

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190179-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Ge-  
richtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

## Urteil vom 28. Oktober 2019

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren  
(Konkurssachen) des Bezirksgerichtes Meilen vom 4. September 2019  
(EK190204)

**Erwägungen:**

1. Am 4. September 2019 wurde über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 3). Die Schuldnerin holte das Urteil auf der Post nicht ab (act. 8/13). Da ihr die Vorladung zur Verhandlung hatte zugestellt werden können (act. 9/1), gilt die Sendung als mit Ablauf der Abholfrist am 12. September 2019 zugestellt (Art. 138 ZPO). Die Frist für eine Beschwerde lief damit am Montag 23. September 2019 ab. Einstweilen ging bei der Kammer nichts ein.

2. Am 24. September 2019 erkundigte sich ein Vertreter der Schuldnerin telefonisch danach, was mit seiner Beschwerde geschehen sei, die er noch am Freitag 13. September 2019 beim Obergericht in den Briefkasten geworfen habe (act. 1). Am 1. Oktober 2019 überbrachte er der Kammer den angefochtenen Entscheid sowie diverse weitere Unterlagen (act. 3 und 4). In der Folge erläuterte der Geschäftsführer der Schuldnerin auf telefonische Anfrage, was aus seiner Sicht am 13. September 2019 abgelaufen sei, und die Gläubigerin erklärte, sie habe die Konkursforderung bereits erhalten und verbucht; wenn die Aufhebung des Konkurses nur erfolge, wenn sie den ganzen Vorschuss zurück erhalten, wolle sie sich bei Abklärungen zu den Vorgängen am 13. September 2019 nicht beteiligen (Aktennotiz act. 11). Am 7. Oktober 2019 erschienen der Geschäftsführer der Schuldnerin C.\_\_\_\_\_, und ihr Buchhalter D.\_\_\_\_\_ am Gericht und gaben auf Befragung Auskunft: am Freitag 13. September 2019 habe D.\_\_\_\_\_ auf Bitte von C.\_\_\_\_\_ Unterlagen ans Obergericht gebracht, aufgrund derer sie hofften, der Konkurs könnte aufgehoben werden: die Zahlungsbestätigungen von Betriebs- und Konkursamt, den Betriebsauszug und eine Bilanz/Erfolgsrechnung. D.\_\_\_\_\_ habe in Schlieren etwas zu besorgen gehabt und sei auf dem Rückweg zum Obergericht gekommen. Erst heute (am Tag der Einvernahme) habe er gesehen, dass er es bei der falschen Tür versuchte: statt beim Hirschengraben 15 beim Hirschengraben 13, was nur ein Personaleingang ist - gleichwohl mit einer gross in den Sandstein gehauenen Anschrift "Obergericht". Es sei eine Person aus dem Haus gekommen, welcher er die Unterlagen übergab, und die sagte, sie sei nicht zuständig, werde die Papiere aber weiter geben (Prot. II S. 3).

Die Erzählung ist nicht ohne Weiteres unglaubhaft. In der Tat sind die beiden Eingänge des Obergerichts auch schon verwechselt worden (besonders gravierend von der Ambulanz anlässlich eines medizinischen Notfalls). Dass Unterlagen verloren gehen, dürfte selbstredend nicht passieren. Allerdings sind gerade aus jüngerer Zeit zwei solche Vorfälle bekannt, bei welchen Akten auf eine unerklärliche Weise verschwanden. Gewiss wäre es sinnvoll gewesen, D.\_\_\_\_\_ hätte sich wenigstens nach dem Namen der Person erkundigt, welche ihm die Papiere abnahm. Bei einem dem kantonalen Obergericht gegenüber stehenden Laien mag man die Unterlassung allerdings verstehen. Die Papiere, welche abgegeben worden sein sollen, sind sodann alle am 11. September 2019 datiert (Zahlungsnachweis act. 4/1, Quittung act. 4/2, Betreuungsauszug act. 4/3). Dass die Schuldnerin sie listig zurück hielt, um sich nach Fristablauf mit einer erfundenen Geschichte darauf zu berufen, sie habe sie bereits abgegeben, leuchtet nicht recht ein. Es bleibt der Widerspruch, dass die Aktennotiz über das erste erwähnte Telefon festhält, D.\_\_\_\_\_ habe davon gesprochen, die Unterlagen in den Briefkasten geworfen zu haben. Das mag aber ein Missverständnis sein. Alles in Allem ist ausreichend erstellt, dass die Schuldnerin sich bereits am 13. September 2019 ans Obergericht wandte.

Die glaubhafterweise am 13. September 2019 abgegebenen Unterlagen würden für eine Aufhebung des Konkurses nicht genügen (dazu nachstehend). Allerdings war die Frist für die Beschwerde noch nicht abgelaufen gewesen. Nach ständiger Praxis wäre die Schuldnerin auf die Mängel aufmerksam gemacht worden. Dass die Unterlagen nicht zur zuständigen II. Zivilkammer gelangten, kann der Schuldnerin nicht angelastet werden. Nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) müssen daher die ergänzenden Unterlagen mit berücksichtigt werden, welche die Schuldnerin am 7. Oktober 2019 ergänzend einreichte (Prot. II S. 4).

3. Den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren zahlte die Schuldnerin auf erste Aufforderung hin.

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. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind.

Die in Betreuung gesetzte und der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung betrug Fr. 1'692.40 nebst Zinsen und Kosten (act. 3, act. 8/3). Sie wurde am 11. September 2019 und damit innert der Beschwerdefrist beim Betreibungsamt bezahlt (act. 4/1; wie oben erwähnt, hat die Gläubigerin das Geld bereits erhalten). Die Schuldnerin hat zudem gleichentags Fr. 1'000.-- zur Deckung der Kosten von Konkursgericht und -amt deponiert, sodass nach der Bestätigung des letzteren der Gläubigerin der ganze Vorschuss von Fr. 1'800.-- zurück erstattet werden kann (act. 4/2). Die Tilgung als möglicher Grund für die Aufhebung des Konkurses ist damit nachgewiesen.

Es bleibt, dass die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen hat. Die zehn offenen Betreibungen gemäss dem amtlichen Register-Auszug ergeben eine Summe von rund Fr. 38'400.--. Positiv sind die zwölf (mit der Konkursforderung: dreizehn) grösstenteils durch Zahlung erledigten Betreibungen über rund Fr. 45'500.--, negativ die neben der Konkursforderung fünf weiteren Konkursandrohungen, allerdings im nicht allzu grossen Total von rund Fr. 13'300.-- (zu all dem act. 4/3). Die bis Ende Mai nachgeführte (Prot. II S. 3) Buchhaltung weist einen Kassabestand von rund Fr. 70'000.-- und Bankguthaben von rund Fr. 12'000 aus, bei kurzfristigen Verbindlichkeiten von nicht ganz Fr. 38'000.--. Die Aufwendungen der Schuldnerin bestehen im Wesentlichen nur aus den Löhnen für den Geschäftsführer C.\_\_\_\_\_, seinen Bruder und einen weiteren Angestellten (act. 4/5 und 4/6). Die Auszüge aus den Bankkonten der Schuldnerin und ihres Geschäftsführers für die jüngste Zeit zeigen bescheidene positive Saldi (act. 15/1 und 15/2). Die Schuldnerin legt sodann Bestätigungen für drei aktuelle Montageaufträge vor, aus welchen ihr innert weniger Wochen rund Fr. 38'800.-- zufließen sollten (act. 14/1-3). Damit ist die Hoffnung einigermaßen begründet, die Schuldnerin werde ihre unmittelbar drängenden Verpflichtungen namentlich aus den

Konkursandrohungen rechtzeitig erfüllen und zudem innert längstens zweier Jahre ihre weiteren Verbindlichkeiten abtragen können, und damit ist die Zahlungsfähigkeit im Sinne des Gesetzes ausreichend glaubhaft.

Die Beschwerde ist begründet. Sie ist gutzuheissen, das angefochtene Urteil ist aufzuheben und das Konkursbegehren abzuweisen.

5. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung das Verfahren veranlasst hat.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Meilen vom 4. September 2019 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.-- festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt (zum Bezug sogleich).
3. Das Konkursamt Stäfa wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.-- (Fr. 1'000.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschlusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.-- und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Meilen (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Stäfa, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt E.\_\_\_\_\_, 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:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am:  
29. Oktober 2019