

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS240153-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Widmer

Urteil vom 4. September 2024

in Sachen

A. _____ AG,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. HSG X2. _____,

gegen

B. _____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. August 2024 (EK240154)

Erwägungen:

1. Das Einzelgericht im summarischen Verfahren (Konkurssachen) des Bezirksgerichts Meilen (nachfolgend: Vorinstanz) eröffnete mit Urteil vom 12. August 2024 für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) in der Höhe von Fr. 8'730.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 16. Dezember 2023, Betreuungskosten von Fr. 147.30 und Rechtsöffnungskosten von Fr. 1'700.– den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Schuldnerin, act. 3 = act. 8 [Aktenexemplar] = act. 9/23).

2. Mit Eingabe vom 23. August 2024 (gleichentags persönlich überbracht) erhob die Schuldnerin fristgerecht (act. 9/25/1) Beschwerde bei der hiesigen Kammer und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2). Mit Verfügung vom 23. August 2024 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (Dispositiv-Ziff. 1, act. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 9/1 – 25). Die Sache erweist sich als spruchreif.

3.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung aufheben, wenn ein Schuldner dargetan hat, (1.) dass er die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt hat, (2.) dass er den geschuldeten Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt hat oder (3.) dass der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Zu den Kosten zählen auch die Kosten des Konkursamts, des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die dem Gläubiger im Konkurseröffnungsverfahren zugesprochene Parteientschädigung (vgl. in Bezug auf die Parteientschädigung BGE 133 II 687 E. 2.3 ff.), die ebenfalls vor Ablauf der Beschwerdefrist sicherzustellen sind (OGer ZH PS220078 vom 17. Mai 2022 E. 2; PS240039 vom 8. Mai 2024 E. 2). Zudem hat ein Schuldner gemäss Gesetzeswortlaut seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen.

3.2. Im Beschwerdeverfahren gegen einen erstinstanzlichen Entscheid über die Konkurseröffnung können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (vgl.

Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere die Tilgung der Konkursforderung samt Zinsen und Kosten vor der Konkurseröffnung. Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebung nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 – 3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben, wie etwa die Hinterlegung der Konkursforderung inkl. Kosten und Zinsen oder die Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts. All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS240017 vom 22. Februar 2024 E. 2.1.). Sowohl die von der Schuldnerin geltend gemachte Hinterlegung der Konkursforderung als auch die Sicherstellung der erstinstanzlichen Parteientschädigung, der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sowie allfälliger Massaverbindlichkeiten verwirklichten sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid, jedoch vor Ablauf der Beschwerdefrist. Die Tatsachenbehauptungen sind demnach gestützt auf Art. 174 Abs. 2 SchKG zu berücksichtigen.

3.3. Die Schuldnerin macht geltend, ihr Verwaltungsratspräsident habe am 14. August in ihrem Namen den Betrag von Fr. 15'000.– an die Obergerichtskasse überwiesen. Mit diesem Betrag werde die Konkursforderung hinterlegt, die erstinstanzliche Gerichtsgebühr sowie die der Gläubigerin zugesprochene Parteientschädigung sichergestellt und der oberinstanzliche Kostenvorschuss geleistet (act. 2 Rz. 12 ff.). Ferner seien beim Konkursamt die Kosten des Konkursverfahrens mit einem Vorschuss von Fr. 1'200.– bezahlt und zudem eine Sicherheitsleistung von Fr. 50'000.– für allfällige Massaverbindlichkeiten geleistet worden (act. 2 Rz. 18 f.).

3.4. Am 14. August 2024 ging bei der Obergerichtskasse eine Zahlung von Fr. 15'000.– ein (act. 7). Mit diesem Betrag sind die Konkursforderung von Fr. 8'730.– zuzüglich Zins von Fr. 287.– - der praxisgemäss bis zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Konkursentscheids geschuldet ist -, die Betreuungskosten von Fr. 147.30 und die Rechtsöffnungskosten von Fr. 1'700.–, was eine Summe von Fr. 10'864.30 ergibt, hinterlegt. Zu den Kosten ist festzustellen, dass die Schuldnerin die erstinstanzliche Parteientschädigung von Fr. 1'500.– bei der Oberge-

richtskasse sicherstellte und mit dem von ihr innert der Beschwerdefrist geleisteten Kostenvorschuss beim Betreibungsamt die Kosten des Konkursamts und die Gerichtskosten der Vorinstanz sichergestellt sind, was das Konkursamt Riesbach-Zürich bestätigte (vgl. act. 5/7). Weiter leistete die Schuldnerin mit ihrer Zahlung an die Obergerichtskasse am 14. August 2024 den oberinstanzlichen Kostenvorschuss von Fr. 750.–. Das Vorliegen eines Konkurshinderungsgrundes ist bewiesen.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Sicherstellung allfälliger Massaverbindlichkeiten keine Voraussetzung für die Konkursaufhebung nach Art. 174 SchKG ist. Die von der Schuldnerin beim Konkursamt Riesbach-Zürich geleistete Sicherheit von Fr. 50'000.– ist deshalb bei der Prüfung der Zahlungsfähigkeit (vgl. E. 4.3. unten) zu berücksichtigen.

4.1. Um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen, hat die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG). 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 (praxisgemäss innert längstens zweier Jahre; OGer ZH PS140068 vom 29. April 2014 E. 2.2; 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 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, genügen 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 (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; 132 III 140 E. 4.1.2; BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; 5D_149/2023 vom 8. Dezember

2023 E. 4; OGer ZH PS230133 vom 17. August 2023 E. 4.1). Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit beruht auf einem aufgrund der Zahlungsgewohnheiten eines Konkursiten gewonnenen Gesamteindruck (vgl. BGer 5A_297/2012 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; 5A_115/2012 vom 20. April 2012 E. 3; 5A_33/2021 vom 28. September 2021 E. 2.2).

4.2. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss dem Betreibungsregisterauszug der Schuldnerin wurden in den letzten fünf Jahren, bis zum 20. August 2024, vier Beteiligungen – alle von der gleichen Gläubigerin – gegen die Schuldnerin eingeleitet. Eine der Beteiligungen hat zum vorliegenden Konkursverfahren geführt und in den drei weiteren Fällen hat die Schuldnerin Rechtsvorschlag erhoben (vgl. act. 5/10).

Zu den Beteiligungen Nr. 1 und Nr. 2 macht die Schuldnerin geltend, die Gläubigerin habe diese vor über zwei Jahren bzw. vor über einem Jahr erhoben, weshalb glaubhaft erscheine, dass diese Beteiligungen nicht mehr weiterverfolgt würden (act. 2 Rz. 26 f.). Als Beteiligungsdatum ist der 11. Mai 2022 bzw. der 11. Juli 2023 vermerkt. Unter Berücksichtigung des Zeitlaufs erscheint glaubhaft gemacht, dass beide Beteiligungen nach Erhebung des Rechtsvorschlags nicht weiterverfolgt wurden resp. die Fristen zur Stellung der Fortsetzungsbegehren ungenutzt abgelaufen sind (vgl. Art. 88 Abs. 2 SchKG).

Weiter führt die Schuldnerin aus, in der Beteiligung Nr. 3 Rechtsvorschlag erhoben zu haben. Die Gläubigerin habe die Beteiligung bislang nicht weiterverfolgt und die in Beteiligung gesetzte Forderung sei nicht ausgewiesen (act. 2 Rz. 28). Für die Beteiligung Nr. 3 ist der 22. März 2024 als Beteiligungsdatum vermerkt. Folglich ist die Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG, innert welcher die Gläubigerin das Fortsetzungsbegehren zu stellen hat, (noch) nicht abgelaufen, weshalb nicht als glaubhaft erachtet werden kann, dass die Gläubigerin die Beteiligung nicht weiterverfolgt. Die Tilgung der Forderung wurde von der Schuldnerin weder behauptet noch bewiesen, weshalb die zugrunde liegende Forderung von Fr. 3'360.– weiterhin als offen gilt.

4.3. Die Schuldnerin bezweckt primär die Führung von Unternehmungen der Finanz- und Private Equity-Branche und Erbringung von Dienstleistungen an Gruppengesellschaften (act. 6). Sie investiert ihr eigenes Kapital in andere Gesellschaften und generiert aus diesen Beteiligungen bzw. durch erfolgreiche "Exits" Einnahmen (act. 2 Rz. 33 f.).

Sie reicht ihre Jahresrechnung 2023 zu den Akten, gemäss welcher sie per 31. Dezember 2023 über Aktiven in der Höhe von Fr. 709'481.96 verfügte, wovon Fr. 542'640.66 Umlaufvermögen darstellten. Diesen standen Passiven (ohne rangrücktrittsbelastete Verbindlichkeiten) von Fr. 556'073.59 gegenüber, wovon Fr. 120'421.79 kurzfristiges Fremdkapital waren. Zudem ist aus der Erfolgsrechnung ersichtlich, dass die Schuldnerin 2023 einen Gewinn von Fr. 60'335.09 erwirtschaftete (act. 5/16). Weiter legt die Schuldnerin ihren Zwischenabschluss per 31. Juli 2024 ins Recht (act. 5/3). Daraus ist ersichtlich, dass sie per 31. Juli 2024 über Aktiven im Wert von Fr. 1'155'544.44 verfügt, wovon Fr. 966'230.94 Umlaufvermögen sind. Weiter reicht die Schuldnerin Auszüge ihrer fünf Konti ein, gemäss welchen sie per 13. August 2024 über ein gesamthaftes Kontoguthaben von Fr. 94'589.25 verfügt (act. 5/11 – 15). Ihr Kontoguthaben stieg somit seit dem 31. Juli 2024 um Fr. 40'498.25. Den Aktiven stehen Passiven (ohne rangrücktrittsbelastete Verbindlichkeiten) in der Höhe von Fr. 797'004.80 gegenüber, wovon Fr. 111'225.95 kurzfristiges Fremdkapital sind. Von Januar bis Juli 2024 erzielte die Schuldnerin gemäss der eingereichten Erfolgsrechnung einen Gewinn von Fr. 181'243.27.

In Bezug auf ihre laufenden Verbindlichkeiten führt die Schuldnerin aus, es würden monatliche Fixkosten von ca. Fr. 25'000.– anfallen. Ihre Einnahmen budgetiere sie mit monatlich Fr. 50'000.– (vgl. act. 5/17). Ihr Mehrheitsaktionär finanziere den Geschäftsbetrieb, insbesondere in der Anfangsphase sowie bei Investitionen, und unterstütze sie bei den laufenden Kosten mit nachrangigen Aktionärsdarlehen. Gelingen ihr ein lukratives "Exit", würden die Einnahmen daraus teilweise zur Rückzahlung dieser gewährten Aktionärsdarlehen genutzt (act. 2 Rz. 35 f.).

4.4. Wird die offene Forderung der Betreuung Nr. 3 in der Höhe von Fr. 3'360.– und das kurzfristige Fremdkapital per 31. Juli 2024 von Fr. 111'225.95 den kurz-

fristig verfügbaren Mitteln der Schuldnerin von rund Fr. 94'600.–, zu denen die beim Konkursamt geleistete Sicherheit von Fr. 50'000.– (vgl. E. 3.4. oben) addiert werden kann, gegenüber gestellt, resultiert ein positiver Saldo. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Schuldnerin die Ersteren decken kann. Unter Berücksichtigung des zwischen Januar und Juli 2024 erzielten Gewinns von Fr. 181'243.27, den monatlich budgetierten Einnahmen von Fr. 50'000.– sowie dem Jahresabschluss 2023 ist davon auszugehen, dass die Schuldnerin in Zukunft ihren laufenden Verbindlichkeiten nachkommen können. Die Schuldnerin hat ihre Zahlungsfähigkeit folglich glaubhaft gemacht.

5. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der am 12. August 2024 über die Schuldnerin eröffnete Konkurs ist aufzuheben.

6. Obschon die Beschwerde gutgeheissen wird, sind die Gerichtsgebühren bei der Instanzen sowie die vorinstanzlich der Gläubigerin zugesprochene Parteientschädigung der Schuldnerin aufzuerlegen, weil sie das Verfahren durch ihre Versäumnis verursacht hat. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. August 2024 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 500.– und die der Gläubigerin zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 1'500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Riesbach-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'500.– (Fr. 1'200.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, vom hinterlegten Betrag von gesamthaft Fr. 14'250.– der Gläubigerin Fr. 12'364.30 (Fr. 10'864.30 + Fr. 1'500.–) und den Restbetrag von Fr. 1'885.70 der Schuldnerin auszusahlen. Vorbehalten bleibt ein allfälliges Verrechnungsrecht.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2,
 - das Konkursamt Riesbach-Zürich,
 - die Mobile Equipe Konkurs,
 - das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon (im Dispositiv),
 - sämtliche Grundbuchämter des Bezirks C. _____ (D. _____, E. _____, C. _____, F. _____ und G. _____) (im Dispositiv),
 - das Handelsregisteramt des Kantons Zürich (im Dispositiv),
 - die Vorinstanz,je gegen Empfangsschein,
 - an die Obergerichtskasse.
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:

MLaw C. Widmer

versandt am:
5. September 2024