

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS230203-O/U,

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: PS230208-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 23. November 2023

in Sachen

A._____ AG,

Gläubigerin und Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,

Schuldner und Beschwerdegegner,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Oktober 2023 (EK230542)

Erwägungen:

I.

1. Der Schuldner und Beschwerdegegner des vorliegenden Verfahrens (fortan Schuldner) ist seit dem tt.mm.2006 im Handelsregister des Kantons Zürich als Inhaber des Einzelunternehmens "C._____" eingetragen, welches Malerarbeiten, Gipserarbeiten und Renovationen bezweckt (act. 5).

2. Mit Urteil vom 19. Oktober 2023 eröffnete das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur den Konkurs über den Schuldner in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Winterthur-Stadt für eine Forderung der Gläubigerin und Beschwerdeführerin (fortan Gläubigerin) von Fr. 2'364.70 inkl. Zinsen und Betreuungskosten (act. 6 = act. 7/4).

3. Dagegen erhoben D._____, Mitglied der Geschäftsleitung der Gläubigerin, und E._____, Verwaltungsratspräsident der Gläubigerin, je kollektivzeichnungsberechtigt zu zweien (vgl. act. 9), mit Eingabe vom 25. Oktober 2023 (Poststempel) rechtzeitig Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2 inkl. Beilagen act. 4/1-2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/5). Sie beantragen den Widerruf des Konkurses und Rückzahlung des von der Gläubigerin geleisteten Kostenvorschusses, abzüglich der entstandenen Kosten (act. 2 S. 2).

4. Mit Verfügung vom 26. Oktober 2023 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt (act. 10). Der der Gläubigerin mit selbiger Verfügung auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 750.– wurde innert Frist geleistet (vgl. act. 10-12).

5. Mit Eingabe vom 31. Oktober 2023 (Datum Poststempel) erhob auch der Schuldner Beschwerde gegen das vorinstanzliche Urteil. Hiefür wurde das Verfahren-Nr. PS230208 angelegt und in der Folge am 23. November 2023 sogleich mit dem vorliegenden Verfahren vereinigt (act. 13). Der Schuldner beantragt in seiner Beschwerde die Aufhebung des Konkurses (act. 14/2).

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen bezogen (act. 7/1-5). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1.1 In der Beschwerdeschrift wird für die Gläubigerin geltend gemacht, mit Datum 4. Oktober 2023 habe die Gläubigerin eine Zahlung über Fr. 2'360.66 vom Schuldner erhalten, womit ihre Forderung vollumfänglich getilgt worden sei. Zu- folge eines Fehlers in der Sachbearbeitung sei seitens der Gläubigerin fälschli- cherweise kein Rückzug des Konkursbegehrens erfolgt, was am 19. Oktober 2023 zur Konkurseröffnung über den Schuldner geführt habe, welcher die Zah- lung bereits davor an die Gläubigerin geleistet habe (act. 2 und act. 4/2).

1.2 Auch der Schuldner macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, die Forderung der Gläubigerin bereits vor der Konkurseröffnung beglichen zu haben (act. 14/2) und er belegt die entsprechende Zahlung mit Valuta 3. Oktober 2023 (act. 14/4/1 und act. 14/4/4).

2.1 Der durch die Gläubigerin beantragte Widerruf des Konkursbegehrens nach Eröffnung des Konkurses ist als Verzicht auf die Durchführung des Konkur- ses zu verstehen. Folglich ist der Konkursaufhebungsgrund des Gläubigerver- zichts (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) nachgewiesen. Beim Gläubigerverzicht nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG muss – anders als bei den Konkurshinderungsgrün- den nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 SchKG – weder die Tilgung noch die Hinterlegung der Kosten, bestehend aus der vorinstanzlichen Entscheidgebühr und den Kosten des Konkursamts, erfolgen (vgl. auch OGerZH PS150086 Be- schluss vom 3. September 2015, E. 4b). Die Gläubigerin begründet ihren Verzicht ausdrücklich damit, dass die vollständige Tilgung ihrer Forderung noch vor der Konkurseröffnung erfolgt sei, was sie, wie auch der Schuldner in seiner Be- schwerde, belegte (vgl. act. 4/2 und act. 14/4/1). Wäre die Zahlung dem Konkurs- gericht bekannt gewesen, hätte dies gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG zur Abwei- sung des Konkursbegehrens geführt. Damit rechtfertigt es sich in der vorliegen- den Konstellation analog der Praxis der Kammer im Falle der Forderungstilgung

vor Konkurseröffnung gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (vgl. ZR 110/2011 Nr. 79) vom Erfordernis der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners abzusehen.

2.2 Die Voraussetzungen für die Aufhebung des Konkurses sind nach dem Gesagten erfüllt. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid über die Konkurseröffnung ist aufzuheben.

III.

1. Festzuhalten ist vorab, dass es grundsätzlich in der Verantwortung des Schuldners liegt, das Konkursgericht über Umstände, welche gegen eine Konkurseröffnung sprechen, zu informieren (OGer ZH PS110095 vom 6. Juli 2011 E. 2.2 = ZR 110/2011 Nr. 79). Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass der Schuldner zeitnah nach Erhalt der Vorladung zur Konkurseröffnungsverhandlung (act. 7/3) den entsprechenden Zahlungsauftrag zu Gunsten der Gläubigerin erteilte und mit Valuta 3. Oktober 2023 die Konkursforderung getilgt war (act. 4/2 und act. 14/4/1). Die Gläubigerin war sich der Zahlung durch den Schuldner ihrer Darstellung nach aufgrund eines ihr zurechenbaren Fehlers nicht bewusst und ging fälschlicherweise von einer Zahlung durch das Gericht und infolgedessen von der Hinfälligkeit des Rückzugs des Konkursbegehrens aus (act. 2 S. 2). Hätte die Gläubigerin den Rückzug rechtzeitig erklärt, wäre sie für die bis dahin angefallenen Kosten der Vorinstanz kostenpflichtig geworden (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Weitere Verfahrenskosten wären nicht angefallen. Im Weiteren beantragt die geschäftsgewandte Gläubigerin, es sei ihr unter Abzug der entstandenen Kosten der von ihr geleistete Vorschuss zurück zu erstatten (act. 2 S. 2). Vor diesem Hintergrund sind der Gläubigerin die vorinstanzlichen Kosten, die Kosten des Konkursamts sowie die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

2. Die Vorinstanz erhob eine Entscheidgebühr von Fr. 300.–. Es besteht kein Anlass, von dieser Kostenhöhe abzuweichen. Sie ist zu bestätigen, der

Gläubigerin aufzuerlegen und mit dem von ihr bei der Vorinstanz geleisteten Vorschuss von Fr. 1'800.– zu verrechnen.

Die Entscheidgebühr für das Beschwerdeverfahren ist gestützt auf Art. 52 lit. b GebV SchKG i.V.m. Art. 62 GebV SchKG auf Fr. 750.– festzusetzen, der Gläubigerin aufzuerlegen und mit dem von ihr für dieses Verfahren geleisteten Vorschuss zu verrechnen. Das Konkursamt ist anzuweisen, den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'500.– (Rest des von der Gläubigerin geleisteten Barvorschusses abzüglich der erstinstanzlichen Entscheidgebühr) nach Abzug seiner Kosten der Gläubigerin zu erstatten.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur vom 19. Oktober 2023 aufgehoben. Das Konkursbegehren wird abgewiesen.
2. Die von der Vorinstanz erhobene und von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 300.– wird bestätigt und der Gläubigerin auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, der Gläubigerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur wird angewiesen, den bei ihm einbezahlten Betrag von Fr. 1'500.– (Rest des von der Gläubigerin dem Konkursgericht geleisteten Vorschusses) nach Abzug der konkursamtlichen Kosten der Gläubigerin auszuzahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage einer Kopie von act. 14/2 und an den Schuldner unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht in Konkursachen des Bezirksgerichtes Winterthur (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Oberwinterthur-Winterthur, ferner mit besonderer Anzeige im Dispositiv an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Winterthur-Stadt, je gegen Empfangsschein.
6. 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:
23. November 2023