

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS140156-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler.

## Urteil vom 16. Juli 2014

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2014 (EK140726)

## Erwägungen:

### I.

1. Am 5. Juni 2014 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich auf Begehren der Gläubigerin vom 5. Mai 2014 nach vorangegangener Betreuung über die Schuldnerin den Konkurs (act. 3). Die Betreuungsforderung belief sich auf Fr. 373.05 nebst 5 % Zins seit 9. September 2013 zuzüglich Fr. 90.– Mahn- und Dossiereröffnungskosten.

2. Mit Eingabe an das Obergericht vom 13. Juni 2014 erhob die Schuldnerin rechtzeitig Beschwerde mit dem Antrag, die Konkursöffnung aufzuheben (act. 2). Sie macht im Wesentlichen geltend, die Schuld schon am 26. Mai 2014 getilgt zu haben. Am 4. Juni 2014 habe ihr die Gläubigerin auf telefonische Anfrage mitgeteilt, dass sie hinsichtlich der Konkursöffnungsverhandlung nichts unternehmen müsse, da die Gläubigerin dem Konkursgericht bereits mitgeteilt habe, dass sie die "Konkursöffnung" zurückziehe, entsprechend der Verhandlungstermin hinfällig geworden sei. Nachträglich habe sich ergeben, dass die Mitteilung über den Rückzug des "Konkursöffnungsbegehrens" irrtümlicherweise an das Betreibungsamt gerichtet worden sei: Die Gläubigerin habe am 3. Juni 2014 die Betreuung zurückgezogen.

Der Beschwerdeschrift liegen die Kopie einer Quittung der Post für eine Ende Mai 2014 zugunsten der Gläubigerin getätigte Einzahlung von Fr. 626.05 und die vom 3. Juni 2014 datierte Betreuungsrückzugserklärung bei (act. 4/1–2). Die Zahlung von Fr. 626.05 deckt die in Betreuung gesetzte Forderung einschliesslich der Betreuungskosten, aber ohne Zins.

3. Mit Verfügung vom 16. Juni 2014 wurde der Beschwerde einstweilen aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Gläubigerin wurde Frist angesetzt, um die Beschwerde schriftlich zu beantworten, ansonst das Verfahren ohne Beschwerdeantwort weitergeführt werde (act. 6).

Die Gläubigerin beantwortete die Beschwerde nicht (vgl. act. 7/2).

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens wurden von der Schuldnerin bevorschusst (act. 6, 7/1 und 8).

## II.

1. Der Entscheid des Konkursgerichtes kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Die Parteien können dabei unbeschränkt neue Tatsachen geltend machen, soweit diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Unter der einschränkenden Voraussetzung der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit können auch gewisse Konkursaufhebungsgründe geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

2. Mit dem Rückzug der Betreuung entfällt die Grundlage für eine nachfolgende Konkursöffnung: Die Betreuung wird aufgehoben (vgl. BGer 5A\_776/2011 vom 15. März 2012, Erw. 3.3.1). Nachfolgende Betreuungshandlungen sind nichtig (BGE 77 III 75 S. 76). Wird ein Konkursbegehren gestellt oder ein hängiges Begehren aufrechterhalten, ist es abzuweisen.

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Betreuungsrückzugserklärung der Gläubigerin vom 3. Juni 2014 vor der Konkursöffnung beim Betreibungsamt eingetroffen ist. Die Gläubigerin hat der Schuldnerin unbestrittenermassen am 4. Juni 2014 erklärt, dem Konkursgericht mitgeteilt zu haben, dass sie die "Konkursöffnung" zurückziehe (act. 2). Damit hat sie auf den offenen Zins und den Ersatz der ihr im Zusammenhang mit dem Konkursbegehren erwachsenden Kosten derzeit verzichtet. Die eingereichte Kopie der Betreuungsrückzugserklärung vom 3. Juni 2014 ist dafür hinreichender Beleg (act. 4/2).

4. Damit ist ein Konkurshinderungsgrund im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG erstellt, der sich vor der Konkursöffnung ereignet hat. Die Beschwerde ist gutzuheissen und das angefochtene Konkurskenntnis aufzuheben.

5. Da die Gläubigerin der Schuldnerin unbestrittenermassen erklärt hat, dem Konkursgericht mitgeteilt zu haben, dass sie die "Konkursöffnung" zurückziehe, und

die Schuldnerin sich auf diese Erklärung einer mit dem Verfahren vertrauten Krankenkasse verlassen durfte, sind die Kosten beider Instanzen wie auch jene des Konkursamtes der Gläubigerin aufzuerlegen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Juni 2014, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die Spruchgebühr des Konkursgerichts von Fr. 400.– wird bestätigt, der Gläubigerin auferlegt und aus dem von dieser dem Konkursgericht geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– bezogen.
3. Die Kosten des Konkursamtes Oerlikon-Zürich werden der Gläubigerin auferlegt.
4. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, den nach Abzug seiner Kosten (und jener des Konkursgerichts) verbleibenden Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Kostenvorschusses der Gläubigerin zurückzuerstatten.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt und der Gläubigerin auferlegt. Sie wird mit dem von der Schuldnerin geleisteten Barvorschuss verrechnet; der Schuldnerin wird dafür der Rückgriff auf die Gläubigerin eingeräumt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Konkursamt Oerlikon-Zürich und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 12, je gegen Empfangsschein.
7. 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 Be-

schwerde 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. M. Isler

versandt am: