

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS170253-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Menghini-Griessen

## Urteil vom 12. Dezember 2017

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 9. November 2017 (EK170564)

### **Erwägungen:**

#### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Schuldnerin und Beschwerdeführerin (fortan Schuldnerin) ist seit dem 3. August 2015 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die GmbH bezweckt im Wesentlichen die Ausführung von "Bau Akkord Schalungen" (vgl. act. 5).

1.2. Mit Urteil vom 9. November 2017 (act. 3 = act. 6 = act. 7/5; nachfolgend zitiert als act. 3) eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung von Fr. 5'360.55 einschliesslich Zinsen und bisherige Betreuungskosten (Betreibung Nr. ...).

1.3. Mit rechtzeitig (vgl. act. 7/6) eingereichter Beschwerde vom 16. November 2017 (Datum Poststempel) beantragt die Schuldnerin die Aufhebung des Konkurses (act. 2 und Beilagen, act. 4/2-13).

1.4. Mit Verfügung vom 17. November 2017 (act. 8) wurde die Schuldnerin darauf hingewiesen, dass selbst wenn die dem Konkurs zugrunde liegende Forderung vollständig beglichen worden wäre, zur Aufhebung des Konkurses zusätzlich nachzuweisen wäre, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten von Konkursamt und Konkursgericht sichergestellt wurden. Zudem wurde der Schuldnerin mitgeteilt, dass sie, sollte die betriebene Forderung vor Konkurseröffnung nicht vollständig bezahlt worden sein, dies innert der Beschwerdefrist noch nachholen könne, sie diesfalls aber zusätzlich und innert Frist auch ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen müsste. Schliesslich wurde ihr Frist zur Leistung des Kostenvorschusses für das Beschwerdeverfahren angesetzt. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 7/1-6).

1.5. Mit Eingabe vom 22. November 2017 (Eingang 23. November 2017, act. 10 und Beilagen act. 11/1-3/1-9) richtete sich die Schuldnerin erneut an die Kammer und belegte, sowohl den Kostenvorschuss für das Beschwerdeverfahren (act. 11/1) als auch den Vorschuss zuhanden des Konkursamtes von Fr. 1'500.00 (act. 11/2) geleistet zu haben. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2017 wurde der

Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt, nachdem die rechtzeitige Leistung aller nötigen Vorschüsse feststand und die Gläubigerin gegenüber dem Konkursamt erneut bestätigt hatte, sie sei aufgrund der erfolgten Zahlungen der Schuldnerin an deren Konkurs nicht mehr interessiert (act.11/3/3).

Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Zum Konkursaufhebungsgrund

2.1. Im Beschwerdeverfahren können neue Tatsachen geltend gemacht werden, wenn sie vor dem erstinstanzlichen angefochtenen Entscheid entstanden sind (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere, dass die Forderung des Gläubigers schon vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt oder gestundet wurde, was nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Für die Gutheissung der Beschwerde ist zudem erforderlich, dass innert der Beschwerdefrist auch die Kosten des Konkursamts und des erstinstanzlichen Konkursgerichts sichergestellt werden. Nach ständiger Praxis der Kammer wird von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG abgesehen, wenn sich der Konkursaufhebungsgrund (insbesondere die Tilgung der Konkursforderung) vor der Konkurseröffnung verwirklichte. Dass ein Schuldner in dieser Konstellation die Kosten des Konkursrichters (zusammen mit jenen des Konkursamtes) erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt hat, bleibt dabei unberücksichtigt (vgl. zum Ganzen ZR 110/2011 Nr. 79).

2.2. Vorliegend stellt sich die Schuldnerin auf den Standpunkt, sie habe die Forderung der Gläubigerin vor Konkurseröffnung bezahlt, worauf diese ihr mitgeteilt habe, das Konkursbegehren werde zurück gezogen (vgl. act. 2). Die beigelegte E-Mail der Gläubigerin an den Buchhalter der Schuldnerin vom 6. November 2017, auf welche sich die Schuldnerin bezieht, lautet wie folgt: "Die offenen Beträge vom 2016 sind somit alle beglichen und die ausstehenden Kosten (Betreibungen etc.) sind im 2017 fällig also bis Ende Jahr zu begleichen. Das Konkursbegehren wird somit zurückgezogen" (vgl. act. 4/4).

2.3. Dazu ist folgendes festzuhalten: Es ergibt sich weder aus den Akten noch behauptet die Schuldnerin, dass das Konkursgericht von dieser Erklärung vor der Konkurseröffnung Kenntnis hatte. Es wäre aber an der Schuldnerin gelegen, dem Konkursgericht vor der auf den 9. November 2017 angesetzten Verhandlung entweder durch Urkunden zu beweisen, dass die Schuld inkl. Zinsen und Kosten getilgt wurde (Art. 172 Ziff. 3 SchKG) oder die Rückzugserklärung der Gläubigerin weiterzuleiten. Denn eine blosser Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner (und nicht gegenüber dem Konkursgericht) ist kein Rückzug i.S.v. Art. 167 SchKG (vgl. BSK SchKG-Philippe Nordmann, 2. Aufl. 2010, Art. 168 N. 14). Die Schuldnerin durfte sich nicht untätig verhalten; das Konkursgericht hat den Konkurs zu Recht eröffnet.

2.4. Zu prüfen bleibt, ob die Schuldnerin die Forderung der Gläubigerin tatsächlich vor der Konkurseröffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt hatte oder dass ihr Stundung gewährt wurde, was, hätte das Konkursgericht davon gewusst, zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt hätte (Art. 172 Ziff. 3 SchKG und oben, E. 2.1).

2.4.1. Das Konkursgericht eröffnete den Konkurs für eine Forderung inkl. Zinsen und bisherige Betreuungskosten von Fr. 5'360.55 (vgl. act. 3). Aus der dazugehörigen Konkursandrohung geht hervor, dass sich diese Forderung wie folgt zusammensetzt: Fr. 4'520.75 Forderung zzgl. 5 % Zins seit 1. Januar 2017, Fr. 500.00 Umtriebs- und Fr. 146.60 Betreuungskosten (vgl. act. 7/2/2). Die Gläubigerin verlangte in ihrem Konkursbegehren vom 27. September 2017 zuhanden des Konkursgerichts (act. 7/1) die Konkurseröffnung für einen Forderungsbetrag von Fr. 4'874.00 abzüglich einer Teilzahlung von Fr. 353.25 vom 31. Dezember 2016, Zins zu 5 % seit 1. Januar 2017 (Fr. 168.90 gemäss Konkursbegehren), Fr. 500.00 Umtriebsentschädigung und Fr. 146.60 Betreuungskosten, total ausmachend Fr. 5'336.25. Daraus folgt, dass die Differenz zwischen dem von der Gläubigerin von der Schuldnerin geforderten Betrag gemäss Konkursandrohung (Fr. 5'336.25) und dem im Konkursurteil genannten Betrag (Fr. 5'360.55) von insgesamt Fr. 24.30 aus der unterschiedlich langen Zeitspanne zur Berechnung der Zinsen folgt. Aus der ebenfalls eingereichten Korrespondenz

zwischen der Schuldnerin resp. deren Buchhalter und der Gläubigerin folgt sodann, dass die Gläubigerin per 2. November 2017 von einer offenen Schuld von ursprünglich Fr. 5'336.25 inkl. Zinsen und Kosten ausging, wovon die Schuldnerin am 25. Oktober 2017 Fr. 2'387.00 beglichen habe, weshalb noch ein Betrag von Fr. 2'949.25 offen sei (vgl. act. 4/8). Mit E-Mail vom 3. November 2017 teilte der Buchhalter der Schuldnerin der Gläubigerin mit, die Schuldnerin habe per 1. November 2017 ferner den Betrag von Fr. 2'388.10 überwiesen. Er bat die Gläubigerin zu bestätigen, dass demnach noch ein Betrag von Fr. 561.15 offen sei (vgl. act. 4/5). Daraufhin teilte die Gläubigerin der Schuldnerin mit E-Mail vom 6. November 2017 mit, durch die erfolgten Zahlungen seien keine Prämien für das Jahr 2016 mehr ausstehend. Die ausstehenden Kosten (Betreibung etc.) seien im Jahr 2017 geschuldet, das Konkursbegehren werde zurückgezogen (act. 4/5). Die Schuldnerin behauptet sodann, per 8. November 2017 und somit einen Tag vor Konkurseröffnung auch die Restforderung von Fr. 561.15 beglichen zu haben. Sie übersieht hier jedoch, dass sie, anstatt den Betrag von Fr. 561.15, lediglich Fr. 516.15 an die Gläubigerin überwiesen hat (vgl. act. 4/10 und act. 4/13; Differenz von Fr. 45.00). Dies führt zur unglücklichen Situation, dass die Schuldnerin nur *vermeintlich* die Schuld inkl. Zinsen und Kosten vor Konkurseröffnung zuhänden der Gläubigerin überwiesen respektive getilgt hat.

2.4.2. Die Schuldnerin hätte grundsätzlich, zur Aufhebung des Konkurses gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG, auch den Betrag von Fr. 45.00 sowie den ausstehenden Zins ab dem Zeitpunkt des Konkursbegehrens (bis dahin rechnete die Gläubigerin mit Fr. 168.90) auf den jeweils noch ausstehenden Teilbeträgen begleichen müssen, um tatsächlich die in Betreuung gesetzte Forderung *samt Zins und Kosten vor* Konkurseröffnung beglichen zu haben. Es hätte der Schuldnerin freigestanden, den fehlenden Restbetrag noch während der Beschwerdefrist zu begleichen. Dies hat sie jedoch, da ihr offenbar kein Versehen bewusst ist, nicht getan. Vielmehr verweist sie in den während des Beschwerdeverfahrens eingereichten Unterlagen erneut darauf, dass die Forderung vor der Konkurseröffnung beglichen worden sei, was die Gläubigerin bestätige. Sie verweist hierfür auf das neue Schreiben der Gläubigerin vom 21. November 2017, worin diese nun direkt dem Konkursamt bestätigt, ihre Forderungen seien von der Schuldnerin vollstän-

dig beglichen worden; weshalb sie ihre Konkursandrohung zurück ziehe (vgl. act. 11/3/3; das Schreiben wurde der Gläubigerin mit der Verfügung vom 1. Dezember 2017 zugestellt, und sie hat darauf nicht reagiert).

2.4.3. Die Rechtsmittelinstanz kann die Konkursöffnung auch dann aufheben, wenn die Schuldnerin durch Urkunden beweist, dass die Gläubigerin auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG). Erforderlich ist aber hierfür im Rechtsmittelverfahren, d.h. nachdem der Konkurs einmal eröffnet wurde, dass die Schuldnerin überdies ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Vorliegend äussert sich die Schuldnerin nicht dazu, weshalb der Konkurs auch nicht gestützt auf Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG aufgehoben werden kann.

2.4.4. Die Nachfrist der Gläubigerin vom 6. November 2017 (act. 4/4), wonach die noch offenen Kosten bis Ende Jahr zu begleichen sind, ist als Stundung zu qualifizieren. Der Konkurs ist daher gestützt auf Art. 172 Ziff. 3 SchKG aufzuheben, ohne dass die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin zu prüfen wäre.

2.5. Die Schuldnerin wird allerdings mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass sie auf gerichtliche Vorladungen zu reagieren hat. Da sie es versäumt hat, die "Tilgung" oder Stundung der Konkursforderung rechtzeitig vor dem Erlass des angefochtenen Urteils dem Konkursgericht mitzuteilen, hat sie 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. 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 Winterthur vom 9. November 2017, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben.

2. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt, der Schuldnerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 300.00 wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Turbenthal wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 3'000.00 (Fr. 1'500.00 Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'500.00 Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Barvorschusses) der Gläubigerin Fr. 1'800.00 und der Schuldnerin einen nach Abzug seiner Kosten allfällig verbleibenden Restbetrag auszuzahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Turbenthal, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zell-Turbenthal, 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. Menghini-Griessen

versandt am: