

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS200120-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

## Urteil vom 25. Juni 2020

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

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

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **Vorsorgestiftung, C.** \_\_\_\_\_ **[Ort],**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend

### **Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Mai 2020 (EK200478)

## Erwägungen:

### I.

1. Mit Eingabe vom 12. März 2020 stellte die B. \_\_\_\_\_ Vorsorgestiftung, C. \_\_\_\_\_ (Gläubigerin und Beschwerdegegerin, fortan Gläubigerin), das Gesuch um Eröffnung des Konkurses gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG über die A. \_\_\_\_\_ (Schuldnerin und Beschwerdeführerin, fortan Schuldnerin; act. 10/1 inkl. Beilagen act. 10/2/1-5). Die Gläubigerin machte Forderungen aus Beiträgen an die berufliche Vorsorge nach BVG im Umfang von Fr. 29'885.35 geltend (act. 10/1). Nach schriftlicher Stellungnahme der Schuldnerin vom 17. Mai 2020 (act. 10/14; vgl. zum schriftlichen Verfahren act. 9 S. 2, act. 10/4-7 und act. 10/9-11) eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich mit Urteil vom 25. Mai 2020 über die Schuldnerin den Konkurs (act. 10/15 = act. 9). Die Vorinstanz kam zum Schluss, es sei gestützt auf die eingereichten Unterlagen davon auszugehen, dass die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin nicht nur vorübergehender Natur seien und sie ihre Zahlungen im Sinne von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG eingestellt habe, weshalb ohne vorgängige Betreuung der Konkurs zu eröffnen sei (act. 9 S. 5 f.).

2.1 Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 5. Juni 2020 (Poststempel) fristgerecht Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2 inkl. Beilagen act. 5/2-23; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 10/17). Sie beantragte die Aufhebung des Konkurses und ersuchte um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (act. 2 S. 2).

2.2 Die Schuldnerin macht geltend, die ausstehenden Beiträge in Höhe von Fr. 30'292.55 am 4. Juni 2020 zuhanden der Gläubigerin bei der Obergerichtskasse hinterlegt zu haben (vgl. act. 2 S. 6, act. 5/14 und act. 8/1) und reichte mit der Beschwerde u.a. einen Rückzug des Konkursbegehrens der Gläubigerin vom 4. Juni 2020 ein (act. 5/15). Ferner bevorschusste sie die Kosten des Rechtsmittelverfahrens mit dem üblichen Betrag von Fr. 750.– (act. 5/23 und act. 8/2). Weiter belegte die Schuldnerin, beim Konkursamt Oerlikon-Zürich mit

Zahlung von Fr. 1'800.– die Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes am 29. Mai 2020 sichergestellt zu haben (act. 5/22). Mit Verfügung der Kammer vom 9. Juni 2020 wurde der Beschwerde gestützt auf Art. 194 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 11). Die erstinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 10/1-23).

## II.

1. Die Schuldnerin machte in der Beschwerdeschrift geltend, sie habe ihre Zahlungen nicht eingestellt, sondern laufend, wenn auch teilweise schleppend, getätigt. Sie verfüge über genügend liquide Mittel, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Sodann habe die Gläubigerin das Konkursbegehren zurückgezogen. Folglich sei der Konkurs aufzuheben (act. 2 S. 4 ff.).

2.1 Eine Gläubigerin kann ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung über eine der Konkursbetreuung unterliegende Schuldnerin, die ihre Zahlungen eingestellt hat, verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (act. 9 S. 4), kann auch die Gläubigerin einer öffentlich-rechtlichen Forderung, wie vorliegend, ein entsprechendes Begehren stellen (vgl. BSK SchKG II-Brunner/Boller, 2. A., Art. 190 N 19 m.w.H.). Auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgte Konkurseröffnung sind Art. 169, 170 und 173a-176 des SchKG anwendbar (Art. 194 SchKG). Wie sich aus dem Verweis in Art. 194 SchKG ergibt, kann der Entscheid betreffend Konkurseröffnung gestützt auf Art. 174 SchKG, wie bei einer ordentlichen Konkurseröffnung, weitergezogen werden.

2.2 Die Parteien können in Anwendung von Art. 174 Abs. 1 SchKG innert der Rechtsmittelfrist neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (unechte Noven). Dazu gehört bei einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung insbesondere, dass die (konkursfähige) Schuldnerin ihre Zahlungen im Vorfeld der Konkurseröffnung gar nicht eingestellt hatte, was nach Art. 190 SchKG zur Abweisung des Konkursbegeh-

rens geführt hätte, wenn dieser Umstand dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Kann eine Schuldnerin nachweisen, dass sich der Konkursaufhebungsgrund vor der Konkursöffnung verwirklicht hat, wird nach ständiger Praxis der Kammer bei einer Konkursöffnung mit vorgängiger Betreuung von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen. Dasselbe gilt gemäss Praxis der Kammer auch für die Schuldnerin, die dartun kann, dass sie ihre Zahlungen nicht eingestellt hat und der Konkurs damit zu Unrecht ohne vorgängige Betreuung eröffnet wurde (vgl. OGerZH PS150086 vom 3. September 2015, E. 3, OGerZH PS140222 vom 22. Oktober 2014, E. II.1).

Bei einer ordentlichen Konkursbetreuung können im Rahmen der gesetzlichen Konkursaufhebungsgründe (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht, Art. 174 Abs. 2 Ziffer 1-3 SchKG) nebst unechten Noven auch neue Tatsachen geltend gemacht werden, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben. Stützt sich die Beschwerde gegen die Konkursöffnung auf solche, erst nach der Konkursöffnung eingetretene Tatsachen, so hat die Schuldnerin zusätzlich zu deren urkundlichem Nachweis auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Da der Verweis in Art. 194 SchKG auch Abs. 2 von Art. 174 SchKG umfasst, können auch bei einer Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung echte Noven geltend gemacht werden. Hiezu ist allerdings zu bemerken, dass diese echten Noven nicht auf eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung zugeschnitten sind (vgl. Brunner/Boller, a.a.O., Art. 194 N 8).

3.1 Aus den von der Schuldnerin eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren am 4. Juni 2020, d.h. nach Konkursöffnung, zufolge Hinterlegung der Schuld zurückgezogen hat (act. 5/15).

3.2 Zieht die Gläubigerin, welche eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung eingereicht hat, das Konkursbegehren wie im vorliegenden Fall innert der Rechtsmittelfrist zurück, liegt ein Verzicht auf Durchführung des Konkurses i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG vor (vgl. Brunner/Boller, a.a.O., Art. 194 N 8b). Da Art. 194 SchKG den Abs. 2 von Art. 174 SchKG gesamthaft und ohne Einschränkung für anwendbar erklärt, stellt sich die Frage, ob trotz des Rückzugs

des Konkursbegehrens die Schuldnerin noch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen muss.

Auf Konkursöffnungen nach Art. 190 SchKG ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 251 lit. a ZPO). Das summarische Verfahren nach Art. 190 SchKG ist grundsätzlich ein Zweiparteienverfahren (vgl. Brunner/Boller, a.a.O., Art. 190 N 26). Im Gegensatz zur ordentlichen Konkursöffnung wird dem Verfahren bei Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung zivilprozessähnlicher Charakter zugesprochen. Der Konkursrichter hat bei diesen Verfahren ausschliesslich materielle Fragen (ob die Schuldnerin flüchtig ist oder ihr Aufenthaltsort unbekannt ist, ob sie betrügerische Handlungen begeht, Vermögen verheimlicht oder ihre Zahlungen eingestellt hat) analog dem Zivilprozess zu prüfen. Die Gläubigerin hat die entsprechenden Beweise zu erbringen. Deshalb soll ihr auch die Dispositionsbefugnis über das Verfahren zukommen. Würde trotz Rückzug des Konkursbegehrens der Nachweis der Zahlungsfähigkeit verlangt, würde dies dem zivilprozessähnlichen Charakter des Verfahrens nicht gerecht. Daher ist bis zur Rechtskraft des Konkurserkennnisses ein Rückzug des Konkursbegehrens ohne weitere Voraussetzungen zuzulassen; die Schuldnerin hat bei einem Rückzug des Konkursbegehrens im Konkursöffnungsverfahren ohne vorgängige Betreuung ihre Zahlungsfähigkeit nicht noch glaubhaft zu machen (vgl. Brunner/Boller, a.a.O., Art. 194 N 8b; OGerZH PS 150086 vom 3. September 2015, E. 5).

3.3 Die Schuldnerin hat belegt, dass die Gläubigerin mit Schreiben vom 4. Juni 2020 gegenüber dem schuldnerischen Rechtsvertreter erklärt hat, das Konkursbegehren zurückzuziehen (act. 5/15). Mit diesem Schreiben hat die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Folglich ist der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts (Art. 194 i.V.m. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachgewiesen. Gemäss obigen Ausführungen ist die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin nicht mehr zu prüfen. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und das Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Mai 2020 ist aufzuheben.

### III.

1.1 Die Kosten des Verfahrens trägt grundsätzlich die unterliegende Partei. Der Klagerückzug gilt nach gesetzlicher Vermutung als Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Davon kann in begründeten Fällen abgewichen werden, namentlich wenn sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO).

Im Konkursverfahren besteht die Besonderheit, dass die Gläubigerin erhebliche Vorleistungen erbringen muss, um die Konkursöffnung zu bewirken und so ihrem Ziel der Befriedigung näher zu kommen. Müsste sie sich beim Konkursaufhebungsgrund der Tilgung mit Forderung, Zins und Betreuungskosten zufrieden geben, fehlte ihr doch noch, was aus dem üblicherweise auf Fr. 1'800.– angesetzten Vorschuss im Sinne von Art. 169 SchKG bezogen wird, namentlich die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamtes. Blicke dies offen und würde das Konkurserkennnis gleichwohl aufgehoben, so müsste die Gläubigerin den Ersatz der noch offenen Kosten erneut ganz von vorne mit dem Einleiten einer neuen Betreuung geltend machen. Die Praxis verlangt daher nicht nur Tilgung von Forderung, Zins und Betreuungskosten bis und mit Konkursandrohung. Vielmehr muss die Schuldnerin zudem nachweisen, dass sie innert der Beschwerdefrist beim Konkursamt einen Geldbetrag hinterlegt hat, aus welchem die Kosten des Konkurserkennnisses (welche aus dem Vorschuss bereits bezogen worden sind) und die Kosten des Konkursamtes gedeckt werden können. So ist sichergestellt, dass das Obergericht bei Aufhebung des Konkurses das Konkursamt anweisen kann, der Gläubigerin Fr. 1'800.–, entsprechend ihrem Vorschuss, auszuzahlen.

Zieht eine Gläubigerin dagegen das Konkursbegehren zurück (Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerverzichts), so ist es grundsätzlich an ihr, sich um die Deckung dieser von ihr vorgeschossenen Kosten zu kümmern. Professionelle Gläubiger pflegen entsprechend der geschilderten Interessenlage, wenn eine Schuldnerin um Rückzug des Konkursbegehrens gegen eine substanzielle Abschlagszahlung ersucht, die Höhe dieser Zahlung unter Einrechnen aller Betreuungskosten und des Vorschusses von Fr. 1'800.– zu berechnen (was auch der

rechtlichen Situation entspricht: Art. 85 Abs. 1 OR, Art. 68 Abs. 2 SchKG). Die Schuldnerin würde diese Kosten daher, wenn sie ihr auferlegt würden, im Ergebnis doppelt tragen. Gelegentlich vereinbarten die Parteien, dass die Gläubigerin das Konkursbegehren zurückziehe und die Schuldnerin die Verfahrenskosten trage. Einen solchen Vergleich hat das Gericht im Sinne von Art. 109 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen OGerZH PS130043 vom 17. April 2013, Erw. III.).

1.2 Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass für beide Parteien fest stand, dass die Schuldnerin die Verfahrenskosten zu tragen hat und die Gläubigerin die ihrerseits vor Vorinstanz bevorschussten Kosten in Höhe von Fr. 1'800.– (act. 10/8, act. 9 S. 6) zurückvergütet erhält. So hat die Schuldnerin am 29. Mai 2020 beim Konkursamt Oerlikon-Zürich eine Zahlung von Fr. 1'800.– geleistet, um die Kosten des Konkursverfahrens inkl. der erstinstanzlichen Konkursöffnungs-kosten sicherzustellen (act. 5/22), wenn auch im Falle des zweifelsohne angestrebten und später auch erklärten Verzichts der Gläubigerin auf die weitere Durchführung des Konkursverfahrens grundsätzlich keine Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und des erstinstanzlichen Konkursgerichtes erforderlich wäre (vgl. OGerZH PS150086 vom 3. September 2015, E. 4, OGerZH PS130043 vom 17. April 2013, E. II.2.2). In diesem Sinne hinterlegte die Schuldnerin sodann am 4. Juni 2020 – und damit noch vor der eigentlichen Beschwerde-erhebung (act. 2) – die gegenüber der Gläubigerin bestehenden Beitragsausstände beim Obergericht (vgl. act. 5/14 und /16 sowie act. 8/1) und bevorschusste zugleich die Kosten des Rechtsmittelverfahrens mit dem üblichen Betrag von Fr. 750.–, worauf die Gläubigerin noch gleichentags ihr Konkursbegehren zurückzog (act. 5/15; vgl. vorstehend Ziff. I.2.2).

Nach dem Gesagten hat die Schuldnerin die Kosten des erstinstanzlichen Konkursgerichtes und die Kosten des Konkursamtes zu tragen. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich ist entsprechend anzuweisen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– 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 auszusahlen.

2. Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist auf Fr. 750.– anzusetzen, gemäss den vorstehenden Erwägungen der Schuldnerin aufzuerlegen und von dem von ihr bezahlten Vorschuss zu beziehen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, insbesondere hat die Gläubigerin keine Entschädigung verlangt.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. Mai 2020, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt und der Schuldnerin auferlegt. Sie wird von dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 500.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt. Die Kosten des Konkursamtes werden der Schuldnerin auferlegt.
4. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'100.– (Fr. 1'800.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'300.– 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 auszusahlen.
5. Die **Obergerichtskasse** wird angewiesen, den bei ihr hinterlegten Betrag von Fr. 30'292.55 der Gläubigerin auszusahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Zürich (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 11 sowie die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
7. 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. D. Tolic Hamming

versandt am:  
29. Juni 2020