

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS190118-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 18. Juli 2019

in Sachen

A._____ GmbH,

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich
vom 10. Juli 2019 (EK190990)

Erwägungen:

1. Am 10. Juli 2019 11:00 Uhr wurde mit Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet (act. 6). Mit rechtzeitig eingereichter Beschwerde beantragte sie die Aufhebung des Konkurses und stellte ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2). Mit Verfügung vom 12. Juli 2019 wurde diesem Gesuch entsprochen (act. 8). In dieser Verfügung wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerdeschrift hinsichtlich des Nachweises ihrer Zahlungsfähigkeit bis zum 5. August 2019 ergänzen könne (act. 8). Diesbezüglich ist die Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen. Da die Schuldnerin, wie sich aus nachfolgenden Erwägungen ergibt, die Konkursforderung bereits vor Konkurseröffnung bezahlt hat, erweist sich die Sache bereits heute als spruchreif. Weitere Verfahrensschritte sind nicht erforderlich.
2. In ihrer Beschwerdeschrift machte die Schuldnerin unter Hinweis auf die Abrechnung des Betreibungsamtes Zürich 5 geltend, sie habe die Forderung der Gläubigerin samt Zinsen und Kosten mit Ablieferung des Restbetrages (Endbetrag Fr. 666.40) dem Betreibungsamt am 10. Juli 2019 bezahlt (act. 2, act. 4/5).
3. Der erstinstanzliche Entscheid über die Konkurseröffnung kann innert 10 Tagen mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden. Im Beschwerdeverfahren können Tatsachen neu geltend gemacht werden, die sich vor dem erstinstanzlichen, angefochtenen Entscheid ereignet haben (Art. 174 Abs. 1 SchKG; das in Abweichung des sonst geltenden Ausschlusses aller neuen Behauptungen gemäss Art. 326 ZPO). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Hat sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklicht, so wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne

- von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen (vgl. OGer ZH PS140043 vom 7. März 2014). Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursgerichtes (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkursöffnung sichergestellt hat, bleibt dabei nach der Praxis der Kammer unberücksichtigt (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79).
4. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Schuldnerin mit dem Einreichen der Abrechnung des Betreibungsamtes die vollständige Zahlung der Konkursforderung am 10. Juli 08:50:58 Uhr belegt (act. 4/5 i.V.m. act. 2). Damit ist eine konkurshindernde Tatsache dargetan, welche vor dem erstinstanzlichen Entscheid vom 10. Juli 2019 11:00 Uhr eingetreten ist. Ausserdem stellte die Schuldnerin während laufender Beschwerdefrist, nämlich am 11. Juli 2019, beim Konkursamt Aussersihl-Zürich die Kosten des Konkursamtes und die Kosten der Vorinstanz, insgesamt Fr. 1'200.–, sicher (act. 4/1). Auch für die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 750.– leistete die Schuldnerin einen Vorschuss (act. 4/6 i.V.m. act. 10). Damit sind die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses erfüllt. Praxisgemäss ist – wie erwähnt – von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abzusehen.
 5. Nach der Zahlung der Konkursforderung durfte die Schuldnerin nicht davon ausgehen, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren – mit Kostenfolgen für das vorinstanzliche Verfahren – zurückzieht. Es ist nämlich vielmehr Aufgabe des **Schuldners**, dem Konkursgericht mittels Urkunden die Tilgung der Konkursforderung nachzuweisen oder allenfalls eine Rückzugserklärung des Gläubigers beizubringen. Zudem hat der Schuldner auch die durch das Konkursöffnungsbegehren entstandenen Gerichtskosten zu bezahlen. Darauf wurde die Schuldnerin in der Vorladungsverfügung unter "Wichtige Hinweise" hingewiesen (vgl. act. 7/3/2 S. 2 Ziff. 5). Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein, um eine Konkursöffnung durch das erstinstanzliche Gericht zu verhindern.
 6. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie zum einen durch die nicht rechtzeitige Zahlung der Konkursforderung das Verfahren

veranlasst, und es zum anderen ebenfalls unterlassen hat, die Vorinstanz über das Vorliegen eines Konkurshindernungsgrundes in Kenntnis zu setzen. Demzufolge ist der Schuldnerin auch keine Entschädigung zuzusprechen. Eine Entschädigung an die Beschwerdegegnerin entfällt, weil ihr im vorliegenden Verfahren keine Umtriebe entstanden sind, die abzugelten wären.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 10. Juli 2019, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, 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. 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), an das Konkursamt Aussersihl-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 5, 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 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: