

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180103-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin M<sup>Law</sup> N. Seebacher

## Urteil vom 18. Juni 2018

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. Juni 2018 (EK180698)

### **Erwägungen:**

1.1 Mit Urteil vom 8. Juni 2018 (act. 6 [= act. 3 = act. 7/6]) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich 12 für nachfolgende Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) den Konkurs über die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin):

Fr.	4'808.70	nebst Zins zu 5 % seit 14.12.2017
Fr.	100.00	Betreibungskosten
Fr.	50.00	Mahnkosten
Fr.	50.57	5 % Verzugszins vor Betreuung
Fr.	258.80	Betreibungskosten

1.2 Gegen dieses Urteil erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 12. Juni 2018 rechtzeitig Beschwerde und beantragte die Aufhebung des Konkurses sowie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Dabei machte sie insbesondere geltend, sie habe die der Konkurseröffnung zugrunde liegende Forderung bereits am 6. Juni 2018 – und damit vor Konkurseröffnung – an das Betreibungsamt bezahlt (act. 2).

1.3 Mit Verfügung vom 13. Juni 2018 wurde der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 9). Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-8).

2.1 Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach 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 Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid ereignet haben (Til-

gung, 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 einer von der Schuldnerin eingereichten Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 12 vom 6. Juni 2018 hat sie die Forderung in der Betreuung-Nr. ... bereits vor Konkurseröffnung an das Betreibungsamt bezahlt (act. 5/3). Damit ist eine konkurshindernde Tatsache im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 8. Juni 2018 eingetreten ist. Im Weiteren hat die Schuldnerin am 12. Juni 2018 – und damit während laufender Beschwerdefrist – beim Konkursamt Oerlikon-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursgerichtes und des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'500.– sichergestellt (act. 5/4). Das Konkursamt ist somit bei Gutheissung der Beschwerde in der Lage, der Gläubigerin den ganzen von dieser geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– zurückzuerstatten. Im Übrigen hat die Schuldnerin am 11. Juni 2018 den Kostenvorschuss von Fr. 750.– für das vorliegende Verfahren bezahlt (act. 5/5). 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 bereits 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, beim Konkursgericht 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 bzw. wenn dies nicht geschah, hat sie die Folgen zu tragen. 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 Zürich vom 8. Juni 2018, 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. 400.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.

3. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'900.– (Fr. 1'500.– 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 auszuführen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oerlikon-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 12, 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:  
19. Juni 2018