

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190028-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichterin lic. iur. M. Stamm-
bach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 13. März 2019

in Sachen

A. _____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B. _____ Pensionskasse,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 13. Februar 2019 (EK190046)

Erwägungen:

1.1 Das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich eröffnete mit Urteil vom 13. Februar 2019 den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 556.20 nebst 5% Zins seit 18. September 2018 zzgl. Fr. 117.05 sowie Fr. 106.60 Betreibungskosten (in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 3; act. 7 = act. 8/9).

1.2 Mit rechtzeitig erhobener Beschwerde vom 14. Februar 2019 (überbracht) beantragte C._____, einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin (act. 6), die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/1-8; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 8/12). Er macht geltend, die Schuldnerin habe die Konkursforderung bezahlt und könne ihren laufenden Verpflichtungen nachkommen (act. 2). Sodann bevorschusste er die Kosten des Rechtsmittelverfahrens mit dem üblichen Betrag von Fr. 750.– (act. 5) und reichte weitere Beilagen ein (act. 10/1-12).

1.3 Mit Verfügung der Kammer vom 15. Februar 2019 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11 S. 4). 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 (act. 11 S. 3). Die auf den 14. Februar 2019 datierte und am 22. Februar 2019 dem Obergericht übergebene Beschwerdeergänzung erfolgte rechtzeitig (act. 13 inkl. Beilagen act. 14/1-15).

1.4 Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 8/1-12). Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif. Der Gläubigerin sind mit dem vorliegenden Entscheid die Kopien von act. 2 und act. 13 zuzustellen.

2. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn die Schuldnerin mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Kon-

kurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist und ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein. Dies bedeutet praxisgemäss, dass zusätzlich zur Tilgung bzw. Hinterlegung der Konkursforderung auch die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichts beim zuständigen Konkursamt rechtzeitig sicherzustellen sind (vgl. dazu OGerZH PS110095 vom 6. Juli 2011; KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 10 zu Art. 174 SchKG). Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass sowohl die Zahlungsfähigkeit als auch einer der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden zu belegen sind. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann sie innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen bzw. entstanden sind (echte Noven). Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294).

3. Mit Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 3 belegte die Schuldnerin, die der Konkurseröffnung zu Grunde liegende Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten am 14. Februar 2019 und damit nach der Konkurseröffnung beglichen zu haben (act. 4/1). Ferner belegte sie mittels einer entsprechenden Bestätigung des Konkursamtes Wiedikon-Zürich vom 14. Februar 2019, beim Konkursamt die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung mit einer Zahlung von Fr. 1'800.– sichergestellt zu haben (act. 4/2). Die Schuldnerin hat damit den Konkurshinderungsgrund- bzw. -aufhebungsgrund der Tilgung nachgewiesen. Zu prüfen bleibt die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin.

4.1 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, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und in absehbarer Zeit auch die bestehenden Schulden abzutragen. 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 der Schuldnerin treffe zu. Vorausgesetzt wird, dass die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher erscheint als die Zahlungsunfähigkeit (vgl. BSK SchKG II-Giroud, 2. Auflage 2010, N 26 zu Art. 174 SchKG). Ein Beweis, der die (volle) Überzeugung gestattet, die Sachdarstellung der Schuldnerin sei zutreffend, ist nicht nötig.

Die Möglichkeit einer Schuldnerin, die Konkursforderung auch nach der Konkurseröffnung 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. BBI 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 Konkurseröffnung 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. Aufl. 1997/99, Band 2, N 10 zu Art. 174 SchKG). Eine 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. OGerZH PS140283 vom 26. Januar 2015, E. II./3.3-4). Weist eine Schuldnerin dagegen auf Dauer keine Aktiven und keine Geschäftstätigkeit vor, so ist sie wirtschaftlich nicht lebensfähig (vgl. OGerZH PS160177 vom 25. Oktober 2016, E. 4.4).

4.2 Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage der Schuldnerin gibt insbesondere das Betreibungsregister. Gemäss Auskunft Nr. 2 aus dem Register des Betreibungsamtes Zürich 3 vom 14. Februar 2019 wurden im Zeitraum Oktober 2012 bis Ende Januar 2019 (die Schuldnerin

wurde am tt.mm.2001 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, act. 6) – ohne die vorliegende Konkursforderung – 64 Betreibungen gegen die Schuldnerin eingeleitet, welche mehrheitlich auf die Jahre 2016 bis 2018 entfallen (act. 10/1). Grösstenteils handelt es sich um Forderungen der Gläubigerin sowie um öffentlich-rechtliche Abgabeforderungen. Durch Zahlung an das Betreibungsamt erledigt bzw. erloschen sind 52 Betreibungen. Die Betreibungen Nr. 3 und 4, in welchen Rechtsvorschlag erhoben wurde, liegen über zwei Jahre zurück und sind daher nicht zu berücksichtigen.

Zehn Betreibungen aus den Jahren 2018 und 2019 sind noch offen. Vier Betreibung im Umfang von Fr. 13'192.20 (Betr.-Nrn. 5, 6, 7 und 8) befinden sich im Stadium der Pfändung, eine weitere in Höhe von Fr. 2'721.35 im Stadium der Verwertung (Betr.-Nr. 9), vier Betreibungen im Betrag von total Fr. 3'493.75 im Stadium der Konkursandrohung (Betr.-Nrn. 10, 11, 12 und 13) und zwei Betreibungen in Höhe von total Fr. 2'203.55 im Einleitungsstadium (Zahlungsbefehl, Betr.-Nrn. 14 und 15). Eine Stellungnahme zu all diesen Betreibungen erfolgte nicht. Es ist damit von offenen Betreibungsforderungen in Höhe von ca. Fr. 21'600.– auszugehen. Davon entfallen drei Viertel auf Forderungen von öffentlich-rechtlichen Gläubigern und sind daher von der Betreibung auf Konkurs ausgeschlossen (Art. 43 SchKG), jedoch für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit sehr wohl von Bedeutung (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, N 14 zu Art. 174 SchKG).

4.3 Zur Zahlungsfähigkeit führte der Gesellschafter C._____ aus, der Betrieb existiere seit acht Jahren und die Schuldnerin könne ihren laufenden Verpflichtungen nachkommen. Zur Konkurseröffnung sei es nur aufgrund einer Terminkollision zwischen der Verhandlung und seinem Spitalaufenthalt gekommen (act. 2 und act. 4/8). Die Schuldnerin habe das Restaurant D._____ am 21. Dezember 2018 zu einem Preis von Fr. 90'000.– verkauft. Der Übernahmevertrag sei von allen Parteien unterzeichnet worden. Nach Eingang des Verkaufspreises per spätestens Anfang März 2019 werde die Schuldnerin alle offenen Betreibungsforderungen begleichen. Der durchschnittliche monatliche Umsatz der Schuldnerin betrage Fr. 24'000.–. Nach Abzug des Mietzinses für das Restaurant

von Fr. 4'000.–, der Bruttolöhne von Fr. 7'400.– sowie des Wareneinkaufs in Höhe von Fr. 8'100.– verbleibe ein Betrag von Fr. 4'500.– (act. 13).

4.4.1 Die Schuldnerin bezweckt seit dem Jahre 2007 die Führung von Bar- und Restaurantbetrieben sowie die Erbringung sämtlicher Dienstleistungen auf dem Gebiet der Gastronomie (act. 6). Sie ist Mieterin der gastronomischen Räumlichkeiten an der E.____-Strasse ... in Zürich und betreibt darin das Restaurant D.____, dessen Inventar sie gemäss Übernahmevertrag vom 21. Dezember 2018 zu einem Preis von Fr. 90'000.– an die F.____ GmbH mit Sitz in Zürich verkauft hat (act. 14/6). Der Kauf wurde unter der Bedingung des Zustandekommens eines neuen Mietvertrags, einer Mietübertragung oder einer Untermiete abgeschlossen (act. 14/7 Ziff. 1 und 5). Diese Bedingung wurde mit der Vertragsumschreibung vom 1. bzw. 9. Februar 2019 zwischen dem Vermieter G.____, der Schuldnerin als Zendentin und der F.____ GmbH als Zessionarin erfüllt, gemäss welcher die Schuldnerin den Mietvertrag für das Restaurant im EG (eine 4-Zimmer-Wohnung im 1. OG sowie 2 Parkplätze im Freien) an der H.____-Strasse .../E.____-Strasse ..., in Zürich, per 1. April 2019 an die F.____ GmbH abtreten wird, wobei sie solidarisch mit dieser für die Einhaltung sämtlicher Zahlungsverpflichtungen bis zum nächsten (nicht bekannten) vertraglichen Kündigungstermin bzw. längstens bis 31. März 2021 haftet. Die von der Schuldnerin sichergestellte Mietkaution in Höhe von Fr. 15'000.– wird gemäss Vertragsumschreibung ebenfalls auf die Käuferin übertragen (act. 14/8). Der Kaufpreis war bis spätestens 1. März 2019 auf das Treuhandkonto von "I.____ (als Eigentümerin von J.____.ch)", einzuzahlen, welche sich verpflichtet hat, nach erfolgter Mietübertragung der Schuldnerin umgehend den Kaufpreis abzüglich der Maklerprovision auszuführen (act. 14/7 Ziff. 7). Die Schlüsselübergabe und Inventarübernahme finden spätestens am 31. März 2019 statt (act. 14/7 Ziff. 4).

4.4.2 Eine Jahres- oder Zwischenbilanz der Schuldnerin für die Jahre 2017 und 2018 liegen nicht vor. Gemäss Kontenbericht verfügte die Schuldnerin per 31. Dezember 2016 über Aktiven im Umfang von knapp Fr. 33'000.–. Auf der Passivseite ist das kurzfristige Fremdkapital mit Fr. 11'866.47 ausgewiesen. Unter dem langfristigen Fremdkapital ist (als negatives Passivum) die Mietkaution in

Höhe von Fr. 15'000.– sowie (ebenfalls als negatives Passivum) eine Forderung der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer (Kontokorrent) von Fr. 15'356.91 verbucht. Das Eigenkapital betrug Fr. 20'000.00 und der erwirtschaftete Gewinn knapp über Fr. 9'200.– (vgl. act. 10/5-6). Auch in den Jahren 2015, 2014, 2013 und 2012 erwirtschaftete die Schuldnerin moderate Gewinne zwischen Fr. 5'600.– und Fr. 7'800.– (vgl. act. 10/5 S. 3, act. 10/7 S. 5 und act. 10/8 S. 5).

Ihre flüssigen Mittel (Geschäftskonto bei der PostFinance) betragen per 31. Januar 2019 –Fr. 62.66 (act. 14/1). Sodann hatte sie per Ende 2018 einen Rückvergütungsanspruch gegenüber einem Lieferanten in Höhe von knapp über Fr. 5'000.– (act. 4/4). Weitere Debitoren sind nicht bekannt, zumal bei einem Restaurantbetrieb auch nicht von namhaften Debitoren auszugehen ist. Die offenen Betreuungsforderungen belaufen sich nach dem Gesagten auf ca. Fr. 21'600.–. Ob weitere Verbindlichkeiten gegenüber Dritten bestehen, ist nicht bekannt. Gemäss Kontenbericht 2016 betragen die kurzfristigen Verbindlichkeiten der Schuldnerin per 31. Dezember 2016 knapp Fr. 12'000.–, was in etwa im Bereich der Vorjahre 2014 und 2013 liegt (act. 10/7 S. 4). Zu Gunsten der Schuldnerin kann davon ausgegangen werden, dass mögliche weitere Passiven diesen Rahmen nicht übersteigen, zumal die Schuldnerin den Lieferantenforderungen offenbar rechtzeitig nachzukommen vermag, befinden sich doch unter den betreibenden Gläubigern keine Getränke- oder Nahrungsmittellieferanten.

Unter Berücksichtigung des Verkaufspreises für das Restaurant D._____ in Höhe von Fr. 90'000.–, welcher der Schuldnerin nach Abzug der (nicht bekannten aber sich wohl im üblichen Bereich bewegenden prozentualen) Maklerprovision spätestens per Ende März 2019 ausbezahlt sein wird, werden der Schuldnerin genügend Aktiven zur Verfügung stehen, um ihre Verbindlichkeiten zu decken und allfällig weitere Gläubiger zu befriedigen. Überdies erzielt die Schuldnerin noch bis Ende März 2019 Einkünfte und knüpfen ihre aktuellen Umsatzzahlen an jene der positiv abgeschlossenen Vorjahre an (vgl. act. 4/5-6 und act. 10/6), wobei die von der Schuldnerin gelten gemachten Aufwendungen (so insbesondere

der Lohnaufwand) sogar reduziert wurden (vgl. act. 10/6 S. 3 und act. 10/10-11). Die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ist somit als glaubhaft zu erachten.

4.4.3 Es fragt sich, ob die Aufhebung der Konkursöffnung wirtschaftlich einen Sinn macht, nachdem die Schuldnerin ihre betriebliche bzw. geschäftliche Tätigkeit durch den Verkauf des Restaurants D._____ noch diesen Monat aufgeben wird. Das Obergericht verneinte im Entscheid PS160177 vom 25. Oktober 2016 die wirtschaftliche Lebensfähigkeit und damit die Zahlungsfähigkeit einer Schuldnerin, welche seit fast einem Jahr inaktiv war ohne konkrete Aussicht auf eine erneute betriebliche bzw. geschäftliche Tätigkeit. Sie sei bloss eine "Mantelgesellschaft" ohne Aktiven, in welcher Situation die Aufhebung der Konkursöffnung wirtschaftlich kaum einen Sinn mache und lediglich dem Schutz der Reputation des einzigen Gesellschafters diene sowie seinem Interesse, auf die Schuldnerin als "Mantel" zurückzugreifen, wenn er zu einem späteren Zeitpunkt irgend ein Geschäft mit ihr führen wolle. Anders wurde im Falle einer im Beurteilungszeitpunkt bloss vorübergehend inaktiven Schuldnerin entschieden (vgl. OGerZH PS140283 vom 26. Januar 2015).

Die Schuldnerin ist – im Unterschied zu den beiden vorerwähnten Fällen – im heutigen Zeitpunkt (noch) aktiv, wenn auch nicht bekannt ist, welche betriebliche bzw. geschäftliche Tätigkeit sie nach dem Verkauf des Restaurants D._____ per Ende März 2019 ausführen wird. Überdies kann nach dem Gesagten davon ausgegangen werden, dass die Schuldnerin bis zur Geschäftsaufgabe einen Umsatz erwirtschaftet, welcher ihre monatlichen Ausgaben zu decken vermag. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin somit zu bejahen.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Schuldnerin innert Rechtsmittelfrist sowohl den Konkurshinderungsgrund der Tilgung nachgewiesen als auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft gemacht hat. Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind somit erfüllt. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des über die Schuldnerin am 13. Februar 2019 eröffneten Konkurses.

6. Durch die verspätete Tilgung hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Februar 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Wiedikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'200.00 (Fr. 1'800.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszusahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 2 und act. 13, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wiedikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 3, je gegen Empfangsschein.

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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: