

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS220017-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Urteil vom 31. März 2022

in Sachen

A. _____ AG,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Überschuldungsanzeige**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom
21. Januar 2022 (EK220088)

Erwägungen:

1.

1.1. Mit am 20. Januar 2022 dem Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) überbrachter Eingabe zeigte der Verwaltungsrat der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) deren Überschuldung an (act. 8/1). Die Vorinstanz eröffnete daraufhin mit Urteil vom 21. Januar 2022 gestützt auf Art. 725a Abs. 1 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR den Konkurs über die Beschwerdeführerin (act. 3 = act. 7 [Aktenexemplar] = act. 8/4).

1.2. Mit Eingabe vom 26. Januar 2022 (Datum Poststempel) erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde gegen dieses Urteil mit folgendem Rechtsbegehren und prozessuaalem Antrag (act. 2; act. 5/2–18):

" Das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2022 (Geschäfts-Nr. EK220088-L/U) sei aufzuheben und es sei die Beschwerdeführerin in die Verfügung über ihr Vermögen wieder einzusetzen."

" Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen unter Mitteilung an das Konkursamt Unterstrass-Zürich."

Bereits am 18. Januar 2022 war vom Kanton Zürich eine 5. Zuteilungsrunde im sogenannten Covid-19-Härtefallprogramm eröffnet worden (act. 5/14–15). Die Beschwerdeführerin erhielt aus diesem Programm in früheren Zuteilungsrunden À-fonds-perdu-Beiträge von total Fr. 1'052'012.– (act. 23/1 S. 2). Sie begründet die vorliegende Beschwerde unter anderem damit, dass ihr in dieser neuen 5. Zuteilungsrunde, von deren Eröffnung sie im Zeitpunkt der Überschuldungsanzeige noch keine Kenntnis gehabt habe, ein weiterer Anspruch auf solche Beträge zustehe, wodurch die Überschuldung entfalle (act. 2 Rz 9 f. und 13 f.).

1.3. Mit Verfügung vom 27. Januar 2022 erkannte die Kammer der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zu und wies die Beschwerdeführerin darauf hin, die Beschwerde bezüglich gewisser, noch fehlender Angaben bzw. Unterlagen bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen zu können (act. 9). Mit Eingabe vom 3. Februar 2022 (Datum Poststempel) ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde fristgerecht im Sinne der in der vorerwähnten Verfügung

gemachten Hinweise (act. 11; act. 12/1–3; Zustellung des vorinstanzlichen Urteils am 24. Januar 2022 [act. 8/6]; Ablauf der zehntägigen Beschwerdefrist [Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO] am 3. Februar 2022). Insbesondere reichte sie einen Ausdruck des bei der Finanzverwaltung des Kantons Zürich am 29. Januar 2022 hochgeladenen Covid-19-Härtefallgesuchs (5. Zuteilungsrunde) bzw. der entsprechenden Gesuchzusammenfassung ein (act. 12/1). Mit Beschluss vom 3. März 2022 wurde der Beschwerdeführerin, nachdem diese der Kammer bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Entscheidung der Finanzdirektion des Kantons Zürich bezüglich ihres Covid-19-Härtefallgesuchs vorgelegt hatte, eine höchstens einmal kurz erstreckbare Frist von 10 Tagen angesetzt, um den entsprechenden Entscheid einzureichen (act. 17). Mit Eingabe vom 24. März 2022 (Datum Poststempel) kam die Beschwerdeführerin dieser Aufforderung innert erstreckter Frist nach (act. 19; act. 22; act. 23/1). In der eingereichten Verfügung der Finanzdirektion des Kantons Zürich vom selben Datum wurde der Beschwerdeführerin in der 5. Zuteilungsrunde des Covid-19-Härtefallprogramms ein À-fonds-perdu-Beitrag von Fr. 801'915.– zugesprochen (act. 23/1). Der betreffende Betrag wurde dem Konto der Beschwerdeführerin am 24. März 2022 gutgeschrieben (act. 23/2).

2.

2.1. Wird die Überschuldung einer Aktiengesellschaft angezeigt, prüft das Konkursgericht, ob eine solche vorliegt. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten durch die Aktiven gedeckt sind, ist die Gesellschaft überschuldet (Art. 725 Abs. 2 OR) und das Gericht hat den Konkurs zu eröffnen (Art. 725a Abs. 1 OR). Gemäss der bei der Vorinstanz eingereichten revidierten Zwischenbilanz wies die Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2021 zu Fortführungswerten eine Überschuldung von Fr. 21'593.20 und zu Veräusserungswerten eine solche von Fr. 161'293.20 auf (je unter Abzug des Covid-19-Kredits von Fr. 500'000.–, der nach Art. 24 Abs. 1 Covid-19-SBüG bei der Berechnung der Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR nicht als Fremdkapital zu berücksichtigen ist; act. 8/2/4). Demnach eröffnete die Vorinstanz, allein gestützt auf diese Fakten, den Konkurs über die Beschwerdeführerin zu Recht.

2.2. Es stellt sich nun aber die Frage, ob der am 24. März 2022 zugesprochene À-fonds-perdu-Beitrag von Fr. 801'915.– in Form eines bereits im Zeitpunkt der Überschuldungsanzeige vom 20. Januar 2022 bestandenen Anspruchs berücksichtigt werden darf. Sollte dies der Fall sein, wäre das Vorliegen einer Überschuldung zu verneinen. In prozessualer Hinsicht steht dem entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts entgegen, obwohl dieses erst vor der Kammer vorgebracht wurde (vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG, wonach im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung unechte Noven noch vorgebracht werden können). Zu prüfen bleibt, wie sich dies auf die Frage der Überschuldung auswirkt. Die 5. Zuteilungsrunde im Covid-19-Härtefallprogramm wurde, wie bereits erwähnt, am 18. Januar 2022 eröffnet. Damit war die Beschwerdeführerin bereits vor der Überschuldungsanzeige anspruchsberechtigt. Der Anspruch auf den Betrag von Fr. 801'915.– stand zu diesem Zeitpunkt aber noch unter den aufschiebenden Bedingungen der rechtzeitigen Einreichung eines entsprechenden Gesuchs und der tatsächlichen, Verfügungsmässigen Zusprechung des Betrages.

2.3. Die Rechnungslegung hat unter anderem nach dem sogenannten Vorsichtsprinzip zu erfolgen (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR). Erträge dürfen dabei erst dann verbucht werden, wenn sie als rechtlich und tatsächlich durchsetzbare Forderungen entstanden sind (sogenanntes Realisationsprinzip). Dies trifft etwa auf aufschiebend bedingte Ansprüche (noch) nicht zu (zum Ganzen BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2. Auflage, Zürich 2019, N 167 ff.; siehe auch BGer 6B_697/2014 vom 27. Februar 2015, E. 1.4). Die Bestimmungen von Art. 725 Abs. 2 und Art. 725a Abs. 1 OR dienen dem Gläubigerschutz. Eine überschuldete Gesellschaft soll nicht weiterhin am Geschäftsverkehr teilnehmen, zusätzliche Verbindlichkeiten eingehen und ihre Aktiven zum Nachteil der Gläubiger aufbrauchen (BSK OR II-WÜSTINER, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 725 N 1; BGE 121 III 420 E. 3a). Im vorliegenden Fall, in dem ein die Überschuldung bei Weitem übersteigender À-fonds-perdu-Beitrag zugesprochen wurde, bedürfen die Gläubiger eines solchen Schutzes offensichtlich nicht. Es rechtfertigt sich daher, für die Frage des Vorliegens einer Überschuldung in einer solchen Konstellation vom Realisationsprinzip zugunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise abzuweichen, zumal die Weiterführung des Geschäftsbetriebs der Beschwerdeführerin auch im Inte-

resse ihrer Arbeitnehmer, Geschäftspartner und Kunden sowie des Staats als Steuer- und Sozialabgabeneempfänger liegt. Demnach darf der Betrag von Fr. 801'915.– (obwohl dazumal noch nicht realisiert) im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bereits im Zeitpunkt der Überschuldungsanzeige berücksichtigt werden, womit das Vorliegen einer Überschuldung zu verneinen ist. Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

2.4. Die Beschwerdeführerin beantragt neben der Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils, dass sie in die Verfügung über ihr Vermögen wieder einzusetzen sei (act. 2 S. 2). Diesem Antrag kommt jedoch keine eigenständige Bedeutung zu. Mit der Aufhebung des Konkurses fällt die in Art. 204 Abs. 1 SchKG statuierte rechtliche Verfügungsunfähigkeit des Konkursiten ohne Weiteres wieder dahin. Im vorliegenden Fall ist dies sogar bereits mit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung geschehen. Tatsächliche Verfügungsbeschränkungen (wie z.B. die Sperrung von Bankkonten) sind vom zuständigen Konkursamt sodann bereits auf Mitteilung der Konkursaufhebung bzw. der Gewährung der aufschiebenden Wirkung hin wieder aufzuheben.

3.

3.1. Die Gerichtskosten des Konkursöffnungs- und Beschwerdeverfahrens wurden durch die Überschuldungsanzeige der Beschwerdeführerin verursacht und sind daher ihr aufzuerlegen, obwohl der Konkurs letztlich aufzuheben ist (vgl. Art. 108 ZPO). Die Beschwerdeführerin hat für die Kosten des Konkursverfahrens und des Konkursgerichts einen Betrag von Fr. 600.– beim Konkursamt Unterstrass-Zürich einbezahlt (act. 2 Rz 11; act. 5/17). Eine solche Sicherstellung der Kosten ist für die Aufhebung des nach einer Überschuldungsanzeige ausgesprochenen Konkurses, anders als bei der Konkursöffnung gestützt auf eine vorgängige Betreuung (Art. 174 Abs. 2 SchKG), zwar nicht erforderlich. Dies ändert aber nichts daran, dass die erstinstanzliche Entscheidegebühr von Fr. 200.– von diesem Betrag zu beziehen ist und die Beschwerdeführerin auch die Kosten des Konkursverfahrens zu tragen hat. Das Konkursamt Unterstrass-Zürich ist deshalb anzuweisen, von den einbezahlten Fr. 600.– den Betrag von Fr. 200.– der Kasse des Bezirksgerichts Zürich zu überweisen sowie einen nach Abzug

seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag der Beschwerdeführerin auszubezahlen. Einen allfälligen Fehlbetrag kann das Konkursamt bei der Beschwerdeführerin einfordern. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 lit. a GebV SchKG auf Fr. 300.– festzusetzen. Die Beschwerdeführerin leistete für die Kosten des Beschwerdeverfahrens (ohne dazu aufgefordert worden zu sein) einen Vorschuss von Fr. 750.– (act. 5/18). Entsprechend ist die Entscheidgebühr von Fr. 300.– davon zu beziehen und der Restbetrag der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

3.2. Eine Parteientschädigung ist nur schon mangels Antrags weder für das erst- noch das zweitinstanzliche Verfahren zuzusprechen. Die Beschwerdeführerin hätte darauf jedoch selbst bei entsprechender Antragsstellung keinen Anspruch gehabt, da sie die bei ihr angefallenen Aufwendungen selbst zu verantworten hat.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Januar 2022, mit welchem über die Beschwerdeführerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 200.– wird von dem beim Konkursamt Unterstrass-Zürich einbezahlten Betrag von Fr. 600.– bezogen. Das erwähnte Konkursamt wird angewiesen, von diesem Betrag Fr. 200.– der Kasse des Bezirksgerichts Zürich (Postkonto 80-4713-0; Zahlungszweck: EK220088-LJ) zu überweisen sowie einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag der Beschwerdeführerin auszubezahlen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie wird von dem bei der Obergerichtskasse geleisteten Vorschuss von Fr. 750.– bezogen. Der Restbetrag des Vorschusses wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen, weder für das erst- noch das zweitinstanzliche Verfahren.

5. Schriftliche Mitteilung an

- die Beschwerdeführerin,
- das Konkursamt Unterstrass-Zürich,
- das Betreibungsamt Zürich 6,
- das Handelsregisteramt des Kantons Zürich,
- die Kasse des Bezirksgerichts Zürich und
- die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten),

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:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am:
31. März 2022