

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS210053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

## Urteil vom 21. April 2021

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**Stiftung B.\_\_\_\_\_,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. März 2021 (EK210183)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Mit Urteil vom 23. März 2021 eröffnete das Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Stiftung B.\_\_\_\_\_ von Fr. 466'705.60 nebst Zins zu 5 % seit 19. März 2019, abzüglich Teilzahlung von Fr. 399'635.38, Fr. 420.60 Betreuungskosten, Fr. 50.– Mahnkosten sowie Fr. 3'684.79 Verzugszins vor der Betreuung (vgl. act. 3).

1.2. Gegen diesen Entscheid erhob die Schuldnerin mit Eingabe vom 5. April 2021 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer und beantragte die Aufhebung der Konkursöffnung und die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/13). Mit Verfügung vom 8. April 2021 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung zuerkannt und die Schuldnerin wurde darauf hingewiesen, dass sie ihre Beschwerde bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 14. April 2021 ergänzen könne (vgl. act. 10). Mit Eingabe vom 9. April 2021 bat die Gläubigerin darum, der Beschwerde der Schuldnerin statt zu geben und den Konkurs aufzuheben (vgl. act. 12). Mit Eingabe vom 14. April 2021 ergänzte die Schuldnerin ihre Beschwerde (vgl. act. 13). Die Schuldnerin hat die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sichergestellt (vgl. act. 9). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (vgl. act. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2.

2.1. Die Schuldnerin macht in ihrer Beschwerde geltend, dass gar nie eine Schuld bestanden habe: Mit Verfügung vom 24. März 2021 habe die Stiftung B.\_\_\_\_\_ (also die Gläubigerin) den Zwangsanschluss der Schuldnerin vom 27. Juli 2017 aufgehoben, da Abklärungen ergeben hätten, dass die Schuldnerin ihre Arbeitnehmer schon seit dem Jahr 2016 bei der Stiftung C.\_\_\_\_\_ vorsorgeversichert gehabt habe und der Zwangsanschluss an die Stiftung B.\_\_\_\_\_ zu Unrecht erfolgt gewesen sei (vgl. act. 2 Rz 4 f. und 11 sowie act. 5/3). Sämtliche von der Gläubigerin geltend gemachten Abwicklungskosten seien bezahlt worden (vgl. act. 2 Rz 11). Mit Schreiben vom 25. März 2021 ans Gericht habe die Gläubigerin

das Konkursbegehren zurückgezogen

(vgl. act. 2 N 6 und act. 5/5). Die Voraussetzungen zur Aufhebung des Konkurses ohne Prüfung der Zahlungsfähigkeit seien gegeben (vgl. act. 2 N 11).

2.2. Art. 172 Ziff. 3 SchKG sieht die Abweisung des Konkursbegehrens vor, wenn die Schuldnerin durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, getilgt ist oder dass die Gläubigerin ihr Stundung gewährt hat. Ein solcher Einwand stellt materiell eine Einrede nach Art. 85 SchKG dar. Darüber, in welchem Zeitpunkt der Konkursabweisungsgrund eingetreten sein muss, ist damit aber nichts gesagt. Es kann nun aber nicht Sinn und Zweck der Regelung von Art. 172 SchKG sein, dass im Rahmen des ordentlichen Verfahrensablaufs (Einleitungsverfahren, Fortsetzungsbegehren, Konkursandrohung, Konkursbegehren, Konkursöffnung) die im vorgängig durchlaufenen Einleitungsverfahren überprüfte Vollstreckbarkeit mit den Einwendungen wieder aufgehoben werden kann, die dort versäumt oder nicht erfolgreich erhoben wurden. Will der Schuldner nach Rechtskraft des Zahlungsbefehls die Konkursöffnung gestützt auf solche Einwendungen verhindern, so hat er vielmehr Klage nach Art. 85 SchKG (im summarischen Verfahren) oder nach Art. 85a SchKG (im vereinfachten oder ordentlichen Verfahren) zu erheben.

Die Abweisung des Konkursbegehrens im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG kann nach dem Gesagten nur dann erfolgen, wenn die Schuldnerin durch Urkunden beweist, dass die Schuld, Zinsen und Kosten inbegriffen, *nach dem Eintritt der Rechtskraft des Zahlungsbefehls* getilgt wurde oder dass die Gläubigerin ihr *seit her* Stundung gewährt hat (vgl. dazu im Einzelnen ZR 119/2020 Nr. 30). Entsprechend kann die Schuldnerin gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG im Konkursöffnungsverfahren nicht geltend machen, die Forderung der Stiftung B. \_\_\_\_\_ habe nie bestanden, da die Schuldnerin seit 2016 bei einer Pensionskasse angeschlossen und damit zu Unrecht bei der Stiftung B. \_\_\_\_\_ zwangsangeschlossen gewesen sei.

Wie sich aus der Vereinbarung der Parteien vom 25. März 2021 und der Eingabe der Gläubigerin vom 9. April 2021 ergibt, entstanden der Gläubigerin im Zusammenhang mit der Aufklärung des unberechtigten Zwangsanschlusses Kosten von

insgesamt Fr. 3'543.60, welche der Schuldnerin belastet werden mussten. Der genaue Betrag dieser Kosten konnte erst am 25. März 2021 beziffert werden, wobei die Schuldnerin kein Verschulden an der Verzögerung dieser Kostenbelastung traf (vgl. act. 5/6 und act. 12). In der Beschwerdeergänzung vom 14. April 2021 schreibt die Schuldnerin, vorliegend sei von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit abzusehen, da die Schuldnerin keine Möglichkeit gehabt habe, die für die Gläubigerin entstandenen Kosten schon vor der Konkursöffnung zu bezahlen, weil diese von der Gläubigerin dort nicht abschliessend hätten beziffert werden können, woran die Schuldnerin, wie die Gläubigerin anerkenne, kein Verschulden treffe (vgl. act. 13). Der Konkursöffnung liegt nun aber nicht diese Forderung von Fr. 3'543.60 zugrunde, sondern eine Forderung von Fr. 466'705.60, abzüglich Teilzahlung von Fr. 399'635.38, plus Zinsen und Kosten. Gegen diese Forderung macht die Schuldnerin geltend, sie habe gar nie bestanden, da die Schuldnerin seit 2016 bei einer Pensionskasse angeschlossen und damit zu Unrecht bei der Stiftung B.\_\_\_\_\_ zwangsangeschlossen gewesen sei, was aber nach dem Gesagten gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG nicht geltend gemacht werden kann.

2.3. Der Rückzug des Konkursbegehrens der Gläubigerin vom 25. März 2021 erfolgte *nach* Eröffnung des Konkurs (vgl. act. 5/5). Verzichtet eine Gläubigerin erst nach Konkursöffnung auf die Durchführung des Konkurses, muss die Schuldnerin gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG für eine erfolgreiche Konkursbeschwerde ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Grund dafür ist, dass die Verfahrensherrschaft in diesem Zeitpunkt nicht mehr bei der Gläubigerin liegt. Ihrem Rückzug kommen daher nicht (mehr) die Wirkungen von Art. 241 Abs. 2 ZPO, sondern nur jene von Art. 174 Abs. 2 SchKG zu (vgl. Diggelmann, Rechtsmittel gegen die Konkursöffnung, ZZZ 2016 S. 99 ff., S 102). Dies wurde der Schuldnerin mit Verfügung vom 8. April 2021 mitgeteilt und ihr wurde die Möglichkeit gegeben, sich bis zum Ablauf der Beschwerdefrist am 14. April 2021 zur Zahlungsfähigkeit zu äussern (vgl. act. 10). Dies tat sie nicht (vgl. act. 13). Damit kann der Konkurs auch nicht gestützt auf Art. 174 Abs. 2 ZGB aufgehoben werden.

2.4. Im Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen. Da der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden ist, ist der Konkurs neu zu eröffnen.

2.5. Abschliessend ist die Schuldnerin auf Art. 195 SchKG hinzuweisen, wonach frühestens nach Ende der Eingabefrist (vgl. KUKO SchKG-Diggelmann, 2. Aufl. 2014, Art. 195 N 3) die Möglichkeit eines nachträglichen Widerrufs des Konkurses durch den Konkursrichter besteht, wenn nachgewiesen wird, dass sämtliche Forderungen beglichen sind (also auch die, für welche noch keine Betreuung eingeleitet wurde) oder von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung über den Rückzug seiner Konkurseingabe vorliegt oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

3.

Ausgangsgemäss sind die Spruchgebühren beider Instanzen der Schuldnerin aufzuerlegen.

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und über die Schuldnerin wird mit Wirkung ab **21. April 2021, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet.
2. Das Konkursamt Oerlikon-Zürich wird mit der Durchführung des Konkurses beauftragt.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 13, sowie 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 11, 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:

MLaw R. Jenny

versandt am: