

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160062-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

## Urteil vom 3. Mai 2016

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

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

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. April 2016 (EK160349)

### **Erwägungen:**

1. a) Mit Urteil vom 6. April 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich im Betreibungsverfahren Nr. ... für eine Forderung von insgesamt Fr. 3'750.-- zuzüglich 5 % Zins seit 1. Juli 2015, Fr. 50.-- Mahngebühr und Betreuungskosten den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden: Schuldnerin) (act. 3). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des Konkurses und stellt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2).

b) Mit Verfügung vom 14. April 2016 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Die Schuldnerin leistete den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 750.-- für das Beschwerdeverfahren (act. 13). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 8/1-14). Das Verfahren ist spruchreif.

2. a) Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Dabei können einerseits unbeschränkt neue Tatsachen geltend gemacht werden, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Andererseits können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Im Einzelnen geht es um die Konkursaufhebungsgründe Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung auf solche erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen, so hat ein Schuldner zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (vgl. OGer ZH PS150067 vom 28. Mai 2015, E. II./1.).

Auch wenn ein Schuldner im Beschwerdeverfahren nachweist, dass er die Schuld samt Zinsen und in der Konkursandrohung aufgeführten Kosten bereits vor Konkurseröffnung bezahlt hat, ist nach der Praxis der Kammer für die Gutheissung der Beschwerde zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Bei ersterem (Tilgung vor Konkurseröffnung) handelt es sich um eine neue Tatsache nach Art. 174 Abs. 1 SchKG. Letzteres, die Bezahlung oder Sicherstellung der Konkurskosten, ist dagegen eine erst nach Konkurseröffnung eingetretene Tatsache nach Art. 174 Abs. 2 SchKG. Diese Einordnung hätte nach der aufgezeigten gesetzlichen Systematik zur Folge, das zusätzlich zum Nachweis des Konkursaufhebungsgrundes die Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen wäre. Die Kammer sieht indes in dieser Konstellation, d.h. wenn die Konkursforderung inkl. der übrigen Kosten vor der Konkurseröffnung getilgt wurde, in ständiger Praxis vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit ab. Dass der Schuldner sich dabei teilweise – mit Blick auf die Sicherstellung der Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts – auf erst nach der Konkurseröffnung eingetretene Tatsachen stützt, bleibt somit unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

b) Vorliegend tilgte die Schuldnerin die Konkursforderung nebst Zinsen und den in der Konkursandrohung aufgeführten Kosten gemäss der Abrechnung des zuständigen Betreibungsamtes bereits am 31. März 2016 mit Bezahlung an das Betreibungsamt (act. 5/1). Zudem stellte die Schuldnerin innert der Rechtsmittelfrist die Kosten des Konkursamtes und die vorinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.00 mit der Leistung eines Barvorschusses von Fr. 1'200.00 beim Konkursamt sicher (act. 10).

c) Die Schuldnerin hat somit eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor der erstinstanzlichen Konkurseröffnung eingetreten ist. Sodann hat sie sowohl die Kosten des Konkursamtes als auch die erst- und zweitinstanzliche Spruchgebühr sichergestellt. Dies führt nach der aufgezeigten Praxis zur Aufhebung der Konkurseröffnung, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Zahlungsfähigkeit bedarf.

Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind damit erfüllt. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen.

3. a) Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung einige Tage vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich die Schuldnerin nicht darauf verlassen, dass das Betreibungsamt diese Schuldentilgung ohne weiteres dem Konkursgericht mitteile und eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wäre. Nachdem die Schuldnerin am 8. März 2016 den Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung auf den 6. April 2016 quittiert hatte (act. 8/7), oblag es ihr, beim Konkursgericht selber auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen – insbesondere mit Blick auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, wonach das Konkursbegehren abzuweisen ist, wenn *der Schuldner durch Urkunden beweist*, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist. Die Schuldnerin muss sich daher ihr Versäumnis, die erfolgte Tilgung nicht rechtzeitig der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht zu haben, entgegenhalten lassen. Damit hat sie sowohl die erstinstanzliche Konkurseröffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.-- ist daher zu bestätigen und der Schuldnerin aufzuerlegen (act. 3 Dispositivziffer 3). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

b) Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 6. April 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, wird aufgehoben.
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. 400.-- wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Aussersihl-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.-- (Fr. 1'200.-- Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'400.-- Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) 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 Zürich (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.
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. R. Maurer

versandt am:  
3. Mai 2016