichkeiten – namentlich Steuerschulden oder Sozialabgaben – Aufschluss geben würde. Somit ist von offenen kurzfristigen Verpflichtungen von mindestens Fr. 71'400.– auszugehen. Demgegenüber nennt die Schuldnerin Debitoren in der Höhe von Fr. 73'200.– in Form von ausgestellten Rechnungen an die Firma E. _____ GmbH. Sie verweist auf eine Zahlungszusage der E. _____ GmbH für den 8. Dezember 2023 (act. 2 S. 2, act. 4/5-6). Dass diese Zahlung tatsächlich erfolgt wäre bzw. einzig aufgrund des eröffneten Konkurses bzw. der Kontosperrung nicht möglich gewesen sei, wird von der Schuldnerin aber in der Ergänzung zur Beschwerde vom 15. Dezember 2023 (act. 14) nicht behauptet und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Im Übrigen erklärt die Schuldnerin, sie sei daran, eine Debitorenliste zu erstellen. Nach Aussage ihres Geschäftsführers F. _____ würden sich die Guthaben auf mindestens Fr. 25'000.– belaufen. Alle Kunden hätten ihre Zahlungen in den nächsten zwei Wochen versprochen (act. 2 S. 2). Diese Behauptungen werden durch keine sachdienlichen Unterlagen untermauert. Demnach vermochte die Schuldnerin keine kurzfristig verfügbaren Debitoren glaubhaft zu machen (act. 2 S. 3). Das Konto wies per 15. Dezember 2023 einen Saldo von Fr. 37'329.93 auf. Nach Abzug der am 27. Dezember 2023 ans Konkursamt überwiesenen Fr. 17'675.35 liegen liquide Mittel in Höhe von knapp Fr. 20'000.– vor. Weitere Vermögenswerte, welche zur Aufrechterhaltung des Betriebes nicht benötigt wer-

den, sind nicht bekannt. Damit vermögen die Barmittel die Verbindlichkeiten nicht zu decken.

c) Die Schuldnerin erklärt, dass sie mit der Konkursöffnung ihre operative Tätigkeit vorübergehend eingestellt habe. Die Fix- und Lohnkosten habe sie der Situation angepasst. Bis zum 15. Februar 2024 wolle sie mit den eingegangenen Debitoren alle Schulden bereinigen. Erst dann nehme sie wieder Mandate an. Sie habe bereits einen Grossauftrag in Regie von der Firma G._____, dessen Details Anfang Jahr ausgehandelt würden. Ab März / April 2024 würden vier bis acht Personen während acht bis neun Monaten beschäftigt sein (act. 2 S. 2, act. 14 S. 1 f.). Dass die Schuldnerin ihre Liquiditätsprobleme auf diese Weise überwinden und (wieder) rentabel werden kann, scheint indes ungewiss. Wie erwogen sind weder die Höhe noch die Fälligkeit bzw. Einbringlichkeit der Debitoren hinreichend konkret dargelegt. In den nächsten Wochen wird die Schuldnerin nach eigenen Angaben auch keine Einkünfte erzielen. Die in Aussicht gestellte Tilgung der Schulden bis zum 15. Februar 2024 erscheint deshalb nicht realistisch. Eine Erfolgsrechnung, die Aufschluss über die Kostenseite geben könnte, reichte die Schuldnerin wie gesehen nicht ein. Sie verweist einzig auf die tiefe Büromiete von monatlich Fr. 1'511.– und die monatlichen Kosten für das Leasingfahrzeug von Fr. 1'150.–, ohne indes die entsprechenden Verträge vorzulegen (act. 14 S. 2). Personalkosten würden einstweilen nicht anfallen. Der Eigentümer sowie ein freier Mitarbeiter würden bis zum Ende der Sanierung auf ihre Gehälter verzichten. Die bisherigen Festangestellten hätten sich beim RAV angemeldet und auch die temporären Arbeitskräfte stünden nicht mehr auf ihrer Lohnliste (act. 14 S. 1 f.). Die Schuldnerin unterliess es auch hier, ihre Behauptungen mit zweckdienlichen Unterlagen wie einer Verzichtserklärung oder Kündigungen zu stützen. Ebenso lässt sie offen, mit welchen Personalkosten sie bei Wiederaufnahme der Bautätigkeit rechnet. Zu den weiteren anfallenden Kosten etwa für Versicherungen, die (neu vergebene) Buchhaltung (act. 14 S. 2), Steuern und Sozialversicherungsabgaben, Gerätschaften, Energie sowie Kommunikation macht sie keinerlei Ausführungen. Anzumerken ist, dass im Kontoauszug der C._____ zwar regelmässige Gutschriften, aber auch zahlreiche Belastungen in beträchtlicher Höhe verzeichnet sind (act. 15/4). Zur bisherigen Profitabilität äussert sich die Schuldnerin eben-

falls nicht. So ist nicht bekannt, ob sie in den letzten Jahren einen Gewinn oder einen Verlust erwirtschaftet hat. Betreffend den behaupteten, aber wiederum gänzlich unbelegten Grossauftrag der G._____ erklärt sie einzig, über die Details müsse man sich noch einigen (act. 2 S. 2). Nebst den bereits erwähnten unbekanntem Lohnkosten ist der erwartete Gewinn nicht annähernd quantifiziert. Die Schuldnerin begnügt sich mit dem Hinweis, dass die Gewinnmarge bei Regiearbeiten bekanntermassen höher ausfalle als bei einem normalen Auftrag. Damit ist dieser Grossauftrag zu wenig konkretisiert, als dass allfällige daraus resultierende Einkünfte im Rahmen der Prüfung der Zahlungsfähigkeit berücksichtigt werden könnten.

d) Entgegen der Einschätzung der Schuldnerin scheint aufgrund der dargelegten Verhältnisse ihre Möglichkeit, die Schulden in absehbarer Zeit abzubauen sowie in Zukunft ihren laufenden Verpflichtungen regelmässig nachzukommen, wenig wahrscheinlich. Daran ändern auch eine strengere Debitorenkontrolle und ein Anzahlungssystem nichts (act. 14 S. 2). Insbesondere sind mangels geeigneter Unterlagen weder die behaupteten kurzfristigen Zuflüsse zur Deckung des Liquiditätsbedarfs inklusive Schaffung eines finanziellen Polsters (act. 2 S. 3) noch die angeblich geringen Fixkosten (act. 14 S. 2) plausibel dargelegt.

4. In Gesamtwürdigung der finanziellen Lage der Schuldnerin kann demnach trotz ihrer Bemühungen um eine Schuldenbereinigung nicht von einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass ausgegangen werden. Die Schuldnerin vermochte mithin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft darzutun, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Es bleibt, die Schuldnerin auf die Möglichkeit des Widerrufs des Konkurses gemäss Art. 195 SchKG hinzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt der hinterlegte Betrag für die Konkursforderung in die Konkursmasse der Schuldnerin. Deshalb kann von einer Anweisung an das Konkursamt, den Betrag an die Gerichtskasse zu überweisen, abgesehen werden (vgl. oben E. 1.d).

5. Ausgangsgemäss sind die Kosten beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2 und 14, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Zürich Altstadt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 1, je gegen Empfangsschein.
4. 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. S. Bohli Roth

versandt am:
18. Januar 2024