

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS160177-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 25. Oktober 2016

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung B._____,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. September 2016 (EK161321)

Erwägungen:

1.

1.1 Die Schuldnerin und Beschwerdeführer (fortan Schuldnerin) ist seit dem 12. Februar 2003 als Gesellschaft mit beschränkter Haftung GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Sie bezweckt nebst anderem den Verkauf und Einkauf von Lebensmitteln (act. 7).

1.2. Mit Urteil vom 14. September 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 422.20 nebst 5 % Zins seit 9. März 2016 zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 220.60 und Mahnkosten von Fr. 50.00 (act. 3).

1.3 Mit auf den 24. März 2016 datierter, am 26. September 2016 dem Obergericht übergebener Eingabe beantragte der einzige Gesellschafter C. _____ für die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses. Er macht nebst anderem geltend, dass die Schuldnerin den Schuldbetrag schon bezahlt habe und weder Zahlungsforderungen noch Schulden habe (act. 2 S. 1).

1.4 Mit Verfügung vom 26. September 2016 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Gleichzeitig wurde die Schuldnerin auf die Anforderungen an die Aufhebung des Konkurses hingewiesen und wurde ihr erklärt, dass sie die Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne. Im Weiteren wurde die Schuldnerin aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen (act. 8, 10).

1.5 Am 4. Oktober 2016 erliess der Vorsitzende eine weitere Verfügung. Er wies darauf hin, es ergebe sich aus den zwischenzeitlich beigezogenen Akten der Vorinstanz (act. 6/1-13), dass der angefochtene Entscheid der Schuldnerin noch nicht formell zugestellt worden sei, und holte dies nach, mit dem Hinweis darauf, dass die 10tägige Frist zur Erhebung und (abschliessenden) Begründung der Beschwerde erst durch diese Zustellung ausgelöst werde (act. 12).

Die Zustellung erfolgte am 6. Oktober 2016 (act. 13). Die Frist lief somit bis Montag, 17. Oktober 2016.

1.6 Die Schuldnerin ergänzte die Beschwerde mit Eingabe vom 8. Oktober 2016 und mit zwei weiteren Beweismitteln (act. 14, 15/1-2).

1.7 Die Schuldnerin hat den Kostenvorschuss innert Frist geleistet (act. 11). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin ist indes noch das Doppel von act. 14 zuzustellen.

2.

Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können zum einen unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind ("unechte Noven", vgl. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Zum anderen können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben ("echte Noven"). Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat der Schuldner zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

In jedem Fall ist die Beschwerde vor Ablauf der Rechtsmittelfrist abschliessend zu begründen (vgl. OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./1.)

3.

3.1 Die Schuldnerin stützt sich wie erwähnt auf die *Tilgung* der Konkursforderung. Dabei handelt es sich nach der erwähnten Unterscheidung um ein "unechtes Novum", wenn die Tilgung vor der Konkurseröffnung erfolgte (Konkurshinderungsgrund nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG), und ein "echtes Novum" (Konkursauf-

hebungsgrund nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG), wenn sie nach der Konkursöffnung erfolgte.

3.2 Aus dem Betreibungsregisterauszug vom 23. September 2016, den die Schuldnerin ihrer Beschwerde beilegte, ergibt sich, dass die Schuldnerin die Konkursforderung mit Zahlung an die Gläubigerin getilgt hat (act. 4/4, Betreibungsnummer 274'874). Die Schuldnerin hat damit den Konkurshinderungs- bzw. -aufhebungsgrund der Tilgung nachgewiesen.

4.

4.1 Zu prüfen bleibt, ob die Schuldnerin die Konkursforderung vor oder nach der Konkursöffnung tilgte. Nach Art. 172 Abs. 2 SchKG muss die Schuldnerin nur im zweitgenannten Fall (Tilgung als echtes, nach der Konkursöffnung eingetretenes Novum) zusätzlich ihre *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft machen (vgl. dazu auch OGer ZH PS160024 vom 24. Februar 2016, E. II./2.). Der Vorsitzende hat die Schuldnerin in den Erwägungen zur Verfügung vom 26. September 2016 auf diesen Umstand hingewiesen und hat weiter erklärt, dass ein Nachweis über den Zeitpunkt der Tilgung fehle und bis zum Fristablauf nachgereicht werden könne (act. 8 S. 3). In den Erwägungen zur Verfügung vom 4. Oktober 2016 wurde erneut auf die Möglichkeit zur Ergänzung der Beschwerde vor Fristablauf hingewiesen (act. 12 S. 3).

Die Schuldnerin hat dennoch bis zum Ablauf der Beschwerdefrist nicht angegeben, geschweige denn belegt, wann sie die Konkursforderung tilgte. Für die Annahme, die Tilgung sei vor Konkursöffnung erfolgt, gibt es deshalb keine Grundlage. Daher ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen.

4.2 Die Zahlungsfähigkeit ist glaubhaft zu machen, das heisst mittels Urkunden so zu belegen, dass objektiv überprüfbar der Schluss erlaubt wird, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, die Sachdarstellung des Schuldners treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (vgl. auch BSK SchKG II-GIROUD, 2. Auflage 2010,

Art. 174 N 26). Ein Beweis, der die (volle) Überzeugung gestattete, die Sachdarstellung des Schuldners sei zutreffend, ist nicht nötig.

Die Möglichkeit eines Schuldners, die Konkursforderung auch nach der Konkursöffnung noch zu tilgen und den Konkurs mit Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit auf dem Beschwerdeweg abzuwenden, hat nach der bundesrätlichen Botschaft zur SchKG-Revision von 1994 Fälle im Auge, in welchen der Konkurs wegen eines Versehens oder Missgeschicks nicht rechtzeitig abgewendet werden konnte, die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des schuldnerischen Betriebes aber nicht zum Vornherein verneint werden muss (vgl. BBl 1991 III S. 1 ff., S. 112). Das Bundesgericht schliesst daraus, dass die "wirtschaftliche Lebensfähigkeit" des schuldnerischen Betriebes in entsprechenden Beschwerdeverfahren stets zu beurteilen sei (BGer 5A_642/2010 vom 7. Dezember 2010, E. 2.4). Die nachträgliche Aufhebung der Konkursöffnung muss in diesem Sinne "wirtschaftlich sinnvoll" sein (BISchK 2015 S. 156; vgl. zum Ganzen auch JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage 1997/99, Band 2, Art. 174 N 10). Die zwischenzeitliche Inaktivität einer Schuldnerin spricht nicht gegen ihre wirtschaftliche Lebensfähigkeit, wenn die (Wieder-) Aufnahme des Betriebs absehbar bzw. konkret geplant ist und zur Deckung bis dann anfallender Kosten ein Liquiditätspolster vorhanden ist (vgl. OGer ZH PS140283 vom 26. Januar 2015, E. II./3.3-4). Weist eine Schuldnerin dagegen dauernd keine Aktiven und keine Geschäftstätigkeit vor, so ist sie wirtschaftlich nicht lebensfähig.

4.3 Die Schuldnerin verweist auf ihren Betreibungsregisterauszug, gemäss dem eine Betreuung aus dem Jahr 2014 erloschen ist und die übrigen Betreibungen allesamt durch Tilgung erledigt wurden (act. 4/4). Sie habe "weder Zahlungsforderungen oder Schulden" (act. 2 S. 1 unten) und habe ihr Ladenlokal und den Betrieb per 30. November 2015 eingestellt. Die Erfolgsrechnung 2015 habe mit einem Verlust geschlossen. Der einzige Gesellschafter C._____ fügt dem hinzu, er habe sämtliche offenen Rechnungen der Schuldnerin mit privaten Mitteln beglichen und auf eine Forderung gegenüber der GmbH verzichtet. Er wolle die Gesellschaft am Leben erhalten, um einerseits seine Bonität nicht zu gefährden und

andererseits mit der Gesellschaft, sobald er ein geeignetes Lokal gefunden habe, die Geschäftstätigkeit wieder aufnehmen (act. 14).

Nach ihrer Bilanz per 31. Dezember 2015 verfügt die Schuldnerin über keinerlei Aktiven. Auf der Passivseite steht dem Kapital von Fr. 20'000.00 ein Verlustvortrag von Fr. 4'890.39 und ein Verlust Fr. 19'353.76 gegenüber, sowie eine (als negatives Passivum verbuchte) Forderung der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer (Privatkonto) von Fr. 4'244.15 (act. 14, 15/1). Die Forderung dürfte den Beträgen entsprechen, welche der Geschäftsführer gemäss seiner Schilderung für die Gesellschaft tilgte. Die letzte Erfolgsrechnung der Gesellschaft schloss mit dem erwähnten Verlust von Fr. 19'353.76 (act. 15/2).

4.4 Aus der Geschäftstätigkeit der Schuldnerin resultierte zuletzt per 30. November 2015 wie soeben gesehen ein beträchtlicher Verlust. Seither führt die Schuldnerin gemäss den vorstehend aufgezeigten Schilderungen ihres einzigen Gesellschafters keinen Betrieb mehr. Die Angabe des Gesellschafters, er wolle mit der Schuldnerin wieder einen Betrieb führen, sobald er ein geeignetes Lokal finde (act. 14), ist sehr unbestimmt. Warum er den Betrieb Ende November 2015 aufgegeben hat und warum er seither kein neues Ladenlokal gefunden hat, ist nicht ersichtlich. Die Schuldnerin ist seit dem 30. November 2015 und bis heute soweit ersichtlich eine bloss "Mantelgesellschaft" ohne Aktiven und ohne konkrete Aussicht auf eine betriebliche bzw. geschäftliche Tätigkeit. Die Aufhebung der Konkureröffnung macht in dieser Situation wirtschaftlich kaum einen Sinn. Sie würde lediglich dem Schutz der Reputation des einzigen Gesellschafters dienen und seinem Interesse, auf die Schuldnerin als "Mantel" zurückzugreifen, wenn er zu einem späteren Zeitpunkt irgend ein Geschäft mit ihr führen will. Ein Rückschluss darauf, ob und wann die Schuldnerin (wieder) einen lebensfähigen Betrieb führen wird, ist vor diesem Hintergrund nicht möglich. Diese Situation ist vom geschilderten Fall der bloss vorübergehenden Inaktivität einer Schuldnerin (vorne 4.2) abzugrenzen. Die Schuldnerin vermag ihre Zahlungsfähigkeit im Sinne des Gesetzes nicht glaubhaft zu machen. Das führt zur Abweisung der Beschwerde.

Dabei ist unerheblich, ob die Schuldnerin mangels einer Geschäftstätigkeit und verwertbarer Aktiven (auch) nach Art. 938a OR im Handelsregister zu löschen

wäre. Ist der Konkurs einmal auf Begehren eines Gläubigers eröffnet worden und führt die Schuldnerin dagegen Beschwerde, so sind einzig die Anforderungen nach Art. 174 SchKG massgeblich. Dass der Konkurs unter Umständen mangels Aktiven einzustellen sein wird (Art. 230 SchKG), ändert daran nichts Entscheidendes, zumal auch beim (voraussichtlichen) Fehlen von Aktiven denkbar ist, dass ein Gläubiger die Durchführung Konkurses (zumindest im summarischen Verfahren) verlangt und die Kosten sicherstellt (Art. 230 Abs. 2, Art. 231 SchKG). Im Übrigen ist auch nicht zu prüfen, ob der Gesellschafter C._____ mit seinen Ausführungen ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung aufzeigte, welches einer Löschung von Amtes wegen entgegenstünde (vgl. Art. 938a Abs. 2 OR).

4.5 Auch wenn man die Zahlungsfähigkeit einer blossen "Mantelgesellschaft" ohne Aktiven und ohne Aussicht auf einen lebensfähigen Betrieb nicht an sich ausschliesse, führte dies nicht zu einem für die Schuldnerin günstigen Resultat: Die Schuldnerin gibt wie gesehen an, sie habe sämtliche Gläubiger bereits befriedigt (vgl. vorne 4.2). Sie macht das allerdings mit der blossen Behauptung des einzigen Gesellschafters nicht glaubhaft. Zwar hat die Schuldnerin alle in Betreuung gesetzten Schulden getilgt (auch wenn nicht bekannt ist, zu welchem Zeitpunkt das geschah, vgl. act. 4/4), aber damit ist nicht gesagt, dass es keinerlei offene Schulden mehr gäbe. Aus dem Betreibungsregisterauszug erhellt, dass es auch im Jahr 2016 noch zu mehreren Betreibungen gegen die Schuldnerin kam (act. 4/4). Der Umstand alleine, dass die eingereichte Bilanz per 31. Dezember 2015 (act. 15/1) keine Verbindlichkeiten gegenüber Dritten aufführt, vermag daher nicht aufzuzeigen, dass es effektiv keine Verbindlichkeiten mehr gibt. Diesen (möglichen) Passiven stehen nach den eingereichten Unterlagen keinerlei Aktiven der Schuldnerin gegenüber (act.15/1), und sie erzielt mangels einer geschäftlichen Tätigkeit keine laufenden Einkünfte. Die Schuldnerin ist damit nicht in der Lage, allfällige Gläubiger zu befriedigen, und ihre Zahlungsfähigkeit erscheint auch unter diesem Blickwinkel nicht wahrscheinlicher als ihre Zahlungsunfähigkeit.

5.

Da am 26. September 2016 die aufschiebende Wirkung gewährt wurde (vgl. act. 8), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Schuldnerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und es wird über die Schuldnerin mit Wirkung ab **25. Oktober 2016, 14.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt Oerlikon-Zürich sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 12, je gegen Empfangsschein, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 14.
5. 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. T. Engler

versandt am:
25. Oktober 2016