

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS190141-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie  
Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

## **Urteil vom 16. September 2019**

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Sammelstiftung BVG der B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf  
vom 13. August 2019 (EK190305)

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Schuldnerin) ist eine GmbH mit Sitz an der C.\_\_\_\_\_-Strasse ... in D.\_\_\_\_\_. Sie bezweckt die Planung, Projektierung, Montage, Import und Export sowie Handel mit ... (act. 5).
2. Am 13. August 2019, 09:15 Uhr, eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Gläubigerin) von Fr. 12'932.50 nebst Zins zu 3.75 % seit 1. Januar 2019 zuzüglich Betreuungskosten von Fr. 206.60 und "bisherige Umtriebsspesen" von Fr. 500.– (act. 3). Dieses Urteil wurde der Schuldnerin am 16. August 2019 zugestellt (vgl. act. 6/5).
3. Mit Eingabe vom 20. August 2019 (Datum Poststempel; act. 2) erhob die Schuldnerin Beschwerde gegen das Konkurseröffnungsurteil. Sie macht unter anderem geltend, sie habe die Forderung der Gläubigerin mittlerweile beglichen, was sich aus der beigelegten Überweisungsbestätigung gemäss act. 4/3 ergebe, es seien keine weiteren Betreibungen mehr offen und es ergebe sich aus der eingereichten Zwischenbilanz per 20. August 2019, der Bilanz per Ende 2018, der Erfolgsrechnung für das Jahr 2018 sowie der Erfolgsrechnung für den Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis 20. August 2019, dass die Schuldnerin über hinreichende Liquidität verfüge bzw. zahlungsfähig sei (act. 2).
4. Mit Verfügung vom 23. August 2019 (act. 7) wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde noch bis zum Ablauf der Beschwerdefrist ergänzen könne, insbesondere, dass sich aus den bisher eingereichten Unterlagen nicht eindeutig ergebe, ob der gemäss act. 4/3 überwiesene Betrag von Fr. 13'432.50 der Gläubigerin zugekommen sei, dass dieser Betrag die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung, einschliesslich Zinsen und Betreuungskosten, von insgesamt Fr. 13'936.70 nicht vollständig abdecke und dass die Schuldnerin die Möglichkeit habe, den Restbetrag innert der Beschwerdefrist (d.h.

bis am 26. August 2019) an die Gläubigerin oder das Betreibungsamt zu bezahlen, oder bei der Obergerichtskasse zu hinterlegen, und dies der Kammer mittels Urkunden ebenfalls innert der Beschwerdefrist zu belegen (act. 7, E. 2.2). Mit derselben Verfügung wurde die Schuldnerin zudem aufgefordert, für die Kosten des Beschwerdeverfahrens einen Vorschuss von Fr. 750.00 zu bezahlen.

5. Den Kostenvorschuss leistete die Schuldnerin innert Frist (act. 9). Eine Ergänzung ihrer Beschwerde reichte sie nicht ein. Mit Schreiben vom 27. August 2019 (Poststempel vom 29. August 2019; act. 10) erklärte die Gläubigerin, sie habe von der Schuldnerin eine Zahlung mit Valutadatum vom 20. August 2019 in Höhe von Fr. 13'432.50 erhalten und befürworte daher die Gutheissung der Beschwerde. Diese Eingabe wurde der Schuldnerin zugestellt mit dem Hinweis, eine Stellungnahme dazu sei innert fünf Tagen einzureichen (vgl. act. 11). Innert dieser Frist ging keine weitere Eingabe ein.

6. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1–5). Vom Einholen einer Beschwerdeantwort ist abzusehen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Der Gläubigerin ist aber ein Doppel der Beschwerdeschrift (act. 2) mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen. Das Beschwerdeverfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Ein erstinstanzlicher Konkureröffnungsentscheid kann innert zehn Tagen mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG i.V.m. Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Hinsichtlich der Zulässigkeit neuer Tatsachenbehauptungen und neuer Beweismittel enthält das SchKG für das Beschwerdeverfahren eine von den allgemeinen zivilprozessualen Regeln (vgl. Art. 326 ZPO) abweichende Regelung (Art. 174 SchKG). Neue Tatsachen, die *vor* dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (sog. unechte Noven), können mit der Beschwerdeschrift – innert der Beschwerdefrist – ohne Einschränkung geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Beweist der Schuldner durch Urkunden, dass die Schuld, inklusive Zinsen und Kosten, bereits *vor* dem erstinstanzlichen Entscheid getilgt (oder gestundet) wur-

de (Art. 172 Ziff. 2 SchKG), so ist der Konkurs aufzuheben, ohne dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen hätte. Demgegenüber können neue Tatsachen, die erst *nach* dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (sog. echte Noven), nur noch in den Schranken von Art. 174 Abs. 2 SchKG berücksichtigt werden. Danach hat die Rechtsmittelinstanz die Konkursöffnung (nur) aufzuheben, wenn die Schuldnerin in ihrer (allenfalls innert Frist ergänzten) Beschwerdeschrift zum einen ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und zum anderen durch Urkunden beweist, dass sich *inzwischen* – d.h. innert der Beschwerdefrist – einer der drei gesetzlich abschliessend vorgesehenen *Konkursaufhebungsgründe* verwirklicht hat (Tilgung nach Ziff. 1, Hinterlegung nach Ziff. 2 oder Gläubigerverzicht nach Ziff. 3).

2. Die Beschwerde ist innert der zehntägigen Beschwerdefrist *abschliessend* zu begründen. Dies bedeutet, dass sowohl unechte Noven nach Art. 174 Abs. 1 SchKG wie auch echte Noven nach Art. 174 Abs. 2 SchKG (d.h. mittlerweile eingetretene Konkursaufhebungsgründe bei gleichzeitig glaubhaft gemachter Zahlungsfähigkeit) nur dann berücksichtigt werden können, wenn diese innert der Beschwerdefrist vorgebracht wurden und zudem – soweit echte Noven betroffen sind – vor Ablauf der Beschwerdefrist entstanden sind. Zahlt die Schuldnerin erst nach Ablauf der Beschwerdefrist oder behauptet und beweist sie eine bereits zuvor geleistete Zahlung erst später durch Urkunden, so ist dies unbeachtlich. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Gläubigerin erst nach Ablauf der Beschwerdefrist auf die Durchführung des Konkurses verzichtet bzw. ein solcher Verzicht erst danach in das Beschwerdeverfahren eingebracht wird.

3. Die Schuldnerin führt in ihrer Beschwerde aus, sie habe die der Konkursöffnung zugrunde liegende Forderung nach dem erstinstanzlichen Urteil bezahlt, und macht zudem Ausführungen zu ihrer Zahlungsfähigkeit (act. 2). Damit beruft sie sich sinngemäss auf den Konkursaufhebungsgrund von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG, der eine *vollständige* Tilgung der Kapitalforderung sowie der Zinsen und Kosten voraussetzt (vgl. hierzu KUKO-DIGGELMANN, Art. 174 SchKG N 10). Wie der Schuldnerin indessen bereits mit Verfügung vom 23. August 2019 (act. 7) mitgeteilt wurde, bewirkte die aus dem von ihr eingereichten Buchungsbeleg

(act. 4/3) hervorgehende Zahlung von Fr. 13'432.50 vom 20. August 2019 bloss eine *teilweise* Tilgung der Forderung samt Zinsen und Kosten. Neben der betriebenen Kapitalforderung der Gläubigerin von Fr. 12'932.50 kommen nämlich Zinsen zu 3.75 % seit dem 1. Januar 2019 (im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Konkursöffnung betragen diese Fr. 297.60, im Zeitpunkt der Zahlung am 20. August 2019 Fr. 306.95), Betreuungskosten von Fr. 206.60 sowie "bisherige Umtriebspesen" von Fr. 500.– hinzu (vgl. act. 6/3 und act. 3 S. 2); ferner fielen Kosten des Konkursgerichts sowie des Konkursamtes an, wofür die Schuldnerin einen Vorschuss von Fr. 500.– geleistet hat (vgl. act. 4/1). Dies ergibt – ohne Kosten des Konkursgerichts und -amtes – einen Gesamtbetrag von Fr. 13'946.05 bzw. einen ausstehenden Restbetrag von Fr. 513.55, beides im Zeitpunkt der Zahlung. Trotz eines entsprechenden Hinweises in der erwähnten Verfügung beglich die Schuldnerin den ausstehenden Betrag nicht innert Frist bzw. belegte sie dies nicht mittels Urkunden. Damit ist der Konkursaufhebungsgrund von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht erfüllt.

4. Mit Eingabe vom 27. August 2019 (Poststempel vom 29. August 2019) erklärte die Gläubigerin, sie habe von der Schuldnerin Zahlung in Höhe von Fr. 13'432.50 erhalten und befürworte daher die Gutheissung der Beschwerde gegen die Konkursöffnung (act. 10). Dies kommt einem Verzicht auf die Durchführung des Konkurses i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG bzw. einem Rückzug des Konkursbegehrens i.S.v. Art. 167 SchKG gleich. Dieser Verzicht wurde indessen erst *nach Ablauf der Beschwerdefrist* erklärt, weshalb der Konkursaufhebungsgrund von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG nicht verwirklicht ist ("inzwischen"; s. oben, E. II.1–2). Ein Rückzug des Konkursbegehrens ist in diesem Verfahrensstadium nicht mehr möglich. Zwar führt ein solcher unmittelbar zur Verfahrensbeendigung, wenn er vor dem erstinstanzlichen Urteil erklärt wird. Demgegenüber ist ein Rückzug nach erstinstanzlicher Eröffnung des Konkurses nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG – und nach Ablauf der Beschwerdefrist überhaupt nicht mehr – möglich (TALBOT, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], SchKG-Komm., 4. Aufl. 2017, Art. 167 N 4; vgl. auch BGer, 5A\_285/2018 vom 5. April 2018). In diesem Sinne ist die Streitsache hernach vollständig – also auch hinsichtlich eines möglichen Rückzugs – der Disposition der Parteien entzo-

gen, dies zum Schutze der involvierten Drittinteressen. Der von der Gläubigerin erst am 29. August 2019 (Datum Poststempel) – und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist am 26. August 2019 – erklärte Rückzug des Konkursbegehrens führt damit nicht zur Verfahrensbeendigung bzw. zur Aufhebung des Konkurses.

5. Mangels Konkursaufhebungsgrundes nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1–3 SchKG erübrigt sich eine Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin. Die Beschwerde ist damit abzuweisen. Die Beschwerdeführerin ist indes darauf hinzuweisen, dass gegebenenfalls der Konkurs widerrufen werden kann (Art. 195 SchKG).

### III.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Schuldnerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen; der Schuldnerin nicht, weil sie unterliegt, der Gläubigerin nicht mangels Umtrieben in diesem Verfahren.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, an die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Niederglatt, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Rümlang-Oberglatt, 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

Der Gerichtsschreiber:

PD Dr. S. Zogg

versandt am:  
16. September 2019