

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS160135-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

## Urteil vom 28. Juli 2016

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 7. Juli 2016 (EK160251)

### **Erwägungen:**

1.1 Mit Urteil vom 7. Juli 2016 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Seuzach den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 1'624.95 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (act. 3 = act. 7 = act. 8/5).

1.2 Gegen dieses Urteil, das ihr am 11. Juli 2016 zugestellt wurde (act. 8/6), erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 19. Juli 2016 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Konkurses und ersucht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, wobei sie namentlich geltend macht, die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung bereits am 5. Juli 2016 – und damit vor Konkurseröffnung – durch Zahlung an die Gläubigerin getilgt zu haben (act. 2 [=act. 11] S. 1 f.).

1.3 Mit Präsidialverfügung vom 19. Juli 2016 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt und der Schuldnerin Frist zur Leistung eines Vorschusses für die Kosten des Beschwerdeverfahrens angesetzt (act. 9). Dieser wurde fristgerecht geleistet (act. 13). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 8/1-6).

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden (Art. 174 SchKG). Was die Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und Beweismittel betrifft, weicht das SchKG für dieses Beschwerdeverfahren von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln ab (vgl. Art. 326 ZPO). Neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, können mit der Beschwerdeschrift ohne Einschränkung geltend gemacht werden. Bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurs hinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), können geltend gemacht werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine *Zahlungsfähigkeit* glaubhaft macht

(Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG). All dies hat vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zu erfolgen.

Die vom Schuldner geltend gemachte Schuldtilgung muss Zinsen und Kosten einschliessen. Zu Letzteren gehören nicht nur die Kosten des Betreibungsamtes, sondern, jedenfalls wenn die Schuldtilgung nach dem Konkursbegehren erfolgt, auch die Kosten des Konkursgerichtes und allenfalls des Konkursamtes, wofür der Gläubiger nach Art. 169 SchKG haftet.

Beweist der Schuldner mit Urkunden, dass er die Forderung des Gläubigers nebst Zinsen und Betreuungskosten vor der Konkurseröffnung bezahlt hat, und belegt er zudem, dass er nach der Konkurseröffnung auch noch die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes sichergestellt hat, so wird die Konkurseröffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben, ohne dass im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG die Zahlungsfähigkeit geprüft wird. Dass der Schuldner die Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursamtes in dieser Konstellation erst nach der Konkurseröffnung sicherstellt, bleibt nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79; OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014).

2.2 Gemäss einem von der Schuldnerin eingereichten Schreiben der Gläubigerin vom 1. Juli 2016 bestand bei dieser per 30. Juni 2016 eine offene Schuld der Schuldnerin von Fr. 3'045.45 (act. 4/3). Die Schuldnerin belegt, diese Forderung am 5. Juli 2016 direkt an die Gläubigerin bezahlt zu haben (act. 4/3-4). Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 7. Juli 2016 eingetreten ist. Während der Beschwerdefrist (und damit nach der Konkurseröffnung) hat die Schuldnerin am 14. Juli 2016 beim Konkursamt Winterthur-Wülflingen, wie von diesem bestätigt wird, die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung in der Höhe von gesamthaft Fr. 800.– sichergestellt (act. 5/2-3). Das Konkursamt ist somit bei Gutheissung der Beschwerde in der Lage, der Gläubigerin den ganzen von dieser geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Konkursöffnung aufzuheben.

3. Die Schuldnerin hat es versäumt, die erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen. Auch wenn die Bezahlung zwei Tage vor dem Termin für die Verhandlung über das Konkursbegehren erfolgte, durfte sich die Schuldnerin nicht darauf verlassen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung über das Konkursbegehren oder eine Mitteilung an das Konkursgericht nicht mehr erforderlich wäre. Vielmehr war es an ihr, nach dem Erhalt der Vorladung zur Konkursverhandlung vom 7. Juli 2016 (act. 8/3), beim Konkursgericht selber auf die erfolgte Tilgung hinzuweisen. Dies 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 durfte vor diesem Hintergrund nicht ohne weiteres davon ausgehen, die entsprechende Mitteilung durch die Gläubigerin würde rechtzeitig erfolgen. Deshalb hat die Schuldnerin sowohl die erstinstanzliche Konkursöffnung als auch das Beschwerdeverfahren verursacht. Entsprechend hat sie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichts und die Kosten des Konkursamtes zu tragen (Art. 108 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist mit dem geleisteten Vorschuss zu verrechnen.

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

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Winterthur vom 7. Juli 2016, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, 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. 300.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Wülflingen-Winterthur wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'300.– (Fr. 800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.– Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.– und der Schuldnerin einen nach Abzug ihrer Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Wülflingen-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Seuzach, 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 N. Seebacher

versandt am:  
28. Juli 2016