

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170045-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

## Urteil vom 6. März 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Februar 2017 (EK170007)

**Erwägungen:**

1. Die A.\_\_\_\_\_ GmbH (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, nachfolgend Schuldnerin) ist seit dem 28. Oktober 2014 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Der Zweck der Gesellschaft besteht im Handel mit Lebensmitteln und Waren aller Art. (act. 6). Gestützt auf das Konkursbegehren der B.\_\_\_\_\_ (Gläubigerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend Gläubigerin) für eine Forderung von Fr. 7'154.95 zuzügl. Zins vom 1.1.2016 bis 6.10.2016 von Fr. 255.20, Umtriebsentschädigung von Fr. 500.- und Betreuungskosten von Fr. 146.60 (act. 8/1) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 15. Februar 2017 über die Schuldnerin den Konkurs (act. 7).
  
2. Das Urteil wurde der Schuldnerin am 16. Februar 2017 zugestellt (act. 8/11). Die 10tägige Rechtsmittelfrist lief unter Berücksichtigung des Fristlaufs am Wochenende (Art. 142 Abs. 3 ZPO) am 27. Februar 2017 ab. Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde vom 24. Februar 2017, beim Obergericht eingegangen am 27. Februar 2017, beantragte die Schuldnerin u.a. die Aufhebung des Konkurses und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung für das Beschwerdeverfahren. Sie machte geltend, sie habe die Konkursforderung durch Hinterlegung eines Barbetrages von Fr. 8'194.90 sichergestellt. Des Weiteren habe sie die Kosten für das vorliegende Beschwerdeverfahren von Fr. 750.- vorgestreckt. Ferner habe sie auch beim Konkursamt einen Barbetrag von Fr. 1'200.- geleistet, womit die Kosten der Gläubigerin für das Konkursverfahren und diejenigen des Bezirksgerichtes Zürich gedeckt seien. Damit seien sämtliche Forderungen (Schuld inkl. Zins und Kosten) der Gläubigerin in diesem Bertreibungsverfahren getilgt, womit gegen die Schuldnerin kein Konkurs zu eröffnen sei bzw. das Bertreibungsverfahren respektive die Forderung durch Zahlung erlösche. Des Weiteren sei auf Grund der klaren Sachlage und des aussichtsreichen Begehrens der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 2).

3. a) Da die Beschwerde am letzten Tag des Fristenlaufs beim Obergericht einging, wurde der Rechtsvertreter der Schuldnerin telefonisch darauf hingewiesen, dass bislang noch keine Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit eingereicht worden seien (act. 9). Innert der Beschwerdefrist erfolgten seitens der Schuldnerin keine weiteren Eingaben.  
  
b) Das von der Schuldnerin gestellte Gesuch um aufschiebende Wirkung, wird mit dem sofortigen Entscheid in der Sache selbst hinfällig.
4. 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 Konkurshinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Tilgung und Hinterlegung müssen einschliesslich Zinsen und Kosten erfolgt sein (KuKo SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 174 N 10). Die Beschwerde ist innert einer Frist von zehn Tagen einzureichen und abschliessend zu begründen. Das bedeutet, dass der Schuldner sowohl seine Zahlungsfähigkeit als auch einen der drei Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist glaubhaft zu machen bzw. mit Urkunden nachzuweisen hat. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen kann er innert der Rechtsmittelfrist aber selbst dann erheben, wenn sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Nachfristen werden hingegen keine gewährt (vgl. dazu BGE 136 III 294; BGer 5A\_606/2014 vom 19. November 2014). Darauf hat auch die Vorinstanz in ihrem Urteil hingewiesen (act. 7 S. 2).
5. Die Schuldnerin hat bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 8'194.90 hinterlegt (act. 5/4). Die gesamte Konkursforderung inkl. Fr. 128.40 Zins beläuft sich auf Fr. 8'185.15 (vgl. act. 10, act. 8/1 i.V.m. act. 7). Beim Konkursamt hat sie zudem Fr. 1'200.- (inkl. Kosten des Konkursgerichtes) sichergestellt (act. 5/5). Ferner hat sie beim Obergericht für das Beschwerdeverfahren einen Barvorschuss von Fr. 750.- geleistet. Damit hat die Schuldnerin einen Konkurshinderungsgrund, nämlich Hinterlegung, im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nachgewiesen. Nebst dem

Nachweis eines Konkurshinderungsgrundes hat die Schuldnerin aber auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen. Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der Konkurs aufgehoben werden kann.

6. a) Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Im Hinblick auf die Konkursöffnung bedeutet dies, dass die Zahlungsfähigkeit des Konkursiten wahrscheinlicher sein muss als seine Zahlungsunfähigkeit. An diese Glaubhaftmachung dürfen keine zu strengen Anforderungen gestellt werden, insbesondere wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Es liegt am Schuldner, Beweismittel vorzulegen, die geeignet sind, seine Zahlungsfähigkeit als glaubhaft erscheinen zu lassen. Bloss Behauptungen genügen nicht. Zahlungsfähigkeit ist gegeben, wenn ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, um die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen zu befriedigen. Grundsätzlich zahlungsunfähig ist ein Schuldner, wenn keine wesentlichen Anhaltspunkte für eine Verbesserung seiner finanziellen Situation zu erkennen sind und er auf absehbare Zeit als illiquid erscheint. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen (vgl. dazu BGer 5A\_606/204 vom 19. November 2014).

b) Allein mit dem Nachweis der Hinterlegung bzw. Tilgung der Konkursforderung kann die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht glaubhaft machen. Dies sagt über ihr Zahlungsverhalten gegenüber den anderen Gläubigern und die Liquidität nichts aus. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners vermitteln insbesondere das Betreibungsregister und entsprechende Bankbelege. Die Schuldnerin hat weder einen Betreibungsregisterauszug noch Bankbelege über vorhandene Barschaften eingereicht. Sie unterliess es auch dem Gericht eine (Zwischen-)Bilanz oder zumindest eine aktuelle Debitoren- und Kreditorenliste vorzulegen. Da die Schuldnerin hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit keine ein-

zige Urkunde eingereicht hat geschweige denn eine einzige Behauptung aufstellte, lässt sich ihre aktuelle wirtschaftliche Lage nicht beurteilen. Da es an der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit fehlt, ist die Beschwerde abzuweisen. Eine Nachfrist zur Einreichung weiterer Urkunden kann ihr, wie bereits vorerwähnt, nicht angesetzt werden (vgl. dazu auch BGer 5A\_606/2014 vom 19. November 2014). Es hat deshalb bei der Konkursöffnung zu bleiben.

7. Die Kosten des Verfahrens trüge ausgangsgemäss an sich die Schuldnerin (Art. 106 ZPO). Das ist hier nicht angebracht. Der Anwalt durfte in Absprache mit der Klientschaft sehr wohl ein Rechtsmittel einreichen, das wenig Aussicht auf Erfolg hatte. Allerdings müsste er dann wenigstens ansatzweise die gesetzlich notwendigen Punkte erwähnen, welcher es für die Aufhebung des Konkurses bedurfte. Er hat eine nur schon nach dem Gesetzestext unbrauchbare Rechtschrift eingereicht, indem er kein Wort zur Zahlungsfähigkeit verlor (act. 2 und Art. 174 Abs. 2 Ingress SchKG). Wie bereits erwoogen wurde er zudem in der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz auf die gesetzlichen Vorgaben hingewiesen (act. 7 S. 2). Erneut darauf aufmerksam gemacht, reagierte er mit einer Ausrede, die seine Unkenntnis über das geltende Prozessrecht indiziert (act. 9: er werde eine Nachfrist erhalten - dazu Art. 144 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 321 Abs. 2 ZPO und Art. 174 Abs. 1 SchKG). Die Kosten sind daher in Anwendung von Art. 108 ZPO dem Anwalt persönlich aufzuerlegen.

Mangels Umtrieben ist der Gläubigerin keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ persönlich auferlegt.

3. Der von der Schuldnerin geleistete Kostenvorschuss und der für die Gläubigerin beim Obergericht hinterlegte Betrag werden dem Konkursamt überwiesen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 4, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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. I. Vourtsis-Müller

versandt am:  
6. März 2017