

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PS180154-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
Prof. Dr. P. Higi und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie  
Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

## Urteil vom 29. August 2018

in Sachen

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

Schuldnerin und Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern  
vom 16. August 2018 (EK180078)

### **Erwägungen:**

1. Die Schuldnerin bezweckt die Ausführung von allgemeinen Bauarbeiten, insbesondere Sanitär-, Heizungs-, Maler- und Gipserarbeiten. Sie ist seit mm.2016 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (act. 5).
2. Mit Urteil vom 16. August 2018 eröffnete das Einzelgericht am Bezirksgericht Affoltern in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamts Bonstetten den Konkurs über die Schuldnerin für eine Forderung der Gläubigerin von Fr. 256.30 nebst 5 % Zins seit dem 16. März 2018, Fr. 156.44 diverse Kosten und Fr. 89.60 Betreuungskosten (act. 3 = act. 6 = act. 7/7). Dagegen erhob die Schuldnerin am 22. August 2018 rechtzeitig Beschwerde (act. 2, vgl. act. 7/12). Mit Verfügung vom 24. August 2018 wurde der Beschwerde antragsgemäss die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-13). Die Sache erweist sich als spruchreif.
- 3.1 Im Beschwerdeverfahren gegen Konkursentscheide können neue Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, ohne Einschränkungen geltend gemacht werden (Art. 326 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dazu gehört insbesondere die Behauptung, dass die Forderung der Gläubigerin schon vor der Konkursöffnung nebst Zinsen und Kosten bezahlt worden sei. Dies hätte nach Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abweisung des Konkursbegehrens geführt, wenn es dem Konkursgericht bekannt gewesen wäre. Zudem können mit der Beschwerdeschrift auch bestimmte im Gesetz vorgesehene Konkurshinderungsgründe, die sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben (Tilgung, Hinterlegung, Gläubigerverzicht), geltend gemacht werden, wenn die Schuldnerin gleichzeitig ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht (Art. 174 Abs. 2 SchKG).
- 3.2 Die Schuldnerin weist nach, am 25. Juli 2018 (und damit vor Konkursöffnung) dem Betreibungsamt Bonstetten in der Betreuung Nr. ... die gesamte Forderung der Gläubigerin samt Zinsen und Kosten in der Höhe von insgesamt Fr. 529.95 bezahlt zu haben (act. 4/2). Es ist somit von einer Tilgung der Konkursforderung vor Konkursöffnung auszugehen.

3.3 Tilgung gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG bedeutet nebst der Bezahlung der Schuld und der Zinsen auch die Begleichung sämtlicher Kosten. Beruft sich die Schuldnerin erst nach Eröffnung des Konkurses auf Tilgung, muss sie nachweisen, dass sie sowohl die Kosten des Konkursgerichts als auch die Kosten des Konkursamtes bezahlt oder sicher gestellt hat (ZR 110 Nr. 79). Die Schuldnerin hat am 21. August 2018 beim Konkursamt Schlieren Fr. 1'000.– zur Deckung der Kosten des Konkursamts und des Konkursgerichts sichergestellt (act. 4/3).

3.4 Der von der Schuldnerin im Beschwerdeverfahren neu geltend gemachte Konkurs hinderungsgrund der Schuldentilgung hat sich somit zum Teil vor und zum Teil erst nach der Konkurseröffnung verwirklicht. Nach der Systematik von Art. 174 Abs. 2 SchKG wäre deshalb grundsätzlich zu prüfen, ob die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin glaubhaft erscheint. Nach der Praxis der Kammer bleibt der Umstand, dass die Kosten des Konkursgerichts und des Konkursamts erst nach der Konkurseröffnung sichergestellt wurden, bei dieser Konstellation indes unberücksichtigt, sofern die Tilgung der Schuld wie vorliegend ganz vor der Konkurseröffnung erfolgt ist. Von der Prüfung der Zahlungsfähigkeit wird in diesem Fall abgesehen (vgl. OGer ZH PS160210 vom 9. November 2016 E. II./2. m.H.).

3.5 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind nach dem Gesagten erfüllt. In Gutheissung der Beschwerde ist der Konkursentscheid des Bezirksgerichts Affoltern vom 16. August 2018 aufzuheben und das Konkursbegehren der Gläubigerin vom 12. Juli 2018 (act. 7/1) abzuweisen.

4. Die Kosten beider Instanzen hat die Schuldnerin zu tragen, da sie durch die verspätete Zahlung die Verfahren überhaupt erst veranlasst hat. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 750.– festzulegen und aus dem von der Schuldnerin geleisteten Vorschuss zu beziehen.

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Konkursgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 16. August 2018, mit dem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet wurde, aufgehoben. Das Konkursbegehren der Gläubigerin 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. 200.– wird bestätigt und der Schuldnerin auferlegt.
3. Das Konkursamt Schlieren wird angewiesen, von dem bei ihm einbezahlten Totalbetrag von Fr. 2'600.– (Fr. 1'000.– Zahlung der Schuldnerin sowie Fr. 1'600.– 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, an die Gläubigerin unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Konkursgericht des Bezirksgerichtes Affoltern (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Schlieren, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Bonstetten, 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:

Dr. M. Isler

versandt am:  
30. August 2018