

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180162-O/U

Mitwirkend: Oberrichter P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil.  
D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin  
lic. iur. S. Bohli Roth

## Urteil vom 17. September 2018

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Gläubiger und Beschwerdegegner,

vertreten durch C.\_\_\_\_\_

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil  
vom 27. August 2018 (EK180192)

### **Erwägungen:**

1. Am 27. August 2018 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Mit einer am 30. August 2018 dem Obergericht überbrachten Beschwerde beantragt sie Aufhebung des Konkurses (act. 2).

Mit Verfügung vom 31. August 2018 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung verweigert, die Schuldnerin wurde darauf aufmerksam gemacht, warum das Rechtsmittel einstweilen nicht ausreichend begründet sei, und es wurde Frist zum Leisten eines Vorschusses von Fr. 750.-- für die Verfahrenskosten angesetzt (act. 10).

Der Vorschuss ging am 4. September 2018 ein.

Die Schuldnerin reicht zwar ihre Rechtsschriften im Doppel ein, nicht aber die Beilagen (was gemäss Art. 131 ZPO nicht genügt). In der Regel werden fehlende Beilagen nachgefordert, oder es werden die Kopien auf Kosten der betreffenden Partei erstellt. Hier müssen die Beilagen der Gegenpartei nicht zwingend zur Kenntnis gebracht werden, sodass auf Weiterungen verzichtet werden kann.

Die Zustellung des angefochtenen Entscheides an die Schuldnerin konnte nicht erfolgen, die Sendung wurde von der Post als "nicht abgeholt" an das Gericht zurückgeschickt (act.16). Die Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts hatte der Schuldnerin zugestellt werden können, und bereits am 30. August 2018 hatte diese wie gesehen Beschwerde erheben lassen, weil sie offenbar auf anderem Weg vom Urteil Kenntnis erhalten hatte. Massgebend für den Fristenlauf ist die förmliche Zustellung resp. die entsprechende Fiktion (KuKo SchKG-DIGGELMANN 2. Aufl. Art. 174 N. 18a). Die Schuldnerin musste also mit der Zustellung des Urteils rechnen. Damit wurde die Frist für die Beschwerde mit Ablauf der Abholfrist ausgelöst (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) und läuft unter Berücksichtigung des Wochenendes vom 5. bis und mit 17. September 2018. Die Schuldnerin hat ihre Beschwerde am 6. September 2018 ergänzend begründet und auch eine Vollmacht für ihren Vertreter eingereicht (act. 17 und 16). Die Sache ist spruchreif.

2.1 Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

2.2 Die Schuldnerin beruft sich auf den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung. Das verlangt, dass nicht nur die in Betreuung gesetzte Forderung nebst Zins und Kosten bei der oberen Gerichtsstanz hinterlegt ist, sondern dass auch die Kosten von Konkursgericht und Konkursamt sicher gestellt sind (dazu KuKo SchKG DIGGELMANN 2. Aufl., Art. 174 N. 10). Gewöhnlich sind diese Kosten aus dem vom betreibenden Gläubiger dem Konkursgericht geleisteten Kostenvorschuss bezogen worden und dient die entsprechende Hinterlegung durch den Schuldner daher dazu, dass dem Gläubiger dieser Vorschuss ungeschmälert zurück gegeben werden kann. Hier hat das Konkursgericht dem Gläubiger die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (Verfügung vom 30. Juli 2018, act. 12). Das ändert nichts daran, dass die Aufhebung des Konkurses die Sicherstellung der Kosten von Konkursgericht und Konkursamt voraussetzt.

Die sicherzustellende Forderung ergibt sich aus der Konkursandrohung, und sie beläuft sich mit Zinsen und Kosten auf Fr. 19'547.15. Die Schuldnerin hat ihre Bank am 29. August 2018 zur Zahlung dieses Betrages an die Obergerichtskasse angewiesen, ihr Konto wurde gleichentags belastet (act. 5/3, Art. 143 Abs. 3 ZPO), und die Kasse des Obergerichts hat den Eingang gemeldet (act. 15).

Am 3. September 2018 bestätigte das Konkursamt Wetzikon, dass es von der Schuldnerin eine Zahlung von Fr. 26'110.35 erhalten habe. Daraus könne es seine voraussichtlichen Kosten und die des Bezirksgerichts (das Konkursamt rechnet dafür mit zusammen Fr. 1'500.--) decken (act. 13). Zudem hat die Schuldnerin dem Konkursgericht direkt Fr. 300.-- bezahlt (nachgewiesen mit Beilage 2 zur ergänzenden Eingabe vom 6. September 2018).

Der Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung ist damit nachgewiesen.

2.3 Zur Zahlungsfähigkeit: In der Verfügung vom 31. August 2018 wurde darauf hingewiesen, dass die Unterlagen zum Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit nicht ausreichend seien (act. 10). Nachdem mit der neuen Eingabe vom 6. September 2018 ergänzende Unterlagen eingereicht worden sind, ist Folgendes zu erwägen:

Die Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 SchKG setzt voraus, dass der Schuldner ausreichende liquide Mittel zur Verfügung hat, um seinen aktuellen Verpflichtungen nachzukommen, und dass er bestehende Altlasten innert längstens zweier Jahre abtragen kann. Das ist glaubhaft zu machen, was weniger bedeutet als einen strikten Beweis, aber mehr als blosses Behaupten. In der Regel unabdingbar ist ein Auszug aus dem Betreibungsregister mit entsprechenden Kommentaren zu den offenen Betreibungen. Zudem muss anhand von Unterlagen wie Bankauszügen, Geschäftsabschlüssen oder unterzeichneten Debitoren- und Kreditorenlisten ein mindestens grobes Bild der Unternehmung und ihrer näheren finanziellen Zukunft entstehen, welches abzuschätzen erlaubt, ob die erwähnten Voraussetzungen der Zahlungsfähigkeit erfüllt sind. Bei einem ersten Konkurs ist der Massstab ein milderer als wenn der Schuldner innert vergleichsweise kurzer Zeit ein zweites Mal in Konkurs fällt.

Die Schuldnerin betreibt nach ihrem statutarischen Zweck Holzbau, Zimmererei und Schreinerei. Eine Übersicht der offenen Betreibungen nennt in gut eineinhalb Jahren zwanzig Betreibungen über zusammen rund Fr. 181'000.--, wovon allerdings neun Betreibungen durch Rechtsvorschlag gehemmt sind, sodass neben der Forderung, welche zum Konkurs führte, demnächst zu bedienende Verpflichtungen von rund Fr. 26'000.-- bleiben (act. 5/4). Die Schuldnerin stellt dem ein Bankguthaben von rund Fr. 119'000.-- gegenüber (act. 5/7). Ob die Vergütungen an die Kasse des Obergerichts (rund Fr. 19'500.--) und an das Betreibungsamt (rund Fr. 25'400.--) schon berücksichtigt sind, ergibt sich aus dem Papier nicht - alle Dokumente datieren vom selben Tag. So oder so ist die Schuldnerin immerhin ohne Weiteres in der Lage, alle kurzfristig fälligen Verpflichtungen aus den hängigen Betreibungen zu bedienen. Kritisch anzumerken ist freilich, dass die

Schuldnerin keinen ordentlichen Auszug aus dem Betreibungsregister einreicht, sondern nur eine Aufstellung der offenen Beteiligungen. Die Zahlungsmoral der Schuldnerin ist daher nicht abzuschätzen, und - schwerer wiegend - es ist nicht klar, ob offene Verlustscheine bestehen. Schon in der Verfügung vom 31. August 2018 wurde zudem darauf hingewiesen, dass (nur) die offenen Beteiligungen kein ausreichend klares Bild über die finanzielle Lage der Schuldnerin geben - weil noch nicht betriebene, aber demnächst zu bedienende Forderungen bestehen können. Mit der ergänzenden Eingabe vom 6. September 2018 reicht die Schuldnerin nun einen ordentlichen Auszug aus dem Betreibungsregister nach. Daraus ergibt sich, dass keine Verlustscheine offen sind, und dass sich das Bild gegenüber dem ersten unvollständigen Auszug nicht wesentlich verändert (act. 18/4; allerdings mussten mehrmals für öffentlich-rechtliche Forderungen Verwertungen angeordnet werden, was unschön ist, vgl. im erwähnten KuKo SchKG Art. 174 N. 14). Die Unterlagen zum Geschäftsgang und zur Bilanz sind nicht unterzeichnet und darum an sich reine Behauptungen. Da sie die übrigen Unterlagen im Wesentlichen bestätigen, sind sie im Rahmen des Glaubhaftmachens immerhin nicht völlig bedeutungslos. Es wird darin für das Geschäftsjahr 2017 bei einem Umsatz von knapp Fr. 400'000.-- ein Gewinn von knapp Fr. 9'000.-- dargestellt sowie ein bilanziertes Eigenkapital von Fr. 24'400.--, also ganz wenig mehr als das Stammkapital von Fr. 20'000.--. Im laufenden Jahr soll bisher ein Gewinn von Fr. 56'000.-- erzielt worden sein; allerdings wird das Eigenkapital nun mit nur noch Fr. 14'000.-- angegeben, was so nicht stimmen kann. Die Aufstellungen über Debitoren und Kreditoren sind ebenfalls nicht unterzeichnet, bezüglich der Debitoren immerhin detailliert.

Alles in allem sind die Unterlagen nach wie vor eher dürftig. Immerhin kann die Zahlungsfähigkeit gerade noch angenommen werden. Bei einem erneuten Konkurs innert absehbarer Zeit wäre eine Beschwerde mit diesen Unterlagen allerdings wohl chancenlos.

2.4 Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, und das Konkursbegehren ist abzuweisen (Art. 327 Abs. 3 ZPO; Art. 174 in Verbindung mit Art. 172 SchKG).

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

3. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat (Art. 107 Abs. 1 ZPO). Die Kosten des Konkursgerichts hat sie laut dem angefochtenen Urteil bereits bezahlt (das ergab sich aus den Akten nicht und wäre in einem künftigen Fall vom Gericht ordentlich zu dokumentieren).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil aufgehoben, und das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die bei der Obergerichtskasse für den Gläubigern hinterlegten Fr. 19'547.15 werden dieser ausbezahlt. Der Gläubiger wird ersucht, der Kasse unter Angabe der Prozessnummer PS180162 eine Kontoverbindung anzugeben.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt; es wird vorgemerkt, dass diese die Gebühr bereits bezahlt hat.
4. Das Konkursamt Wetzikon wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 26'110.35 seine Kosten abzuziehen und den Rest der Schuldnerin zurückzugeben resp. einer von dieser bezeichneten Stelle aus-zuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und 16, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Hinwil (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wetzikon, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Wetzikon, alles gegen Empfangsschein, ferner an die Kasse des Obergerichts (bezüglich Ziffern 2 und 3 vorstehend).
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:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: